



Sapienza Legal Papers
Quaderni degli Alunni della Facoltà di Giurisprudenza

9

Studi giuridici 2022

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI - © Copyright 2022
ISSN 2785-1095
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
DIPARTIMENTO DI STUDI GIURIDICI
ED ECONOMICI
PIAZZALE ALDO MORO 5 – 00185 ROMA

Comitato di Redazione

Martina Maria Tosi (*Caporedattore*) – Chiara Gozzuti (*Vicecaporedattore*) – Carlotta Loggetto (*Segretario di Redazione*) – Cristina Petruța Ismirliu (*Social Promoter*) – Sabin Costel Averescu – Claudio Bassetti – Marco Boscarìol – Giorgia Ceci – Emanuele Colonnella – Jacopo Ricci

Comitato di Garanzia

Cesare Pinelli – Pasquale Bronzo – Angelo Castaldo – Fulvio Costantino – Luca Di Donna – Alberta Fabbriotti – Maura Garcea – Domenico Mezzacapo – Giovanna Montella – Gianluca Scarchillo – Roberta Tiscini – Franco Vallocchia

Advisory Board

Nicolai Badenhoop – Michela Marchini – Patricia Fröhlingdorf Nicolás – Sophie Schürmann – Angelo Dominick Tannuzzo

Alla Redazione hanno collaborato

Federico Anania – Sabin Costel Averescu – Silvia Biancu – Farideh Amirfahangi Bonab – Vibiana Cesari – Marco Coletta – Flaminia Di Flavio – Maria Giacalone – Carlotta Loggetto – Farshbaf Khoshnazar Mahsa – Francesco Marchese – Giulio Montesano – Edoardo Natale – Martina Padua – Elisabetta Pescuma – Andrea Pisano – Guglielmo Puglisi-Alibrandi – Jacopo Ricci – Andrea Schioppa – Miriam Sferra – Martina Maria Tosi – Giovanni Tuorto – Aghapour Sabbagh Younes – Giovanni Zaccaria

Contatti

E-Mail: sapienzalegalpapers@uniroma1.it
Facebook: Sapienza Legal Papers
Instagram: [sapienzalegalpapers](https://www.instagram.com/sapienzalegalpapers)
Website: <https://legalpaperssapienza.wordpress.com/>
Linkedin: www.linkedin.com/in/SapienzaLegalPapers

INDICE

Nota di Redazione.....	I
JACOPO RICCI. <i>I regimi di appartenenza delle acque tra esigenze ambientali e diritti individuali</i>	1
MARCO COLETTA. <i>Legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo e la teoria dei modelli processuali differenziati</i>	21
MIRIAM SFERRA – ANDREA PISANO. <i>Commissario ad acta. Natura, funzione e impugnabilità dei suoi atti</i>	35
VIBIANA CESARI. <i>Modelli processuali differenziati, le caratteristiche principali</i>	57
GUGLIELMO PUGLISI-ALIBRANDI. <i>Il Defense Production Act nell'ordinamento statunitense: origini storiche e recenti evoluzioni dell'istituto</i>	71
ANDREA SCHIOPPA. <i>Il diritto dei consumatori tra Regno Unito ed Unione Europea: dal contratto di common law alla Brexit</i>	91
FLAMINIA DI FLAVIO. <i>La relation entre la Constitution belge et le droit international. A qui la primauté ?</i>	103

Indice

SABIN COSTEL AVERESCU. <i>Un'introduzione alla concorrenza sleale tra diritto italiano e diritto romeno</i>	115
MARIA GIACALONE. <i>Disinformazione online: la normativa europea e il rapporto con la libertà d'espressione</i>	145
FARSHBAF KHOSHNAZAR MAHSA – AGHAPOUR SABBAGH YOUNES. <i>Comparative Analysis of Procedural Good Faith in International Commercial Arbitration in the Light of Iranian and English Law</i>	165
FRANCESCO MARCHESE. <i>I nuovi orizzonti del diritto d'autore tra tutele e responsabilità. Riflessioni e prospettive dal diritto europeo e comparato</i>	181
EDOARDO NATALE – GIOVANNI ZACCARIA. <i>L'impatto dell'intelligenza artificiale e dell'innovazione tecnologica nel diritto privato comparato e nel diritto pubblico comparato</i>	199
GIOVANNI TUORTO. <i>Profili regolatori delle Special Purpose Acquisition Companies</i>	211
FEDERICO ANANIA. <i>Un primato italiano in Europa: le Società Benefit</i>	241
CARLOTTA LOGGETTO. <i>Le conseguenze della dichiarazione di illegittimità del trasferimento d'azienda: la questione della doppia retribuzione</i>	255

Indice

SILVIA BIANCU – MARTINA PADUA. <i>La normativa riguardante i congedi genitoriali e il ruolo emergente del padre lavoratore in Italia e nel contesto europeo</i>	273
ELISABETTA PESCUMA. <i>Il partenariato pubblico e privato negli enti locali: dall'evoluzione economica alla sua diffusione</i>	293
FARIDEH AMIRFARHANGI BONAB. <i>The concept of the Human Rights in European Union</i>	311
MARTINA MARIA TOSI. <i>Il dictator tra emergenza e libertà. Contributo allo studio del diritto pubblico</i>	333
GIULIO MONTESANO. <i>Presunzione d'innocenza e libertà di stampa: cronaca del convegno del 15 giugno 2022 tra Consiglio Nazionale Forense e Ordine Nazionale dei Giornalisti</i>	325

NOTA DI REDAZIONE*

«La pioggia stanca la terra, di poi; s'affolta
il tedio dell'inverno sulle case,
la luce si fa avara – amara l'anima.
Quando un giorno da un malchiuso portone
tra gli alberi di una corte
ci si mostrano i gialli dei limoni;
e il gelo del cuore si sfa,
e in petto ci scrosciano
le loro canzoni
le trombe d'oro della solarità».

Eugenio Montale, *I limoni*, in *Ossi di Seppia*, vv. 40-49.

Scrivendo così Eugenio Montale per rappresentare lo svelarsi di un barlume di speranza che illumina il grigiore del frenetico avvicinarsi degli eventi. E tale rappresentazione viene resa con una meravigliosa metafora: il portone malchiuso da cui si mostra il giallo dei limoni.

Il portone ha la funzione di chiudere, celare all'altrui vista un qualcosa; è difficilmente rimovibile e spesso richiede un grande sforzo per poter essere aperto. Nell'ordinarietà della funzione che svolge tale oggetto, tuttavia, può verificarsi lo straordinario: tale portone – che in questa poesia simboleggia tutte le negatività della vita – non viene chiuso nella sua totalità, ma viene lasciato semi aperto, rimanendo «malchiuso», dando la possibilità di scorgere un qualcosa che normalmente non sarebbe possibile vedere. Tuttavia, la vista di quel «giallo», di quel colore sgargiante, allegro e intenso non risulta immediata: dinanzi allo spettatore si presentano ancora degli

* Per la Redazione: Chiara Gozzuti e Martina Maria Tosi, studentesse della Facoltà di Giurisprudenza presso Sapienza Università di Roma.

impedimenti nuovi, alberi in veste di ostacoli che però non precludono al poeta la possibilità di volgere il suo sguardo ancora oltre le limitazioni che si frappongono alla sua visuale. I limoni sono la rappresentazione del fatto che, oltre la tragicità degli eventi che attanagliano la vita dell'uomo, ci sia sempre il modo di individuare una via d'uscita. E, infatti, alla sola vista di essi «il gelo... si sfa» e addirittura il petto sembra risuonare di un'emozione paragonabile al suono di trombe d'oro: una felicità inattesa, inaudita, inaspettata.

Il periodo storico che stiamo attraversando è simile a quel portone: un periodo difficile, caratterizzato da profonde crisi che hanno coinvolto differenti aspetti della società contemporanea. Sotto questa prospettiva, il 2022 è stato un anno cruciale: risentiamo ancora delle criticità conseguenti alla pandemia da Covid-19, che ha destabilizzato la popolazione mondiale non solo economicamente, ma anche dal punto di vista lavorativo e della salute, fisica e mentale. Tali situazioni sono state aggravate dallo scoppio del conflitto in Ucraina e dalla conseguente crisi energetica e alimentare, nonché da un'ulteriore crisi, quella climatica, che costituisce ormai un problema incontestabile. Le cicatrici lasciate da questi tragici avvenimenti costituiscono un'eredità che non possiamo ignorare, dato il valore da essa rappresentato per ognuno di noi: la voglia di cambiare e il coraggio di rendere tale cambiamento reale, ripudiando qualsiasi forma di limitazione e di oppressione ideologica. Anatole France, nel suo discorso tenuto all'Académie française nel 1896, affermava che «[p]er realizzare grandi cose, non dobbiamo solo agire, ma anche sognare; non solo progettare ma anche credere»: questo breve aforisma descrive perfettamente il percorso affrontato dai *Sapienza Legal Papers* durante l'anno accademico 2021-2022.

Infatti, i *Sapienza Legal Papers* nascono nel 2012 dalla volontà di alcuni studenti della Facoltà di Giurisprudenza di creare uno spazio autonomo che loro stessi definirono «cittadella della creatività»: un luogo che potesse dare a tutti la possibilità di esprimere e condividere il proprio sapere. Al fine di concretizzare questo obiettivo, i fondatori, animati da quell'entusiasmo tipico di coloro che rientrano da un viaggio portando con sé un ampio bagaglio di nuove idee, si ispirarono al sistema delle *law reviews* americane, e dunque a una tradizione radicata e fiorente nelle realtà accademiche d'oltreoceano. Lo scopo dell'iniziativa era, ed è tutt'oggi, quello di dare risalto all'importanza

del linguaggio e del ragionamento giuridico nell'ambito della formazione degli studenti. La condivisione del sapere realizzata attraverso la redazione dei *papers* pubblicati dal Comitato di Redazione ha permesso agli alunni della Facoltà di ampliare i propri orizzonti conoscitivi e di spingersi oltre i confini di uno studio finalizzato alla mera riproduzione orale dei contenuti memorizzati, dando spazio alla componente creativa e a una ricerca mai statica, bensì dinamica.

Il Volume IX prosegue quest'opera di accrescimento culturale, fondamentale per una valutazione di professionalità dei futuri giuristi. La forza comunicatrice delle parole è una matrice del fenomeno del diritto e attraverso la stesura degli scritti qui raccolti, gli Alunni di questa Facoltà hanno avuto l'opportunità di farsi portatori di un sapere scevro da confusione e asimmetricità, ma conformato alla chiarezza e alla sinteticità tipiche della scrittura giuridica.

Questo interesse alla divulgazione del diritto, percepito con entusiasmo da parte delle studentesse e degli studenti, continua a svilupparsi grazie all'ausilio dei docenti, i quali, mediante l'attività di assistenza nella redazione degli elaborati e nella revisione degli stessi, consentono il rafforzarsi di una sinergia fondamentale per lo svolgersi del nostro progetto editoriale, che si esprime attraverso lo stretto rapporto di fiducia tra la comunità accademica e quella studentesca. Tale relazione di affidamento reciproco ha portato alla nascita di numerose iniziative che sono state intraprese con slancio e determinazione dalla Redazione. Il clima di dialogo instauratosi nella cornice istituzionale della Sapienza ha dato luogo, infatti, a un intenso dialogo con diverse realtà accademiche, aspetto quest'ultimo che riteniamo fondamentale per lo sviluppo della nostra attività. Grazie a questa volontà di confronto è stato possibile, nel mese di aprile, svolgere un *meeting* che ha coinvolto la *Bologna Law Review*, la *Bocconi Law Review* e la *Trento Law Review*. Si è trattato per noi di una rilevante opportunità di confronto, un *network* fondamentale che speriamo di poter coltivare nel tempo, riuscendo a coinvolgere anche Atenei esteri.

Questa volontà divulgativa ci ha condotti a potenziare i nostri mezzi di comunicazione digitale e dunque, sotto la guida del nostro Referente didattico, il Professor Pasquale Bronzo, e con il patrocinio della Facoltà e dei Dipartimenti, abbiamo inaugurato il nostro nuovo sito *web*, creato interamente dai membri del Comitato di Redazione:

uno spazio non solo destinato alla diffusione dei Volumi da noi pubblicati nel corso degli anni, ma un *locus* virtuale nel quale raccontare la nostra realtà universitaria e le iniziative intraprese dai docenti, dai ricercatori e dagli studenti. Grazie a questa rinnovata connessione con la realtà accademica è stato possibile intraprendere nuovi progetti all'interno della Facoltà, tra cui la presentazione della nostra attività, con la collaborazione del Professor Enrico del Prato, agli studenti della Clinica Legale e agli alunni detenuti nel carcere di Rebibbia, grazie alla disponibilità dimostrata dal Dottor Lorenzo Serafinelli. La possibilità di raccontare la nostra realtà nell'ambito dei servizi offerti dal Polo Universitario Penitenziario (PUP) della Sapienza raffigura la fiducia che il nostro Comitato nutre nei confronti dei progetti rieducativi e di reintegrazione sociale volti a garantire il diritto allo studio agli studenti presenti negli istituti penitenziari.

Durante il mese di luglio è stato altresì possibile organizzare una *Essay Competition* in collaborazione con l'associazione ELSA (*European Law Students' Association*), sezione di Roma, attraverso la quale è stata conferita ai soci della stessa la possibilità di testare le proprie capacità di scrittura e di redigere un elaborato di alto tenore giuridico-scientifico da pubblicare sulla nostra Rivista. Lo scritto risultato vincitore affronta il tema dell'impatto dell'intelligenza artificiale e dell'innovazione tecnologica in chiave comparatistica ed è stato sottoposto al vaglio di una commissione composta da docenti della nostra Facoltà: la Professoressa Giovanna Montella, i Professori Gianluca Scarchillo e Marcello Clarich, ai quali vanno i nostri più sentiti ringraziamenti.

Mediante l'attuazione di questi progetti, il lavoro dei *Sapienza Legal Papers* ha conseguito una rilevanza esterna alla Facoltà, riconosciuta anche dalla Magnifica Rettore Professoressa Antonella Polimeni che, attraverso le parole spese nei confronti della nostra attività, ci ha spronati a continuare nella nostra missione divulgativa.

Il presente Volume è il prodotto concreto di tutte queste iniziative, affrontate con grande determinazione dal Comitato di Redazione, rinnovato dall'ingresso di nuovi membri e guidato dal desiderio di recuperare quella «originarietà» propria delle prime pubblicazioni, tramandata nel corso del tempo. A tal proposito, vogliamo rivolgere delle parole di ringraziamento anche nei confronti del Dottor Antonio Angelosanto, che ci ha costantemente incoraggiati a

percorrere nuove strade e a intraprendere nuove sfide. Questa duplice volontà di recupero e di rinnovazione emerge dagli articoli racchiusi nella presente edizione che, affrontando diverse tematiche, riescono a tracciare un sentiero poliedrico nel mondo del diritto.

Le prime pagine del Volume accolgono numerosi scritti afferenti sia a tematiche innovative del diritto amministrativo, quali la predisposizione di nuovi regimi regolatori l'impiego delle risorse idriche e l'utilizzo dei modelli processuali differenziati nel processo amministrativo, sia ad argomenti maggiormente tecnici, quali l'analisi del ruolo ricoperto dal commissario *ad acta* e la funzione del *Defense Production Act* all'interno dell'ordinamento statunitense.

Lo studio delle caratteristiche dei *legal systems* viene ripreso anche da una prospettiva di comparazione giuridica con articoli volti ad analizzare l'autonomia privata e i diritti dei consumatori britannici a seguito della *Brexit*, la supremazia del diritto comunitario nel sistema giuridico belga, le differenze e i punti di contatto tra il diritto italiano e il diritto romeno nella disciplina della concorrenza sleale.

I successivi elaborati offrono, poi, alcune considerazioni sulla tutela della libertà d'espressione nel costituzionalismo statunitense e in quello europeo, sulle nuove prospettive europee in tema di diritto d'autore e sulla concezione di *human rights* elaborata dalle Istituzioni europee.

Non mancano, inoltre, elaborati concernenti la materia del diritto commerciale – incentrati, da un lato, sulla struttura e sui profili regolatori delle *Special Purpose Acquisition Companies*, e, dall'altro, sul ruolo delle società *benefit* nell'ordinamento italiano – e del diritto del lavoro, con i quali vengono affrontati temi quali la non coercibilità della sentenza che accerta la cessione del ramo di azienda e il ruolo del padre lavoratore nel più ampio scenario della regolamentazione relativa ai congedi parentali. Verrà ripercorsa anche l'evoluzione del Partenariato Pubblico-Privato e il ruolo da esso ricoperto in relazione ai nuovi strumenti recentemente introdotti con il PNRR.

Infine, tornano a far parte del Volume le cronache sotto forma di *reports* di convegni e di seminari organizzati dalla Facoltà e di eventi che hanno coinvolto i docenti della stessa. In tal senso si collocano due relazioni: la prima relativa al convegno «Il *dictator* tra emergenza e libertà. Contributo allo studio del diritto pubblico», incentrato sulla recente pubblicazione del Professor Giuseppe Valditara; la

seconda riguarda un incontro promosso dal Consiglio Nazionale Forense e dall'Ordine Nazionale dei Giornalisti italiani e inerente al rapporto tra presunzione d'innocenza e libertà di stampa, al quale ha partecipato il Professor Giulio Vasaturo, docente di Antropologia presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza.

L'obiettivo primario che i *Sapienza Legal Papers* si sono da sempre posti e che tutt'ora si pongono è quello di dare agli Alunni di questa Facoltà la possibilità di esprimere le proprie idee, lasciando che esse si disperdano su carta e che i fiumi di inchiostro scorrano liberi, per costruire un mondo basato sulla legalità, democratico e aperto al confronto. Sono passati 30 anni dalle stragi di mafia di Capaci e di Via D'Amelio e la commemorazione di questi fatti rappresenta un'occasione per ribadire incessantemente l'importanza delle idee e degli ideali. A tal proposito, non possiamo non menzionare un ulteriore evento che ha riguardato l'Edificio di Giurisprudenza, ovvero la riapertura dell'ex Aula I – oggi Aula 500 – intitolata ai giudici Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, avvenuta il giorno mercoledì 19 ottobre 2022. La riconsegna di tale spazio alla comunità accademica è stato un momento caratterizzato da un'emozione in parte non dissimile da quella che aveva contraddistinto la prima cerimonia di inaugurazione dell'Aula, avvenuta il 24 novembre 1992. In quell'occasione l'allora Preside della nostra Facoltà, il Professor Mario Talamanca, ricordò agli studenti l'importanza di doti quali il rigore morale, la tenacia e il coraggio nell'affrontare la lotta alla mafia. Lo studente di Giurisprudenza non deve soltanto studiare il diritto, ma deve imparare cosa sia la giustizia, virtù essenziale per divenire un buon cittadino; e per essere un cittadino onesto deve impegnarsi con gli altri affinché la concordia e la legalità non siano solo un ideale, bensì presupposti concreti del nostro vivere civile.

Questo è l'insegnamento che Falcone, Borsellino e tutti coloro che hanno sacrificato la propria vita nella lotta alla mafia hanno tramandato, e si tratta di un lascito fondamentale. Come affermò durante la medesima occasione anche il Ministro di Grazia e Giustizia Claudio Martelli, il ruolo ricoperto dalle nuove generazioni nel processo di costruzione di una società civile ha un'importanza incommensurabile. Per Martelli quei mali che ancora oggi attanagliano la nostra società possono essere sconfitti con «[l]a mite violenza della

ragione, della persuasione e della tolleranza», le quali non possono essere in alcun modo piegate dai soprusi e dal crimine.

La riapertura dell'Aula Falcone e Borsellino non ha rappresentato per noi Studenti una semplice occasione di commemorazione, ma simboleggia la riaccensione del lume della speranza, la recuperata costruttività dei dialoghi e la riacquisita energia dei rapporti didattici. In definitiva, un modo per far sì che oltre il portone malchiuso di un mondo che sembra non essere più in grado di offrire certezze, possa esserci un luogo in cui sia possibile tornare a esprimersi per costruire un futuro più solido.

Per concludere questa Nota di Redazione, vorremmo riportare alcune parole frutto della penna del Professore emerito Natalino Irti, pubblicate lo scorso 23 ottobre su *Il Sole 24 Ore* e riferite alla cerimonia di inaugurazione dell'Aula 500, le quali racchiudono l'importanza della coesione tra studenti e docenti in quanto dialogo e insegnamento sono entrambi facce della stessa medaglia: «[a]rdua è la parola, che stringe in unità insegnanti e scolari: la parola, né inelegante né impropria, capace di gettare il ponte e di aiutare l'uno e gli altri. Le aule sono come consapevoli spettatrici di questo incontrarsi e osservarsi e giudicarsi: sì, anche giudicarsi poiché il giudizio è nelle cose stesse, nel porsi gli uni a parlare, gli altri ad ascoltare».

JACOPO RICCI*

I REGIMI DI APPARTENENZA DELLE ACQUE
TRA ESIGENZE AMBIENTALI E DIRITTI INDIVIDUALI

Water exploitation and climate change involve the preservation of water for present and future generations. This goal is acknowledged by the United Nations 2030 Agenda, aimed at promoting a new model of sustainable development. In order to achieve this goal, the Italian lawmaker should implement new legal solutions. Water represents a primary good since it is indispensable to human life itself. In this essay is exposed the Italian reforms regarding water as a natural good to preserve, waiting for new developments.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione dei criteri distintivi tra acque pubbliche e acque private nell'ordinamento italiano. – 3. La legge 5 gennaio 1994, n. 36. – 4. La sentenza n. 259/1996 della Corte costituzionale. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

La gestione della risorsa idrica rappresenta una delle sfide di maggiore rilievo per il contrasto del cambiamento climatico e per la promozione di un modello di sviluppo compatibile con le esigenze di protezione e conservazione degli ecosistemi in prospettiva intergenerazionale. Non è certamente un caso che l'Agenda ONU 2030 per lo Sviluppo Sostenibile dedichi all'acqua uno dei diciassette obiettivi previsti dalla carta: l'Obiettivo 6, intitolato «[g]arantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile dell'acqua e delle strutture igienico-sanitarie»¹.

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Angelo Lalli, docente di Diritto amministrativo e di Diritto dello Sviluppo sostenibile presso Sapienza Università di Roma.

¹ Risoluzione dell'Assemblea Generale ONU A/RES/70/1 del 25 settembre 2015: «Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile». Con l'Obiettivo 6 l'Assemblea Generale si impegna a promuovere entro il 2030 l'accesso all'acqua potabile per tutti in conformità a criteri di economicità e sicurezza sanitaria, nonché a garantire il miglioramento della qualità dell'acqua mediante la riduzione dell'inquinamento idrico. La risoluzione persegue una gestione integrata

La comunità internazionale sembra ormai essersi avveduta dell'importanza di approntare a livello nazionale e sovranazionale regimi regolatori aventi ad oggetto l'uso economico del bene volti a contemperare le legittime aspettative soggettive degli operatori economici del settore con le esigenze ambientali, alle quali il cambiamento climatico conferisce carattere di imperativo inderogabile².

In tale contesto il decisore politico è chiamato a trovare una mediazione tra interessi contrapposti, a individuare un equo bilanciamento tra libertà d'iniziativa economica e proprietà privata – di cui agli artt. 41 e 42 della Costituzione – e promozione della tutela ambientale.

Recentemente, con le modifiche apportate agli artt. 9 e 41 Cost. dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n.1, la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, ha assunto rango di principio costituzionale positivo. Si consideri, a tal proposito, che la legge di revisione ha apportato una rilevante modifica all'art. 41, co. 2 e 3, Costituzione, inserendo l'ambiente e la salute tra i beni giuridici ai quali l'iniziativa economica privata non può recare danno e la di cui integrità costituisce un limite al libero esercizio dell'attività medesima, nonché includendo i fini ambientali accanto ai fini sociali tra gli obiettivi dei programmi e controlli che possono essere disposti con legge per l'indirizzamento e il coordinamento dell'attività economica pubblica e privata³.

Il quadro costituzionale risultante all'esito di tali interventi non è privo di interesse: è lo stesso legislatore costituzionale, recependo peraltro orientamenti consolidatisi in ambito giurisprudenziale e dottrinario, a inquadrare la tutela ambientale come limite esterno all'iniziativa economica privata e a delegare al legislatore ordinario

delle risorse idriche mediante l'efficientamento dei sistemi di approvvigionamento e di fornitura, per contrastare la carenza idrica e ridurre il numero di soggetti che ne subisce le conseguenze. È molto interessante rilevare che si intende perseguire tali obiettivi anche mediante l'implementazione di modelli partecipativi che coinvolgano membri delle comunità locali: si veda a tal proposito il punto 6.b, avente ad oggetto il supporto e il rafforzamento della partecipazione delle comunità locali nel miglioramento della gestione dell'acqua e degli impianti igienici.

² Sulle correlazioni tra sfruttamento idrico, cambiamento climatico e siccità si consiglia la lettura di V. SHIVA, *Le guerre dell'acqua*, Milano, Feltrinelli, 2003.

³ R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in www.federalismi.it.

l'individuazione in concreto di soddisfacenti punti di equilibrio tra principi costituzionali paraordinati.

Il regime delle acque esprime in modo paradigmatico l'esigenza di conseguire soluzioni normative in esplicazione del bilanciamento tra tali interessi costituzionali contrapposti, nella prospettiva dello sviluppo sostenibile, sia con riguardo al profilo dominicale del bene che con riferimento ai modelli di gestione del servizio idrico integrato da parte delle amministrazioni locali.

Nel presente lavoro si tenterà una disanima del primo profilo, ovvero del problema dei regimi di appartenenza dell'acqua quale bene suscettibile di utilizzazione economica, mediante usi generali ed eccezionali. Nel tentativo di dar seguito a tale proposito ci si soffermerà sull'evoluzione legislativa dei criteri di distinzione tra acque pubbliche, assoggettate al regime concessorio quanto agli usi eccezionali, in ragione della funzionalizzazione degli stessi a peculiari usi generali, e acque private, liberamente fruibili da parte dei legittimi titolari con riguardo agli usi individuali e sostanzialmente non suscettibili di usi generali. La trattazione si concluderà con l'analisi della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli), che di tale percorso rappresenta il punto d'approdo in piena esplicazione del principio dello sviluppo sostenibile, a fronte della quale è opportuno chiedersi se nel nostro ordinamento residuino ancora acque assoggettate al dominio dei privati.

2. L'evoluzione dei criteri distintivi tra acque pubbliche e acque private nell'ordinamento italiano.

L'ordinamento italiano ha conosciuto una pluralità di criteri alternativi di individuazione delle acque pubbliche e delle acque private. L'evoluzione di tali criteri è connotata dal graduale ampliamento dell'ambito delle acque pubbliche, cui corrisponde una marginalizzazione dei poteri dei soggetti privati sui corpi idrici.

Il Codice civile del 1865 all'art. 427 qualificava come demaniali, in conformità alla tradizione sabauda⁴, soltanto due tipi di corpi

⁴ Tale soluzione era infatti stata adottata anche nel Codice albertino del 1837 e, precedentemente, financo nelle Leggi e costituzioni del 1770.

idrici: i fiumi e i torrenti⁵, adottando un criterio fisico-naturalistico di individuazione dei beni idrici demaniali alternativo a quello della navigabilità di cui al Codice civile dei francesi del 1804⁶. Erano dunque da considerarsi suscettibili di divenire oggetto di proprietà individuale i corpi idrici diversi dai fiumi e dai torrenti. A tal proposito l'art. 543 del Codice civile del 1865 stabiliva che i rivieraschi, ovvero i titolari dei fondi limitrofi al corpo idrico, potessero usare per fini agricoli e industriali in modo incondizionato le acque non demaniali, curandosi di restituire al corso ordinario le colature e gli avanzi⁷. I rivieraschi potevano dunque esercitare usi liberi sulle acque poste nell'ambito dei propri fondi, essendo tali acque sottratte al regime concessorio.

Tale legislazione poneva in una posizione particolarmente svantaggiata i proprietari di fondi privi di accesso all'acqua, e determinava un uso irrazionale della risorsa idrica, a fronte della mancata generalizzazione del regime concessorio. Per promuovere un uso maggiormente razionale delle risorse idriche e consentire la diffusione delle acque, mediante derivazioni finalizzate prevalentemente all'irrigazione, anche a vantaggio dei proprietari di fondi non limitrofi ai corpi idrici, l'allegato F alla l. n. 2248/1865 sui Lavori Pubblici promuove una disciplina amministrativa delle acque pubbliche che si affianca alla disciplina civilistica e che allarga l'ambito di applicazione del regime demaniale e di quello concessorio⁸. L'allegato F include tra le acque pubbliche, infatti, non soltanto le acque fluenti nei corsi d'acqua maggiori (fiumi e torrenti), ma anche quelle dei corpi idrici minori, quali fossati, rivi e colatori pubblici⁹. Tale intervento è volto a

⁵ Codice civile del Regno d'Italia (1865), art. 427: «Le strade nazionali, il lido del mare, i porti, i seni, le spiagge, i fiumi e i torrenti, le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze fanno parte del demanio pubblico».

⁶ F. CAPORALE, *Acque: disciplina pubblicistica*, in <https://www.treccani.it>.

⁷ Codice civile del Regno d'Italia (1865), art. 543: «Quello il cui fondo costeggia un'acqua che corre naturalmente e senza opere manufatte, tranne quella dichiarata demaniale dall'art. 427, o sulla quale altri abbia diritto, può, mentre trascorre, farne uso per la irrigazione dei suoi fondi o per l'esercizio delle sue industrie, a condizione però di restituirne le colature e gli avanzi al corso ordinario. Quello il cui fondo è attraversato da quest'acqua, può anche usarne nell'intervallo in cui essa vi trascorre, ma coll'obbligo di restituirla al corso ordinario mentre esce da' suoi terreni».

⁸ U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1969, p. 1012.

⁹ F. CAPORALE, *Acque pubbliche ed acque private tra Otto e Novecento*, in *La città pubblica, la città assetata*, Palombi Editore, Roma, 2014, p. 253.

promuovere l'utilizzo economico industriale delle acque mediante un più penetrante controllo pubblico sull'utilizzazione delle stessa che non può prescindere dal superamento del regime liberistico originario di matrice culturale protoliberal.

Da un regime imperniato sull'uso libero e originario delle acque minori si passa ad un regime di utilizzabilità delle acque per fini eccezionali previo rilascio di un provvedimento a carattere concessorio¹⁰, sì da subordinare l'utilizzabilità anche delle acque dei corsi minori al compimento di una valutazione amministrativa di carattere prognostico¹¹ circa la compatibilità tra l'uso eccezionale delle acque e gli interessi pubblici cui le acque pubbliche si ritengono funzionali, quali la navigazione (art. 141) e la fluitazione (art. 152)¹².

Occorre rilevare in questa fase di sviluppo del regime delle acque una evidente antinomia tra disciplina codicistica e disciplina amministrativa, le quali propongono criteri naturalistici di individuazione del demanio idrico tra loro contrastanti; un'antinomia che dottrina e giurisprudenza risolvono sostituendo al criterio fisico-naturalistico di individuazione delle acque pubbliche un criterio teleologico-funzionale¹³. La normativa vigente comportava infatti rilevanti problemi applicativi, i quali vengono evidenziati in una circolare del Ministero dei Lavori Pubblici del 6 febbraio 1888¹⁴. È per superare tali problemi che la dottrina, guidata dal Romagnosi¹⁵, promuove il superamento della tassonomia dei beni idrici demaniali fondata su caratteri fisici, ritenendo che dovessero considerarsi demaniali i corpi idrici per i quali fosse possibile riscontrare l'idoneità alla soddisfazione di finalità di pubblico interesse secondo criteri di effettività e attualità e non

¹⁰ Art. 132, all. F, l. n. 2246/1865: «Nessuno può derivare acque pubbliche né stabilire su queste molini od altri opifici se non ne abbia un legittimo titolo, o non ne ottenga la concessione dal Governo».

¹¹ F. CAPORALE, *Acque pubbliche ed acque private tra Otto e Novecento*, cit., p. 255.

¹² U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, cit., p. 1011.

¹³ F. CAPORALE, *Acque pubbliche ed acque private tra Otto e Novecento*, cit., p. 256.

¹⁴ Circolare del Ministero dei Lavori Pubblici del 6 febbraio 1888, n. 2116-159: «la sola denominazione data ad un corso d'acqua non potrebbe essere una guida certa ed inoppugnabile per distinguere le acque pubbliche dalle acque private. Infatti, tali denominazioni sono diversamente usate nelle diverse regioni, e i corsi d'acqua di ugual natura sono diversamente denominati nelle province settentrionali, nelle medie e nelle meridionali d'Italia».

¹⁵ U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, cit. p. 1015.

soltanto sulla base di una valutazione esclusivamente potenziale. Orientamento poi formalizzato in una sentenza della Corte di Cassazione del dicembre del 1910¹⁶, la quale ritiene di poter applicare il regime demaniale ad un bene idrico soltanto nella considerazione della possibilità di esercitare sullo stesso usi generali quali la navigazione o la fluitazione. Il che equivale a circoscrivere l'ambito applicativo del regime concessorio ai soli corpi idrici per i quali si ritiene necessario esercitare un controllo *ex ante* sugli usi eccezionali da parte dei privati a garanzia della fruibilità del bene da parte degli altri consociati.

Dottrina e giurisprudenza anticipano in tal modo di quasi un secolo le elaborazioni dei teorici dei beni comuni che si propongono di definire lo statuto giuridico del bene partendo dalle utilità che esso esprime, ovvero partendo dai beni per arrivare al regime, e non dal regime per arrivare ai beni¹⁷.

Successivamente il criterio teleologico-funzionale di emersione giurisprudenziale viene positivizzato con il Regio decreto-legge 9 ottobre 1919, n. 2161. L'art. 3 sancisce la natura demaniale di «tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, che, considerate sia isolatamente, per la loro portata o per l'ampiezza del relativo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano od acquistino l'attitudine a qualsiasi uso di pubblico generale interesse». Il criterio della sussunzione dei corpi idrici entro categorie naturalistiche generali per l'individuazione del regime ad essi applicabile è dunque sostituito da una valutazione circa l'attitudine delle acque interne ad usi di pubblico generale interesse¹⁸.

Il criterio viene poi trasposto nel regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, c.d. testo unico delle acque pubbliche, il quale all'art. 1 stabilisce la pubblicità di «tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate, le quali, considerate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano od acquistino attitudine

¹⁶ Corte di Cassazione di Roma, 13-21 dicembre 1910, in *Foro Italiano*, XXXVI (1911), I, p. 360.

¹⁷ F. CAPORALE, *Acque pubbliche ed acque private tra Otto e Novecento*, cit., p. 261.

¹⁸ Per dirla con il Guicciardi, «si rendono inutili le questioni che anteriormente si facevano per la determinazione del concetto di fiume e di torrente»: E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Cedam, Padova, 1934.

ad usi di pubblico generale interesse». Il testo unico introduce due rilevanti innovazioni: in primo luogo, il regime demaniale non è più limitato alle sole acque superficiali, ma è esteso alle acque estratte dal sottosuolo, alle quali si applica la valutazione d'idoneità ad usi di pubblico generale interesse. In secondo luogo,¹⁹ tale valutazione è compiuta non soltanto con riguardo ai caratteri fisici del singolo corpo idrico, quali la portata, la profondità, ecc.; ma anche nella considerazione del sistema idrografico al quale il singolo corpo idrico appartiene²⁰. Se dunque un torrente è privo dei caratteri naturalistici che consentono usi di pubblico generale interesse, ma affluisce in un fiume che invece possiede tali attitudini, il regime pubblicistico dovrà considerarsi applicabile anche al torrente nella considerazione del sistema idrografico di riferimento, al fine di garantire la continuità del flusso del bacino idrico principale.

Il testo unico del 1933 completa, dunque, la transizione dal criterio fisico-naturalistico al criterio teleologico-funzionale, introducendo nell'ordinamento una nozione aperta e in bianco di acque pubbliche²¹.

La valutazione discrezionale dell'Amministrazione circa la natura demaniale dei corpi idrici avverrà sulla base dell'enucleazione degli usi generali delle acque, quali la navigazione, la fluitazione, l'irrigazione, la produzione di forza motrice ed energia elettrica, senza

¹⁹ F. CAPORALE, *Acque: disciplina pubblicistica*, cit.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Vincenzo Cerulli Irelli avrà a dire che «l'individuazione della fattispecie in oggetto segue, dunque, criteri flessibili e mobili, come quelli che via via mutano, si evolvono, in relazione al mutare delle circostanze della realtà di fatto – composta di elementi umani, tecnologici, ecologici, ecc. – nella quale le acque, come beni naturali ed economici, vengono utilizzate. E dunque le acque pubbliche – diversamente dall'altra grande categoria di cose riservate, quelle del c.d. demanio marittimo – non sono individuabili esclusivamente in riferimento a dati di ordine materiale, si potrebbe dire fisico, geografico – come la nozione di spiaggia, di arenile (e così sarebbe stato se, in ipotesi, il legislatore avesse circoscritto la fattispecie, ad esempio, ai fiumi, che sono entità fisicamente individuabili) – ma invece gli elementi naturali, fisici, in tale processo individuativo giocano sempre e soltanto un ruolo strumentale, come quelli che possono far sì che l'acqua (una determinata acqua) inserita nell'ambiente circostante presenti nel concreto attitudine ad usi di pubblico generale interesse. E tale attitudine può possedere una piccola sorgente in ambiente arido, la stessa che in ambiente ricco di risorse idriche probabilmente potrebbe essere lasciata all'utilizzazione privata: in tale ambiente essendo necessaria per l'identificazione di codesta attitudine una sorgente di dimensioni consistenti»: V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. I, Roma, 1998, p. 1.

trascurare gli usi ecologici, ovvero gli usi che sono resi possibili dall'integrità della risorsa idrica e che sono impediti dalle sue contaminazioni, quali la pesca e la balneazione. Ove un corpo idrico dimostri di poter soddisfare tali usi, gli usi eccezionali per fini imprenditoriali, agricoli o industriali della risorsa idrica devono considerarsi recessivi rispetto agli usi generali, e possono svolgersi solo previo rilascio di una concessione di derivazione in conformità al procedimento disciplinato dal testo unico, procedimento mediante il quale si concreta la valutazione di compatibilità tra usi generali e usi eccezionali²². Tale regime è certamente funzionale alle esigenze produttive derivanti dalla diffusione del modello industriale da cui discende una più stringente necessità d'uso razionale della risorsa idrica²³.

Occorre specificare che il legislatore del 1933 non attua una riserva generalizzata di demanialità delle risorse idriche in analogia a quanto dispone con riguardo ad altre categorie di beni, si pensi alle miniere, qualificate come demaniali dal regio decreto 29 luglio 1927, n. 1443²⁴ senza ulteriori distinzioni, ovvero senza prevedere criteri discretivi teleologici in relazione ai fini di pubblico generale interesse.

²² E. GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 96: «In primo luogo, può un'acqua pubblica essere destinata all'uso pubblico, che si esercita su di essa così nella forma della navigazione, come in quella della fluitazione, come ancora in quella dell'uso individuale, potabile o igienico o altro simile. Secondariamente, rispetto a determinati corsi lo Stato svolge una funzione che si può chiamare di ripartizione equitativa della massa d'acqua disponibile, attraverso concessioni di derivazione a favore di privati, per la sua utilizzazione industriale. In terzo luogo, specialmente riguardo alle acque a corso rapido e impetuoso, lo Stato svolge un'attività di difesa mediante la sistemazione del corso con opere di modificazione dell'alveo e di difesa delle sponde. Infine, certi fiumi hanno un'importanza politica e militare in quanto segnano il confine del territorio dello Stato».

²³ N. LUGARESI, *Acque pubbliche*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006. Rileva acutamente l'Autore che «le nuove esigenze produttive hanno comportato, sotto il profilo giuridico, l'estensione del carattere della pubblicità nei confronti di acque anteriormente considerate private in quanto suscettibili di utilizzazioni di portata collettiva. La normativa, attraverso l'utilizzazione dello strumento della concessione, ha così implementato una disciplina ed un controllo di tipo pubblicistico, finalizzati al più completo sfruttamento del patrimonio idrico statale. La concessione di derivazione di acque pubbliche è così venuta a costituire il principale strumento giuridico per il perseguimento degli obiettivi economici e produttivi, mostrando peraltro ben presto la sua inidoneità, al di fuori di meccanismi di pianificazione e di programmazione, a proteggere compiutamente l'interesse pubblico generale».

²⁴ Regio decreto 29 luglio 1927, n. 1443, norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere nel Regno. Il regio decreto disciplina

Il testo unico del 1933 ammette dunque l'esistenza di acque private, le quali si identificano con le acque non suscettibili di usi di pubblico generale interesse. Esse sono comprese nella sfera potestativa dei titolari dei fondi cui afferiscono, ai sensi della normativa privatistica precedentemente menzionata²⁵.

L'individuazione in concreto dei corpi idrici assoggettati al regime demaniale avviene mediante un procedimento di iscrizione in elenchi a carattere provinciale compilati dall'Amministrazione dei lavori pubblici, in ottemperanza al regio decreto 14 agosto 1920, n. 1285²⁶.

L'iscrizione delle acque pubbliche negli elenchi provinciali non ha peraltro efficacia costitutiva, bensì meramente dichiarativa, in quanto si ritiene che un corpo idrico abbia natura pubblica a prescindere dall'iscrizione negli elenchi e unicamente sulla base delle proprie caratteristiche fisiche in rapporto al sistema idrografico di riferimento. Gli elenchi delle acque pubbliche rilevano semplicemente l'esistenza di un corpo idrico demaniale, svolgendo una funzione

l'uso economico delle cave e delle miniere regolando l'attività di ricerca e lo sfruttamento dei giacimenti previa concessione ad imprese private (e con il riconoscimento di una concessione tacita "*ab origine*" per il titolare del fondo cui la cava afferisce, concessione che diviene inefficace a fronte del mancato esercizio dello sfruttamento economico del bene da parte del titolare del fondo).

²⁵ Sul punto, esaurientemente: G. ASTUTI, *Acque private*, In *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958.

²⁶ V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, cit., p. 3. «Il procedimento di iscrizione dei corpi idrici all'interno degli elenchi compilati su base provinciale si sviluppa nelle seguenti fasi: la prima fase ha inizio con la compilazione da parte degli uffici provinciali del Genio civile di uno schema di elenco contenente una o più risorse idriche di cui vengono indicati gli elementi per la loro identificazione; tale schema è poi trasmesso al Ministero dei Lavori Pubblici con motivata proposta circa la dichiarazione di pubblicità delle acque. Il Ministero esamina lo schema, pone in essere eventuali modifiche e, se lo approva, ne dispone la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. L'Ufficio del genio civile provvede alla pubblicazione dello schema in sede locale mediante il deposito presso la prefettura e presso i comuni interessati nonché l'affissione all'albo pretorio degli stessi comuni per trenta giorni di un avviso a sua volta pubblicato sulla stampa provinciale. Entro sei mesi dalla pubblicazione dello schema gli interessati possono proporre opposizione avverso l'iscrizione dell'acqua. Scaduto tale termine, l'Ufficio del genio civile trasmette gli atti al Ministero; l'approvazione definitiva dell'elenco avviene, sentito il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici con regio decreto depositato nella segreteria di tutti i comuni interessati della provincia per trenta giorni e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale. Del deposito viene data notizia mediante l'affissione per quindici giorni di un avviso all'albo pretorio dei comuni stessi».

prevalentemente pubblicitaria in vantaggio dei privati al fine di eliminare ogni dubbio in merito alla sussistenza di diritti individuali su corpi idrici posti all'interno o in prossimità di fondi privati.

Peraltro l'autorità amministrativa non è titolare esclusiva del potere di dichiarare la pubblicità di un corpo idrico; tale attribuzione è infatti condivisa con un organo giurisdizionale, il Tribunale regionale delle acque pubbliche, istituito dal testo unico (art. 138), con sede presso le Corti d'appello di Torino, Milano, Venezia, Firenze, Roma, Napoli, Palermo e Cagliari, le di cui decisioni sono impugnabili presso il Tribunale superiore delle acque pubbliche (art. 142), con sede in Roma, presso la Corte di Cassazione²⁷.

Ai Tribunali regionali delle acque pubbliche sono deferite le controversie in materia di demanialità dei corpi idrici: tale organo giurisdizionale svolge una valutazione analoga a quella amministrativa circa l'ascrivibilità dei singoli corpi idrici al demanio idrico, escludendo o riconoscendo l'esistenza di diritti individuali sulle acque pubbliche²⁸.

La successiva entrata in vigore del Codice civile del 1942 (regio decreto 16 marzo 1942, n. 262) non apporterà modifiche sostanziali

²⁷ L'art. 140 del testo unico del 1933 definisce l'ambito della giurisdizione dei Tribunali regionali delle acque pubbliche, stabilendo che appartengono alla cognizione in primo grado di tali organi:

- a) le controversie intorno alla demanialità delle acque;
- b) le controversie circa i limiti dei corsi o bacini, loro alvei e sponde;
- c) le controversie, aventi ad oggetto qualunque diritto relativo alle derivazioni e utilizzazioni di acqua pubblica;
- d) le controversie di qualunque natura, riguardanti la occupazione totale o parziale, permanente o temporanea di fondi e le indennità previste dall'art. 46 della legge 25 giugno 1865, n. 2359, in conseguenza dell'esecuzione o manutenzione di opere idrauliche, di bonifica e derivazione utilizzazione delle acque. Per quanto riguarda la determinazione peritale dell'indennità prima dell'emissione del decreto della espropriazione resta fermo il disposto dell'art. 33 della presente legge;
- e) le controversie per risarcimenti di danni dipendenti da qualunque opera eseguita dalla pubblica Amministrazione e da qualunque provvedimento emesso dall'autorità amministrativa a termini dell'art. 2 del T.U. 25 luglio 1904, n. 523, modificato con l'art. 22 della legge 13 luglio 1911, n. 774;
- f) i ricorsi previsti dagli artt. 25 e 29 del testo unico delle leggi sulla pesca approvato con R.D. 8 ottobre 1931, n. 160.

Appartengono alla cognizione in appello del Tribunale superiore delle acque pubbliche, ai sensi dell'art. 142, la cognizione in grado di appello di tutte le cause decise in primo grado dal Tribunale delle acque pubbliche.

²⁸ F. CAPORALE, *Acque: disciplina pubblicistica*, cit.

alla disciplina in esame, limitandosi alla ricognizione del regime vigente all'epoca. L'art. 822 stabilisce che «appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale».

Il legislatore sembra tornare al criterio fisico-naturalistico, definendo il demanio idrico con riguardo a determinate categorie di corpi idrici; ma poi, mediante il rinvio alla legislazione speciale, ovvero, implicitamente, al testo unico del 1933 in materia di acque pubbliche, il criterio teleologico-funzionale finisce con il prevalere su quello fisico-naturalistico.

L'apporto più rilevante del Codice del '42 si registra con riguardo al regime delle acque private. La disciplina dell'uso privato delle acque si sviluppa negli artt. 909 ss. L'art. 909, co. 1, stabilisce che «il proprietario del suolo ha il diritto di utilizzare le acque in esso esistenti, salvo le disposizioni delle leggi speciali per le acque pubbliche e per le acque sotterranee», ovvero escludendo ogni diritto d'uso sulle acque demaniali. È interessante notare che il codice sia nella rubrica che nel corpo dell'articolo qualifica la situazione giuridica soggettiva spettante al privato sulle acque afferenti al proprio fondo come diritto di utilizzazione. L'art. 910, che successivamente sarà oggetto di abrogazione (*ex art. 2, d.P.R. 18 febbraio 1999, n. 238*) si pone in continuità con la disposizione precedente prevedendo che «il proprietario di un fondo limitato o attraversato da un'acqua non pubblica, che corre naturalmente e sulla quale altri non ha diritto, può, mentre essa scorre, farne uso per l'irrigazione dei suoi terreni e per l'esercizio delle sue industrie, ma deve restituire le colature e gli avanzi al corso ordinario».

Occorre rilevare che il legislatore, almeno sul piano testuale, non riconosce un diritto dominicale pieno, ascrivibile alla categoria della proprietà privata, sulle acque non pubbliche afferenti a fondi privati, concedendo al privato soltanto un diritto d'uso originario, senza necessità di attendere il rilascio di un titolo da parte dell'Amministrazione, su tali corpi idrici ²⁹.

Aderendo a tale ricostruzione si finirebbe con il negare che il codice del 1942 ammetta l'esistenza nel nostro ordinamento di diritti

²⁹ G. ASTUTI, *Acque private*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 388.

proprietari su beni idrici naturali: le acque prive dei caratteri della demanialità sarebbero allora suscumbibili all'interno del patrimonio indisponibile dello Stato in applicazione dell'art. 827 cod. civ. sui beni immobili vacanti, fermi restando i diritti d'uso eccezionale spettanti ai sensi degli artt. 909 e 910 del Codice al titolare del fondo. Una piena potestà dei privati sarebbe invece riscontrabile con riguardo ai corsi d'acqua artificiali, sotterranei e superficiali, ovvero alle acque derivate per mezzo di manufatti, canali, cavi, condotte ad opera dei privati proprietari, nonché alle acque piovane raccolte in vasche o cisterne, in quanto beni costituenti *pars fundi* e ricadenti sotto il dominio del proprietario del fondo. Si tratta di una questione interpretativa mai sopita in rapporto alla quale in questa sede si rende necessario un rinvio³⁰.

3. La legge 5 gennaio 1994, n. 36.

L'approvazione della legge 5 gennaio 1994 n. 36, c.d. legge Galli, definisce il regime vigente con riguardo al regime di appartenenza delle acque portando a compimento il graduale percorso di estensione dell'ambito materiale del demanio idrico e del regime concessorio, cui corrisponde la compressione delle potestà private sui corpi idrici.

L'art. 1 della legge Galli dispone al co. 1 che «tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà».

Al co. 2, invece, si prevede che «qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale».

Infine, il co. 3 stabilisce che «gli usi delle acque sono indirizzati al risparmio e al rinnovo delle risorse per non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici».

³⁰ *Ibidem*. Per approfondire la questione circa la configurabilità nell'ordinamento italiano della proprietà privata sulle acque minori successivamente all'entrata in vigore del Codice del 1942, questione qui soltanto cennata per esigenze editoriali, si rimanda alla trattazione esaustiva compiuta dall'Astuti in questa pregevole voce enciclopedica.

Soffermiamoci sui caratteri essenziali delle disposizioni in esame. Esse promuovono il superamento dei criteri che si sono succeduti nel diritto positivo italiano realizzando una vera e propria riserva di pubblicità per tutte le acque interne insistenti sul territorio italiano, superficiali e sotterranee. In tal modo ci si propone di superare il sistema degli elenchi pubblici e di minimizzare il contenzioso in materia di demanio idrico³¹.

Quel che più rileva è che la normativa in oggetto è tesa essenzialmente a conformare l'utilizzazione della risorsa idrica a fini di salvaguardia della medesima in prospettiva solidaristica (co. 1)³², anche in considerazione delle aspettative e dei diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale (co. 2)³³, indirizzando

³¹ E. FERRARI, U. POTOTSCHNIG, *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, Cedam, Padova, 2000. Gli Autori alle pp. 4 ss. osservano che la legge Galli fa scomparire la necessità di un riconoscimento formale dei singoli corpi idrici, «giacché ormai sono pubbliche tutte le acque, sia superficiali che sotterranee, senza nessuna necessità di una loro iscrizione in appositi elenchi». A tal proposito, gli Autori rilevano argutamente che il regime demaniale si considera esteso ad opera della nuova disciplina anche alle acque sotterranee non estratte, precedentemente considerate come acque private, giacché precedentemente erano qualificate come pubbliche dal testo unico del 1933 esclusivamente le acque sotterranee se artificialmente estratte dal sottosuolo (e dunque, per paradosso, solo allorché cessavano di essere sotterranee). Più complessivamente, osservano gli Autori, «cadono definitivamente talune discriminazioni presenti nella legislazione precedente. Questa prevedeva infatti una tripartizione distinguendo, in base al loro rapporto col suolo, tra acque sorgenti, fluenti e lacuali, distinzione che la legge Galli ignora del tutto, e che viene sostituita dalla distinzione accolta invece nella nuova legge tra acque superficiali e acque sotterranee. A differenza della vecchia tripartizione, la bipartizione tra acque superficiali e acque sotterranee non è posta per limitare in qualche modo la portata della nuova legge, ma al contrario per ribadire come la pubblicità investa oggi la totalità delle acque, nessuna esclusa».

³² Il riferimento al criterio della solidarietà, funzionale ad orientare le scelte di gestione della risorsa idrica, richiamando in una disciplina di settore un principio elevato dall'art. 2 della Costituzione a dovere inderogabile, sembra volta ad imporre sul piano metodologico il superamento di ogni concezione individualista protoliberalista che rivendichi spazi di intangibile autonomia del privato prioritari rispetto alle esigenze sociali. L'acqua è inquadrata come risorsa funzionale alla soddisfazione di esigenze sociali e il suo governo è essenzialmente finalizzato al perseguimento di tali esigenze anche mediante la compressione a fini solidaristici degli spazi di autonomia patrimoniale individuale (come concretamente è avvenuto con riguardo all'estensione della riserva pubblicistica).

³³ In questa sede non ci si può trattenere oltre sulla questione della soggettività e della capacità giuridica delle generazioni future, anche con riguardo alla teoria dei beni comuni; sul punto si rinvia a A. D'ALOIA, *Generazioni future (dir. cost.)*, in

l'uso delle acque al risparmio e al rinnovo delle risorse per non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri ecologici (co. 3)³⁴.

Nella prospettiva della disciplina in esame, il regime demaniale delle acque cui corrisponde l'esercizio di poteri concessori da parte dell'Amministrazione stessa non è funzionale unicamente alla determinazione della migliore allocazione delle acque per la massima efficienza della produzione, ma anche alla protezione e rigenerazione del patrimonio naturale idrico, in conformità al paradigma dello sviluppo sostenibile, il quale implica l'assegnazione all'Amministrazione del compito di indirizzare la gestione dei fattori produttivi verso la sostenibilità ambientale e sociale.

Per conseguire tali obiettivi, la legge Galli espunge radicalmente dall'ordinamento positivo la categoria delle acque private, assoggettando tutte le acque interne superficiali e sotterranee alla potestà della Pubblica Amministrazione, in ragione della scarsità della risorsa idrica e della necessità di provvedere al contenimento del processo di depauperamento della stessa.

All'art. 2, la legge Galli introduce un importante principio: la priorità dell'uso dell'acqua per il consumo umano, disponendo che con riguardo ai corpi idrici superficiali e sotterranei gli altri usi, ivi inclusi gli usi industriali o agricoli, siano ammessi solo allorché la risorsa risulti sufficiente in termini quantitativi e qualitativi per le esigenze connesse al consumo umano³⁵.

Enciclopedia del Diritto, Annali vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, e a R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Jovene, Napoli, 2008.

³⁴ Per Ferrari e Pototschnig se risparmio e rinnovo delle risorse idriche sono obiettivi intermedi della disciplina, il vero obiettivo finale della stessa è rappresentato dalla garanzia del patrimonio idrico, della vivibilità dell'ambiente, dell'agricoltura, della fauna e della flora acquatiche, dei processi geomorfologici e degli equilibri idrologici, un ventaglio di interessi pubblici che dovranno essere perseguiti dall'autorità di bacino, cui spetta definire e aggiornare il bilancio idrico, nonché dalle strutture preposte alla gestione del servizio idrico integrato, vale a dire dall'insieme, nell'ambito territoriale ottimale, dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acque ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue, secondo quanto stabilito dall'art. 4.

³⁵ La qualificazione da parte dell'art. 2, co. 1, del consumo umano come prioritario rispetto agli usi agricoli e industriali della risorsa idrica è ovviamente correlata alla considerazione di tale risorsa in rapporto alle esigenze di soddisfazione dei diritti fondamentali della persona aventi copertura costituzionale, primo tra tutti il diritto

Per completare la trattazione occorre specificare che la legge Galli non esclude in via di principio la configurabilità di situazioni giuridiche soggettive di diritto privato sulle acque interne; essa, anzi, dando parziale sviluppo alla disciplina codicistica, disciplina talune ipotesi eccezionali nelle quali ai privati possono essere riconosciute facoltà d'uso originario³⁶, senza necessità di rilascio di un titolo da parte dell'Amministrazione, su corpi idrici minori.

Nello specifico, i co. 3 e 5 dell'art. 28 stabiliscono l'uso libero, senza necessità di titolo, delle acque piovane raccolte in invasi e cisterne – purché siano a servizio del fondo su cui l'acqua viene raccolta – e delle acque sotterranee utilizzate per fini domestici ai sensi dell'art. 93 del testo unico del 1933 – peraltro tra gli usi domestici vanno inclusi non soltanto gli usi relativi alla casa di abitazione, ma anche l'annaffiamento di giardini e orti e l'abbeveramento del bestiame –. L'esercizio di tali usi liberi è peraltro subordinato al rispetto dell'equilibrio del bilancio idrico del bacino di riferimento, essendo in ogni caso vietata l'alterazione del bilancio idrico mediante prelievi eccedenti rispetto alla capacità del bacino.

4. La sentenza n. 259/1996 della Corte costituzionale.

Prima di concludere, occorre fare un cenno alla sentenza della Corte costituzionale del 19 luglio 1996, n. 259, avente ad oggetto un giudizio di costituzionalità in via incidentale in merito ad alcune disposizioni della legge Galli, la quale fornisce alcune indicazioni preziose a proposito del bilanciamento tra principi costituzionali

alla vita. Tale previsione è completata dall'art. 28, co.1, il quale prevede che in caso di scarsità della risorsa idrica nei periodi di siccità e di razionamento del suo utilizzo, priorità, dopo l'uso umano, dovrà esser data all'uso agricolo.

³⁶ Per LUGARESI, *op. cit.*, il legislatore non pone in essere un regime privatistico derogatorio rispetto al regime amministrativistico di cui all'art. 1 della legge, ma acconsente al libero utilizzo di acque considerate pubbliche dall'ordinamento al fine di rendere più efficiente l'uso delle acque stesse. Scrive l'autore: «l'obiettivo del legislatore è quello di garantire il più completo e razionale sfruttamento delle risorse idriche, di qualsiasi tipo ed origine. Da uno sfruttamento diffuso, non lesivo o pericoloso, o comunque incompatibile con interessi pubblici, deriva una minore richiesta di acqua ed una maggiore disponibilità della stessa, in conformità ai principi generali di risparmio delle risorse». In riferimento a tali ipotesi marginali l'uso immediato delle acque da parte del privato non è soltanto tollerato, ma implicitamente auspicato dal legislatore ai fini di un più razionale sfruttamento delle risorse idriche, negli stringenti limiti previsti dalla legge.

contrapposti e paraordinati con riguardo alla materia delle acque pubbliche.

Il giudizio trae origine da una controversia in materia demaniale³⁷. Il Tribunale superiore delle acque pubbliche rimette alla Corte una questione di costituzionalità avente ad oggetto la norma di cui all'art. 1, co. 1, legge 5 gennaio 1994, n. 36, che dispone l'estensione del regime demaniale a tutte le acque interne, per contrasto ai co. 2 e 3 dell'art. 42 della Costituzione nella parte in cui essi riconoscono e garantiscono la proprietà privata stabilendo l'ammissibilità dei soli limiti legali funzionali ad assicurare la funzione sociale della proprietà e a renderla accessibile a tutti. La disposizione in oggetto, secondo la prospettazione della parte interessata, nel disporre l'ablazione di ogni situazione giuridica soggettiva individuale afferente a corpi idrici minori, opererebbe una irragionevole e discriminatoria compressione della proprietà individuale, in quanto ascriverebbe al demanio qualsivoglia corpo idrico, a prescindere dall'accertamento dell'idoneità dello stesso a consentire usi di pubblico generale interesse. La parte privata lamenta l'assorbimento all'interno del demanio di beni privi di qualsiasi rilievo pubblicistico in quanto inidonei agli usi collettivi, il quale ingenererebbe un'ingiustificata e illegittima lesione del diritto di proprietà costituzionalmente garantito, in quanto la compressione del diritto di proprietà sarebbe svincolata dal perseguimento di fini di solidarietà economica e sociale, stante l'assoluta inidoneità agli usi sociali e a usi economici generali di tali beni.

La Corte si pronuncia per l'infondatezza della questione. La statuizione è inequivocabile: «le modificazioni legislative del regime di

³⁷ Il giudizio è promosso dal Tribunale superiore delle acque pubbliche al quale era stata deferita in appello una controversia relativa all'accertamento della natura demaniale o privata del lago di Giulianello, presso Cori (LT). L'appello era stato promosso da R.P., soccombente in primo grado contro il Comune di Cori presso il Tribunale regionale delle acque pubbliche di Roma, il quale aveva rivendicato in giudizio propri diritti sul bene in ragione dell'inidoneità dello stesso ad usi di pubblico generale interesse, ai sensi dell'art. 1, regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775. Si consideri che la legge Galli era sopravvenuta in pendenza del giudizio e aveva determinato l'esito del procedimento in primo grado, che si era concluso con l'accertamento della demanialità del bene e dell'insussistenza di diritti individuali sullo stesso. Nel giudizio d'appello, il soccombente in primo grado sollecita il giudice all'adozione dell'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità alla Corte, lamentando il contrasto tra l'art. 1 legge Galli e i co. 2 e 3 dell'art. 42 della Costituzione.

utilizzazione o di proprietà di determinate categorie di beni, caratterizzati da pubblico interesse, non sono, di per sé, contrarie a Costituzione [...] quando siano intervenute trasformazioni della rilevanza pubblica di tali beni e dell'interesse generale». Ciò in quanto «i criteri discretivi delle acque pubbliche e private hanno subito, sotto il profilo storico, dallo scorso secolo (e non solo in Italia) una evoluzione progressiva con caratterizzazione in crescendo dell'interesse pubblico, correlata all'aumento dei fabbisogni, alla limitatezza della disponibilità e ai rischi concreti di penuria per i diversi usi (residenziali, industriali, agricoli) la cui preminenza è venuta nel tempo ad assumere connotati diversi». Per la Corte, dunque, è l'evoluzione degli interessi pubblici a condizionare la graduale modificazione dei criteri di discriminare tra acque private e acque pubbliche. E gli interessi pubblici rilevanti hanno effettivamente subito grandi riassetamenti.

«In particolare, l'attenzione si è soffermata sull'acqua (bene primario della vita dell'uomo) configurata quale "risorsa" da salvaguardare, sui rischi da inquinamento, sugli sprechi e sulla tutela dell'ambiente, in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale [...]. Di qui l'esigenza avvertita dallo stesso legislatore di un maggiore intervento pubblico concentrato sull'intero settore dell'uso delle acque, sottoposto al metodo della programmazione, della vigilanza e dei controlli, collegato ad una iniziale dichiarazione di principio generale e programmatica (art. 1, co. 1, l. n. 36/1994), di pubblicità di tutte le acque superficiali e sotterranee, indipendentemente dalla estrazione dal sottosuolo. Tale dichiarazione è accompagnata dalla qualificazione di "risorsa salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà". Questa finalità di salvaguardia viene, subito dopo, in modo espresso riconnessa al diritto fondamentale dell'uomo (e delle generazioni future) all'integrità del patrimonio ambientale, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche».

La Corte individua gli interessi pubblici a cui la normativa in oggetto è finalizzata, i quali, essendo conformi al paradigma solidaristico per espressa menzione legislativa, rendono legittime ai sensi dell'art. 42, co. 2, limitazioni al diritto di proprietà.

5. Conclusioni.

L'esame sommario della suddetta sentenza consente di trarre le fila del discorso.

Scriveva Pietro Bonfante che «nessun argomento più del regime delle acque è adatto a dar risalto a quello che è, per mio avviso, il carattere fondamentale dell'evoluzione della proprietà», così concludendo: «la lotta tra il regime individualistico e il regime sociale dell'acqua è altamente istruttiva. Più ancora della terra è l'acqua uno specchio fedele delle diverse condizioni dei tempi e dei luoghi»³⁸. Effettivamente la considerazione del regime di appartenenza dell'acqua costituisce una cartina tornasole che consente di intendere quali siano le scelte di fondo dell'ordinamento in merito alla dialettica tra proprietà individuale e poteri pubblici, tra prerogative dominicali dell'individuo e attività normativa e provvedimentale di conformazione dei diritti soggettivi a garanzia del perseguimento di utilità sociali e interessi della collettività. Con riguardo all'ordinamento vigente, occorre rilevare che lo statuto giuridico dell'acqua esprime il tentativo di ricercare un nuovo equilibrio tra regime demaniale e usi individuali, un equilibrio connotato dalla prevalenza degli interessi pubblici alla tutela ambientale e alla gestione razionale della risorsa idrica a fini conservativi rispetto agli interessi individuali all'uso libero della stessa per il perseguimento di legittimi interessi individuali, persino con riguardo ai corpi idrici minimali, e a prescindere dalla valutazione circa l'idoneità del singolo corpo idrico alla fruizione collettiva. Tale spostamento del baricentro della legislazione non può che discendere, come osserva la Corte costituzionale, dalla considerazione della condizione di scarsità della risorsa idrica derivante dai cambiamenti climatici in essere, che non potrà che radicalizzarsi in futuro, a fronte della quale si rende necessario il rafforzamento dei poteri amministrativi di regolazione, pianificazione, concessione e controllo degli usi della risorsa idrica.

Certo, lo statuto giuridico delle acque pubbliche non può essere correttamente inquadrato sul piano dogmatico prescindendo dalla considerazione della disciplina in materia di servizio idrico integrato e più ampiamente della normativa dei servizi pubblici locali tra i quali

³⁸ P. BONFANTE, *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, in *Scritti giuridici*, vol. IV, Sampaolesi, Roma, 1925, pp. 4 ss.

il servizio idrico è da annoverarsi; e d'altronde la panpubblicizzazione delle acque nell'ambito del regime demaniale sposta l'attenzione degli studiosi verso il regime di organizzazione e di erogazione commerciale dei servizi idrici, con particolare riguardo alla questione ancora non ipostatizzata della discrezionalità amministrativa nella scelta dei modelli di gestione del servizio³⁹.

Ciò nonostante, il regime pubblicistico del demanio idrico continua a rappresentare un ambito normativo di grande interesse con riguardo alle questioni mai sopite della conformazione dei diritti soggettivi e della demanializzazione delle risorse naturali soggette a depauperamento per finalità di tutela ambientale. Con riferimento al demanio naturale, resta da varcare la frontiera del superamento della concezione individualistica della proprietà pubblica e dell'implementazione di un regime demaniale avanzato che riconosca ai membri della collettività una situazione giuridica soggettiva che non si esaurisca nella semplice facoltà d'uso nell'ambito della fruizione collettiva, ma che ridondi nella legittimazione ad agire per la tutela giurisdizionale di tali beni contro gli usi eccezionali illeciti o abusivi⁴⁰.

³⁹ N. LUGANESI, *op. cit.* Peraltro, nell'ambito della discussione pubblica in merito ai modelli di gestione dei servizi pubblici locali sviluppatasi in occasione del referendum abrogativo del 2011 sono state molteplici le voci in sede politica e giornalistica che hanno utilizzato l'espressione «privatizzazione dell'acqua» riferendosi ai processi di affidamento del servizio idrico locale a operatori privati; una scelta lessicale del tutto impropria alla luce della normativa vigente in materia di appartenenza delle risorse idriche, che dovrebbe essere rigettata quantomeno dagli specialisti per non ingenerare equivoci.

⁴⁰ Si dischiude in tutta la sua imponenza il tema dei beni comuni, oggetto della Relazione della Commissione Rodotà per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici e di numerosissimi contributi dottrinari (a fronte della minore quantità di arresti giurisprudenziali in materia; degna di nota è certamente la sentenza delle SS.UU. della Cassazione n. 3739/2011 sulle valli da pesca della laguna di Venezia). Tema, peraltro, che non può essere adeguatamente studiato prescindendo dalla considerazione degli istituti della tradizione giuridica nostrana inerenti ai c.d. domini collettivi, e a quella che latamente Massimo Severo Giannini qualificava come proprietà collettiva (senza pretese di esaustività si rimanda a: M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 77; nonché a P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in E. CORTESE (a cura di), *La proprietà e le proprietà*, Giuffrè, Milano, 1988.

MARCO COLETTA*

LEGITTIMAZIONE OGGETTIVA AD AGIRE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E LA TEORIA DEI MODELLI PROCESSUALI DIFFERENZIATI

This paper aims to analyze some specific aspects of a new trend in the discipline of administrative procedure: the theory of different special judicial models. This theory is founded on some regulations introduced to protect certain juridical situations, connected with the concept of diffuse interests. The assumption of these models is legal standing in the process, that is one of the conditions of judicial action. Then, considering its historical, legal and doctrinal evolution, the article analyzes the features of certain juridical positions and the need to give them effective protection pursuant to Article 1 of the Administrative Procedure Code.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Legittimazione ad agire nel processo amministrativo. – 3. Interesse diffuso e legittimazione oggettiva. – 4. Differenti tipologie di interessi diffusi e legittimazione ad agire dei loro titolari. – 5. Legittimazione oggettiva e modelli processuali differenziati.

1. *Introduzione.*

Chi si avvicina per la prima volta, come chi scrive, allo studio del diritto processuale amministrativo nota subito due sue caratteristiche tra le tante: sicuramente il fatto che l'evoluzione di questa disciplina abbia trovato la sua svolta in tempi recenti con il codice del processo amministrativo del 2010, un vero "codice creazione"; e per seconda la sua inevitabile dipendenza storica dal diritto processuale civile. Questi due aspetti sembrano invero sintomatici del fatto che il processo amministrativo e le sue leggi cercano di trovare una loro identità, non per rinnegare le proprie origini storiche ma per realizzare una tutela

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Andrea Carbone, docente di Diritto amministrativo e Giustizia amministrativa presso Sapienza Università di Roma.

giurisdizionale piena nei confronti dell'esercizio del potere, ed è proprio per questo motivo che si può segnalare la formazione di situazioni legittimanti nuove per l'accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa. Ecco allora che si presenta di certo chiarificatore lo studio del fenomeno dei modelli processuali differenziati, ma con specifico riferimento al concetto della legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo e al suo legame con la tutela degli interessi generali pubblici.

Questo fenomeno dei modelli processuali differenziati non trae sostegno da una normativa di carattere generale che definisce le sue caratteristiche, ma si tratta di una desunzione formulata dall'analisi di più esperienze normative¹ che presentano tutte caratteri simili. Infatti, alla luce di questi rilievi per poter configurare un modello processuale differenziato servono tre requisiti: un interesse pubblico sensibile da tutelare a fondamento di una legittimazione oggettiva diversa da una tradizionale pretesa individuale, e la presenza di poteri ulteriori rispetto a quelli ordinari in capo al giudice amministrativo², questi ultimi tali da permettere la definizione di caratteri di tipo oggettivo, che si devono però puntualmente distinguere dal concetto di legittimazione oggettiva³.

Ammesso allora che attraverso l'individuazione di una ipotesi di legittimazione oggettiva ne consegue l'affermazione di un modello processuale a contenuto oggettivo, possiamo però cercare di capire quanto un modello processuale di questo tipo abbia bisogno di questa condizione. Così circoscriviamo la nostra analisi alla descrizione

¹ Alcune tra queste: art. 21 *bis*, legge del 10 ottobre del 1990, n. 287, così come introdotto nel 2011 su ricorso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; decreto legislativo del 20 dicembre 2009, n. 198, sulla c.d. *class action* amministrativa; gli artt. 121 e 122 c.p.a. sul contenzioso avente ad oggetto i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; oppure il contenzioso sulle operazioni elettorali *ex artt.* 126 ss. c.p.a.

² Questa la tesi di A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Diritto processuale amministrativo* anno XXXII, fasc. 2, 2014, pp. 436-437.

³ Su tale questione, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "oggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, pp. 342-343, nota 2, in cui si specifica la differenza tra giurisdizione di tipo oggettivo, intesa come modalità di esercizio della funzione giurisdizionale, e legittimazione "oggettiva" a ricorrere tipica di alcuni soggetti a cui si riconosce una posizione giuridica finalizzata alla tutela di interessi generali.

della legittimazione ad agire oggettiva come condizione dell'azione giudiziale in contrasto con quella tradizionale, e i relativi interessi sottesi.

2. Legittimazione ad agire nel processo amministrativo.

Al fine di instaurare validamente un processo amministrativo servono oltre ai presupposti processuali (quali la giurisdizione, la competenza e la *legitimatio ad processum*) le condizioni dell'azione: legittimazione e interesse ad agire. Quest'ultima è l'utilità sostanziale che l'attore persegue e intende raggiungere con il procedimento, mentre la prima si individua con la titolarità del ricorrente di un interesse protetto, di una situazione giuridica tale da permettergli di accedere alla tutela giurisdizionale ricercata. Ricordare queste definizioni ci riporta alla disciplina processualcivilistica, ed è pacifico infatti che, fino all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e dell'art. 39 c.p.a. (rinvio esterno al codice di procedura civile), la giurisprudenza ha sempre fatto riferimento a questi principi generali pur se con alcuni adattamenti necessari⁴. Ciò denota ovviamente quel fenomeno di processualciviltà che si è ricordato in apertura, ma non esaurisce le problematiche inerenti a questi aspetti. Alla instaurazione del processo amministrativo non basta affermare di essere titolari di un diritto, ma bisogna vantare una posizione effettiva nei confronti dell'esercizio del potere, e ciò deve essere accertato dal giudice preliminarmente. Basterebbe pensare al classico esempio del soggetto proprietario di un fondo espropriato illegittimamente dalla P.A., il quale essendo destinatario del provvedimento amministrativo ricopre una situazione giuridica rilevante oggetto di accertamento da parte del giudice, prima ancora della valutazione della fondatezza della pretesa attorea. Ecco allora l'autonoma identità del processo amministrativo in cui la legittimazione a ricorrere assume un rilievo particolare, sicuramente maggiore rispetto a quello che ricopre nel processo civile⁵.

⁴ V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa, la giurisdizione e le azioni*, La Sapienza editrice Roma, Roma, 2016, p. 128.

⁵ Ricordiamo sul punto C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, XII ed., G. Giappichelli, Torino, 2019, pp. 564 ss., in cui, specificando la definizione scientifica di legittimazione ad agire, ne denuncia però un uso inappropriato da

Tendenzialmente il passaggio d'analisi successivo richiederebbe di vedere come in concreto si qualifica quest'interesse protetto individuale, che sembra quasi essere un sostrato sostanziale da cui si forma una proiezione di carattere processuale che identifichiamo nella legittimazione; ma invece ciò che si vuole prima sottolineare, appunto, è il rapporto che intercorre tra titolare della posizione da una parte e qualità della posizione stessa dall'altra. Questo per un processualciviliista è di immediata soluzione, nascendo per definizione la tutela giurisdizionale ordinaria come protezione di una situazione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento e definita diritto soggettivo; per una disciplina che ha origini storiche particolari, invece, bisogna necessariamente porsi in maniera differente.

Muovendo dall'evoluzione storica della giurisdizione amministrativa, possiamo vedere come, in disparte il contenzioso amministrativo di origine rivoluzionaria francese, è la giurisdizione unica⁶ che garantiva la tutela della eventuale lesione dei diritti soggettivi sia da parte della P.A. che dai privati; così, con questa impostazione, sono i titolari di diritti soggettivi che hanno la possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale davanti al tribunale ordinario, anche quelli legati in qualche modo all'esercizio dell'attività amministrativa. Questa soluzione ha mostrato evidenti limiti. I rimedi esperibili, infatti, non permettevano di incidere sul provvedimento amministrativo relativo alla controversia, e non assicuravano quindi una tutela piena al soggetto leso. Così nel 1889 con la legge n. 5992, attraverso un'integrazione funzionale del Consiglio di Stato con la IV sezione, si attribuisce a quest'ultimo un nuovo contenzioso che si limitava però ai «ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici», rimedi finalizzati esclusivamente all'annullamento dell'atto⁷. In questo modo si forma il nucleo da cui

parte della prassi processuale, la quale invece di considerare questa condizione come questione di rito, la estende in modo inappropriato al merito.

⁶ V. Legge n. 2248 del 20.03.1865, allegato E), in cui all' art 1 si sancisce l'abrogazione della giurisdizione del contenzioso amministrativo, e nell'art. 2 la competenza del giudice ordinario per le questioni di un diritto civile o politico in cui è interessata la pubblica amministrazione.

⁷ Per spiegare questo approdo legislativo, bisogna tenere presente che sono gli «affari» dell'art. 3 della legge del 1865 dai quali il legislatore parte per individuare

parte il percorso evolutivo della giurisdizione amministrativa che oggi gode di una struttura ben più ampia ed organizzata di quella del 1889.

Ecco allora che questa breve digressione chiarifica il contesto storico in cui affonda le radici il nostro discorso, e riesce ad indicare vari aspetti: per primo l'evoluzione legislativa è segnata chiaramente da una esigenza di colmare le precedenti lacune e di garantire una tutela piena⁸; per secondo poi lo sdoppiamento della struttura giurisdizionale italiana nel tempo si lascerà dietro inevitabilmente le situazioni giuridiche tipiche della tutela di fronte al giudice ordinario; e per ultimo, sembra, il debito che queste situazioni scontano nei confronti dei principi del diritto processuale civile e, per ciò che interessa noi, con la legittimazione soggettiva.

Così, senza soffermarci sui vari altri aspetti storici che caratterizzano questi anni⁹, sarà con l'art. 24 della Costituzione che avremo la circoscrizione giuridica delle situazioni di cui sopra, attraverso la dicotomia diritti soggettivi e interessi legittimi. Chi è titolare di questi ultimi ha la possibilità di accedere al relativo organo giudiziario amministrativo competente, dimostrando così il suo ricorso retto su una condizione dell'azione tipica che è la legittimazione ad agire soggettiva. Ciò rende chiaro il fatto che questo è il prodotto della necessità di configurare una serie di situazioni giuridiche soggettive diverse dai diritti soggettivi, assimilabili dunque agli interessi legittimi.

Ci confrontiamo allora con un istituto, quello della legittimazione ad agire, che chiaramente risente delle caratteristiche della giurisdizione ordinaria da cui proviene, ma non per questo motivo deve esservi totalmente legato. Infatti, l'evoluzione storica di questo plesso giurisdizionale e di tutta la sua disciplina punta ad esaudire ad esempio anche questa esigenza di adattamento a interessi diversi da quelli che caratterizzano le tradizionali posizioni giuridiche.

quegli interessi che delimitano la competenza giudiziaria del Consiglio di Stato, e poi della giurisdizione amministrativa, sancendo la formazione di un sistema binario che caratterizzerà lo sviluppo normativo successivo.

⁸ Secondo CERULLI IRELLI, *ult. op. cit.*, p. 25, in cui questa modifica «era ormai reclamata come esigenza ineludibile».

⁹ Per una trattazione più completa vedi CERULLI IRELLI, *ult. op. citata*, cfr. capitolo I su *La formazione e i caratteri fondamentali del sistema di giustizia amministrativa*.

3. Interesse diffuso e legittimazione ad agire oggettiva.

Dopo aver analizzato i punti salienti riguardanti la nascita della giurisdizione amministrativa e della legittimazione soggettiva possiamo analizzare la situazione giuridica differenziata e qualificata¹⁰, elemento imprescindibile di questa condizione dell'azione.

Alla luce dell'art. 24 della Costituzione, un soggetto titolare di un interesse legittimo ha la possibilità di ricevere tutela giurisdizionale, sempre che il giudice accerti la sussistenza della situazione legittimante. Qui rilevano particolari problemi dovuti al fatto che se nel diritto dei privati ci si confronta con rapporti giuridicamente rilevanti in cui è la loro autonomia ad essere esercitata, nel diritto amministrativo vediamo l'esercizio di una funzione pubblica che per definizione ha una portata ben più ampia nell'interferire con altre sfere giuridiche¹¹. Perciò se a monte i presupposti sono differenti, a valle i risultati non possono essere gli stessi. È indubbio che la funzione amministrativa, come cura concreta di interessi, può incidere sulla sfera soggettiva di un singolo individuo, ma in altri casi invece incide su un numero di soggetti ampio, a dimostrazione del fatto che l'esperienza dell'esercizio del potere ha connotati suoi propri, ovviamente diversi dall'autoregolamentazione privata. Pensiamo alla costruzione di un'opera urbanistica che ha un certo impatto ambientale come un'autostrada o una linea ferroviaria: è impossibile individuare un unico soggetto come titolare di un interesse legato a questo episodio, ma avremo una platea più o meno ampia di soggetti interessati. Ognuno di essi ha una sua posizione individuale circostanziata da altre posizioni tali da permettere una configurazione astratta diversa da quella tradizionale, tipicamente individuale, e quindi qualificabile come interesse diffuso definito autorevolmente da Mario Nigro come

¹⁰ Sul punto bisogna ricordare la formulazione data dal contributo giurisprudenziale, ad esempio recente TAR Veneto, III, 11.7.2012 n. 974 in cui si riconosce una posizione qualificata e differenziata rispetto al trasferimento di una farmacia alla vicina farmacia concorrente; ciò dimostra come rispetto all'episodio di autorizzazione all'apertura di un esercizio commerciale, i vicini operanti nel medesimo settore potrebbero qualificarsi come legittimati a ricorrere per una eventuale lesione della loro sfera giuridica. Per questo la posizione del soggetto ricorrente deve riconoscersi come connessa ad un interesse qualificato perché giuridicamente rilevante e meritevole di tutela, e differenziato rispetto alla generalità dei cittadini.

¹¹ CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, pp. 364-367.

«stato psico-sociale di tensione fra un bisogno e un bene ripetuto tendenzialmente all'infinito così da riguardare vaste masse per definizione indifferenziate di soggetti»¹².

Queste parole aiutano ancor di più a capire quanto sia difficile trovare una regola fissa per definire i limiti di queste situazioni, tali da permettere una nitida cognizione di chi è legittimato ad agire in giudizio. Ecco allora che in aiuto troviamo anni di diritto vivente pronti a interpretare normative e controversie non sempre chiare, al fine di riconoscere sempre di più agli interessi diffusi, e chiaramente ai loro portatori, una legittimazione a ricorrere in giudizio che, per forza di cose, dobbiamo definire soggettiva; se non accogliessimo questo sviluppo ci ritroveremmo a dover vedere esperite azioni giudiziali plurime ma uguali da soggetti che condividono, o meglio sono titolari, della stessa situazione giuridica. Come nell'esempio sopra riportato, la costruzione di una tale opera interesserà più cittadini che dalla loro hanno la possibilità di formare un'associazione, quindi una organizzazione strutturata di riferimento che possa meglio rappresentare e proteggere i loro interessi, comuni ad esempio nel non volere quell'opera urbanistica. In questo modo si riesce a passare da un interesse diffuso fluido a un interesse soggettivizzato¹³, riempiendo le lacune previste da una autorevole definizione¹⁴ e colmando così quello

¹² M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *il Foro italiano*, 1987.

¹³ CERULLI IRELLI, *ult. op. citata*, pp. 368-369, in cui «l'interesse diffuso si soggettivizza in capo al soggetto collettivo che se ne fa portatore (si trasforma in interesse collettivo) ma resta interesse proprio dei membri del gruppo o della categoria (che possono agire anche in proprio, ove siano le condizioni soggettive, a tutela del medesimo interesse)». Oppure CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa, la giurisdizione e le azioni*, La Sapienza editrice Roma, Roma, 2016, p. 134.

¹⁴ A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in *Foro italiano*, 1978, V, c. 19, in cui, parlando di un auspicio dell'allargamento agli interessi cc.dd. diffusi della tutela giurisdizionale, afferma essere necessario un «mutamento degli schemi concettuali usuali» e definisce questi interessi diffusi come «debolmente individualizzati ma nei quali allo sbiadimento dei profili individualisti corrisponde un'accentuazione dei profili di rilevanza sociale»; ciò ci riporta al tema che trattiamo in cui, nonostante lo schema tradizionale della situazione giuridica sottesa ad un interesse individuale, possiamo giungere, senza un percorso tuttavia eccessivamente macchinoso, a riconoscere anche ad interessi di diverso tipo una tutela giurisdizionale come quella accordata per gli interessi legittimi.

che non gli permetteva di affiancarsi alle categorie tradizionali sopra enunciate.

La soggettivizzazione ci permette allora di riconoscere ad una figura astrattamente individuale la capacità di agire a protezione di un interesse, che rimane nella titolarità dei singoli e che non è altro che la rappresentazione di tutti gli interessi individuali di quei soggetti in rapporto con quella certa attività amministrativa; ed è per questo motivo che la giurisprudenza non ha fatto altro che accettare questa tendenza, anche normativa, evidente, sempre però con un certo margine di opinabilità riguardo l'attività del giudice di identificazione¹⁵.

Così possiamo allora concludere questa parte, ove abbiamo cercato di dimostrare come, per definire il concetto di legittimazione oggettiva, non si può prescindere dalla descrizione dell'interesse protetto corrispondente, distinguendo però gli interessi collettivi soggettivizzati per i quali permane la legittimazione ad agire soggettiva dagli interessi generali per i quali è riconosciuta una legittimazione *ex lege*.

4. Differenti tipologie di interessi diffusi e legittimazione ad agire dei loro titolari.

Proseguendo sulla scia delle indicazioni date in apertura, possiamo passare ad analizzare le differenti tipologie di interessi diffusi. Ci interessa specificamente questo aspetto per poter vedere in quali situazioni concrete si presenta questo tipo di legittimazione e conseguentemente in quali casi si può rinvenire un modello processuale differenziato.

In un primo caso è la legge che attribuisce a soggetti pubblici o collettivi, come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la possibilità di agire in giudizio, ovviamente a protezione dell'interesse di cui si fanno portatori per stesso riconoscimento normativo.

Un altro caso in cui il legislatore individua legittimazione oggettiva è per le azioni popolari; ne è chiara testimonianza l'esempio dell'interesse pubblico generale al corretto svolgimento del procedimento elettorale di cui anche ogni cittadino interessato è titolare, e al

¹⁵ CERULLI IRELLI, *ult. op. cit.*, pp. 367-368, nota 21.

quale è riconosciuta *ex lege* legittimazione ad agire; oggi il relativo contenzioso è disciplinato dagli artt. 126-132 c.p.a.

Altra ipotesi è quella in cui, senza previsione legislativa, si riescano a rinvenire enti esponenziali di collettività portatori di interessi, come nel caso di enti territoriali riconosciuti quali titolari di interessi collettivi a contenuto generale.

Tutta questa catalogazione¹⁶ ci consente di capire innanzitutto la portata di questi fenomeni che incidono su settori spesso differenti, dalla tutela ambientale al procedimento elettorale, fino ad arrivare alla garanzia della concorrenza e del mercato piuttosto che alla tutela del diritto della mobilità degli utenti di cui si riconosce la legittimazione ad agire all'Autorità di regolazione dei trasporti. Casi particolari, ma allo stesso tempo molto diffusi, e perciò parte di un quasi generale e pacifico accoglimento anche da parte della giurisprudenza.

Quindi i soggetti ritenuti legittimati ad agire sono portatori di un interesse che individua la relativa capacità di agire in giudizio a sua protezione, ma di cui non sono titolari; ecco perché in queste ipotesi non c'è una situazione giuridica individuale, tipica del procedimento civile e amministrativo da un punto di vista tradizionale, ma è sulla base del concetto di interesse diffuso e della sua necessaria giustiziabilità¹⁷ che si risolve il problema con la legittimazione oggettiva.

Ricordiamo quindi che questo tipo di conformazione della posizione di un interesse protetto incide ovviamente sulla qualificazione della legittimazione ad agire, non molto diversamente da quanto accade nel modello processuale differenziato in cui si manifestano questi fenomeni di giurisdizione oggettiva.

Sulla base di quanto abbiamo detto, è indubbio che il legislatore, con gran parte della dottrina, abbia accettato il verificarsi di questo fenomeno e, grazie ad autorevoli considerazioni, abbia trovato giustificazione in merito ai profili costituzionali¹⁸; più problematico appare

¹⁶ CERULLI IRELLI, *ult. op. cit.*, pp. 376 ss., in cui si richiama il medesimo elenco, anche se talvolta con differenti esempi.

¹⁷ NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *il Foro italiano*, 1987, V.

¹⁸ CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, pp. 369 s., in cui risolve in modo puntuale la questione della legittimazione oggettiva e di suoi eventuali profili problematici di costituzionalità asserendo vari argomenti tra cui: la necessaria effettività della tutela anche di fronte all'esercizio del potere, o per esempio la necessaria attenzione che dovrebbe darsi ad

invece, alla luce di una particolare tesi, la configurazione in alcuni casi di legittimazione oggettiva di fenomeni di giurisdizione di diritto oggettivo¹⁹.

Ma come già precedentemente detto la questione della legittimazione è ben diversa, ma non del tutto scollegata, da quella della giurisdizione oggettiva che tende a creare qualche rottura con il principio della domanda²⁰; infatti, attraverso il percorso che stiamo cercando di svolgere, possiamo arrivare a richiamare alcune sentenze che chiariscono eventuali dubbi in merito al riconoscimento delle differenti tipologie di legittimazione oggettiva²¹. Situazioni differenti certamente, ma accomunate dal fatto che occorre da parte del giudice amministrativo verificare in concreto la sussistenza dell'interesse fatto valere dal ricorrente.

Si può allora automaticamente sostenere che nel nostro ordinamento vi sono interessi che fondano varie ipotesi di legittimazione oggettiva diverse dai casi di legittimazione soggettiva, ma non per questo immeritevoli di tutela; sta a noi prendere atto che si tratta di un fenomeno ampiamente diffuso anche nello stesso diritto processuale civile, basti pensare alla legittimazione ad agire del pubblico ministero. Ciò dimostra come in varie norme appartenenti a posizioni gerarchiche differenti nel nostro ordinamento troviamo spunti per poter sostenere la nostra tesi.

Tuttavia, queste conclusioni non appaiono per nulla scontate perché, a fronte di un riconoscimento da parte del legislatore della protezione di certi interessi e dei loro portatori, ci sono una certa tendenza giurisprudenziale e alcune posizioni dottrinali in cui si nega la

un fenomeno così rilevante e risalente, cercando così di superare le principali critiche basate su una interpretazione restrittiva, di cui parleremo meglio dopo, dell'art. 103 co. 1 della Costituzione.

¹⁹ F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2012, testo in cui si sostiene una tesi a difesa del processo di parti e nello specifico nel caso del contenzioso sui contratti pubblici, cercando di confutare la tesi dei modelli processuali differenziati.

²⁰ Cfr. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, pp. 383 ss.

²¹ TAR Lazio, Sez. I, 21 febbraio 2011, n. 1566 per il riconoscimento dell'interesse tutelato per gli enti territoriali; o anche C.g.a.r.S., 16 ottobre 2012, n. 933, in cui si rileva come rispetto ad enti ambientalisti «la specialità della loro legittimazione a ricorrere (...) consente loro unicamente la deduzione di censure funzionali al soddisfacimento di interessi ambientali».

natura diffusa di taluni interessi giuridicamente rilevanti²² o li si riconduce all'interesse legittimo²³. Alla luce di quanto detto, sia con riguardo alla evoluzione del concetto della legittimazione ad agire, sia in relazione all'esperienza giuridica degli interessi diffusi, non possiamo non criticare queste ultime posizioni richiamate. La dicotomia interesse legittimo-diritto soggettivo pone in modo chiaro il riferimento a posizioni soggettive tradizionalmente individuali senza però limitare la possibilità del sindacato del giudice di situazioni circostanziate da interessi diffusi; perciò, non appare condivisibile escludere la possibilità che si permetta la tutela di casi diversi dalle tradizionali posizioni individuali ma comunque meritevoli e bisognosi di protezione. Ancora, queste tesi, di cui abbiamo già in parte parlato, dicono che l'art. 103, co. 1, Cost. faccia riferimento alla «sola» tutela degli interessi legittimi dandone una interpretazione restrittiva e oltretutto limitatrice dell'attività del legislatore; quest'ultimo, infatti, non potrebbe prevedere in capo a determinate figure soggettive portatrici di certi interessi la possibilità di ricorrere al giudice amministrativo. Appare chiaro allora che questi certi interessi, essendo rilevanti poiché toccati dall'esercizio del potere, non possono porsi a base di situazioni soggettive tradizionali, ma neanche formarne di nuove, soffrendo così un vuoto di tutela²⁴. Penso sia pacifico, infatti, che tutti gli interessi sopra richiamati nelle loro varie configurazioni hanno bisogno di essere protetti: alcuni di questi, come la tutela dell'ambiente, hanno un rilievo costituzionale alla luce anche della recente introduzione del co. 3 dell'art. 9 Cost., e non si può negare loro l'accesso al processo amministrativo.

Concludendo, sembra più opportuna la visione sostenuta in merito alla possibilità del legislatore di configurare casi di legittimazione

²² TAR Lazio, Sez. III *ter*, 15 marzo 2013, n. 2720, in cui riguardo l'art 21 *bis* della l. n. 287 del 1990 che riconosce legittimazione a ricorrere all'AGCOM, il giudice parla di «tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica»; ci pare non condivisibile parlare di situazioni differenziate ed intenderle sempre come individuali; forse l'unico elemento di differenziazione è la protezione riconosciuta ad una autorità pubblica.

²³ M.A. SANDULLI, *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCOM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, che riconduce l'interesse dell'AGCOM ad un interesse legittimo.

²⁴ CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, pp. 370 ss.

oggettiva che diano la più completa protezione possibile ai cittadini di fronte all'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

5. Legittimazione oggettiva e modelli processuali differenziati.

In questa ottica possiamo affermare allora che la formazione di un modello processuale differenziato richiederebbe necessariamente una legittimazione come sopra si è cercato di qualificare, con un interesse di carattere collettivo, ma ciò non è sufficiente: bisogna anche affermare l'attribuzione di particolari poteri al giudice. Infatti, nella parte precedente abbiamo cercato di dare una soluzione alle varie problematiche poste nel processo in merito a una delle due condizioni dell'azione, che nonostante la sua importanza rimane comunque un presupposto processuale, cioè un requisito per permettere al processo di instaurarsi legittimamente, non di per sé però sufficiente ad ottenere l'accoglimento del ricorso e quindi una sentenza favorevole del giudice amministrativo. Per questo motivo anche abbiamo cercato di fondare la legittimazione su una particolare accezione di interesse pubblico generale. Abbiamo anche visto come per integrare questa condizione necessaria non basta l'affermazione della titolarità del diritto soggettivo per cui si chiede tutela, ma serve una specie di accertamento nel merito anticipato della titolarità dell'interesse legittimo; ciò vuol dire che il giudice dovrà individuare quell'interesse legittimo o, ora possiamo affermarlo, quell'interesse collettivo di cui è portatore il ricorrente, ma la cui titolarità rimane ai singoli individui, e a cui l'ordinamento riconosce tutela per potergli permettere di ottenere il provvedimento favorevole all'esito del processo.

Certo è che la vicenda processuale, tanto nell'ambito civile quanto in quello amministrativo, è caratterizzata da numerosi aspetti; in questa sede ne abbiamo analizzato uno solo, ma questioni analoghe si possono porre nella descrizione del tipo di giurisdizione. In tutti i casi che abbiamo cercato di qualificare come legittimazione oggettiva si può riconoscere la sempre più ampia diffusione, seppur come abbiamo già detto si tratta di questione diversa ma non totalmente scollegata, di casi di giurisdizione oggettiva che individua un certo

atteggiarsi dell'esercizio della funzione giurisdizionale²⁵. La giurisdizione di tipo oggettivo prescinde dalla domanda giudiziale, diversamente da quanto prevedono gli artt. 34 e 41 del c.p.a., e prescinde anche dai limiti di cognizione generalmente riconosciuti attraverso la domanda di parte: ecco perché si può dire che il giudice investe la materia controversa nella sua oggettività. Non necessariamente si deve parlare di contrasto tra tipi di giurisdizione, ma si può definire questa come una scelta da parte del legislatore di attribuire certi poteri al giudice per poter risolvere questioni connesse a interessi pubblici sensibili.

Ecco allora che la definizione di modello processuale differenziato che abbiamo all'inizio richiamato ci ritorna in mente, e il requisito dell'interesse pubblico sensibile è forse il *quid pluris* che convince il legislatore ad optare per una giurisdizione di tipo oggettivo; probabilmente è per garantire una tutela piena ed effettiva in questi casi che si rende necessaria una tendenza giurisdizionale neo-oggettivista. Richiamando l'esempio dell'art. 21-bis della legge antitrust del 1990, l'AGCOM viene riconosciuta come portatrice dell'interesse pubblico sensibile della concorrenza al fine di poter ricorrere in giudizio²⁶, ma non per questo titolare di una situazione giuridica soggettiva sua propria²⁷.

²⁵ CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, pp. 383 ss., in cui si parla di «una qualche rottura al principio della domanda (e quindi al carattere pienamente soggettivo della giurisdizione amministrativa)»; CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Diritto processuale amministrativo*, anno XXXII, fasc. 2, 2014, pp. 444-445; CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, pp. 1-3, in cui si richiama tra le varie cose: la necessità di una tutela piena ed effettiva in base all'art. 1 c.p.a., un orientamento di tipo neo-oggettivista della giustizia amministrativa e una evoluzione parallela rispetto al modello processuale ordinario.

²⁶ CARBONE, *ult. op. cit.*, p. 2, in cui «attraverso la predisposizione di singoli modelli processuali, che, derogando a quello ordinario, si prestano ad una migliore garanzia di determinati interessi generali rispetto ad un sistema strutturato sulle posizioni soggettive delle parti». Così l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può impugnare dinanzi al giudice amministrativo gli atti adottati da altra P.A., previa emanazione di un parere motivato a cui l'Amministrazione dovrà conformarsi per evitare l'impugnazione.

²⁷ CARBONE, *ult. op. cit.*, p. 18.

Al di là dell'importanza che ciò rappresenta per la teoria dei modelli processuali, in base a quanto abbiamo già detto sulla legittimazione ad agire, possiamo dire che la medesima *ratio procedendi* si potrebbe adottare per giustificare fenomeni che non coincidono con l'impostazione tradizionale dei processualisti. Per una ipotesi di legittimazione oggettiva, fiorirebbe un fenomeno di giurisdizione oggettiva. Ancor di più, quindi, nei modelli differenziati la tendenza alla processualciviltà non coincide con la presenza di interessi particolari che non possono essere tutelati attraverso l'applicazione delle tradizionali categorie del diritto processuale civile, ma hanno bisogno ora della legittimazione oggettiva, poi di particolari poteri in capo al giudice come nel caso dell'AGCOM. Allora, se non si perde di vista la ragione per cui si affrontano certe tematiche – una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di tutti gli interessi giuridicamente rilevanti nel nostro ordinamento – si riesce anche a trovare una giustificazione ai relativi fenomeni evolutivi.

In conclusione, partendo dalla legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo, possiamo parlare di un nuovo approdo del processo amministrativo stesso, che è la ormai diffusa esperienza dei modelli processuali differenziati.

MIRIAM SFERRA – ANDREA PISANO*

COMMISSARIO *AD ACTA*. NATURA, FUNZIONE E
IMPUGNABILITÀ DEI SUOI ATTI

After a constitutional framework about the principles that regulate the administrative activity and the effectiveness of the protection, this paper shows the evolution of the nature of the commissioner ad acta in the administrative justice system in Italy up to the most recent sentence of the plenary meeting. The various doctrinal and jurisprudential orientations, preceding the issue of the administrative process code, has described the commissioner ad acta nature in different ways; majority opinion already qualified the commissioner ad acta as auxiliary and, today, this nature has been definitively accepted by the legislator with art. 21, d.lgs. 104/2010. Lastly, the Supreme Council in the Plenary session dissolved all doubts about its nature and powers. The Court reiterated the nature of an auxiliary of the judge and the questionability of the commissioners' acts by the same administrative judge who appointed him and denying any power of self-defense.

SOMMARIO: 1. Introduzione: principi. – 2. Commissario *ad acta*: natura dell'organo e dei suoi atti. – 3. Poteri del commissario *ad acta* ed impugnabilità dei suoi atti nel giudizio di ottemperanza e nel giudizio avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione: principi.

L'analisi che seguirà non può prescindere dal riferimento ai principi che regolano l'attività della pubblica amministrazione. È essenziale richiamare a tal fine l'art. 97 della Costituzione il quale, secondo Rescigno¹, contiene «il principio generale più importante». Al primo comma si trovano enunciati due criteri cardine che la giurisprudenza costituzionale e la dottrina sono unanimi nel ritenere

* Studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Angelo Lalli, docente di Diritto amministrativo presso Sapienza Università di Roma.

¹ G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, XV ed., Zanichelli, Bologna, 2014.

applicabili a tutti gli uffici pubblici: buon andamento e imparzialità. Appare opportuno evidenziare l'evidente nesso che lega il principio del buon andamento e il commissario *ad acta*.

Il principio del buon andamento impone che l'amministrazione agisca nel modo più adeguato e conveniente possibile ed è nell'evenienza che la pubblica amministrazione non rispetti questo principio che il giudice amministrativo è legittimato, come si vedrà meglio di seguito, a ricorrere all'ausilio del commissario *ad acta*.

Quanto al primo dei principi citati è stato considerato quale motore di tutta l'attività delle Pubbliche Amministrazioni².

Altro principio da rilevare è quello, indicato dall'art. 1 del decreto legislativo n. 104/2010, altresì noto come «Codice del processo amministrativo» (di seguito c.p.a.) dell'effettività della tutela. Esso rappresenta un riflesso del diritto d'azione, di cui si dirà in seguito. Il principio di effettività della tutela trova diretta applicazione nel giudizio di ottemperanza, rafforzato dal c.p.a, ma ha, altresì, indotto la giurisprudenza amministrativa e quella costituzionale ad un rafforzamento della tutela cautelare³. In stessa connessione a tale principio l'art. 112, co. 1, c.p.a. precisa che i provvedimenti del Giudice Amministrativo «devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti». Con tale disposizione il legislatore, in continuità con quanto prima disciplinato⁴, prevede la possibilità di ricorrere al giudizio di ottemperanza in presenza di provvedimenti resi dal giudice ordinario o dal giudice amministrativo⁵.

A quali articoli della Costituzione possiamo riferirci per garantire una tutela effettiva al cittadino contro gli atti delle Pubbliche Amministrazioni?

Innanzitutto, l'art. 24, definito da Sassani⁶ quale norma chiave del sistema della tutela giurisdizionale. Il primo comma

² A. AMAIOLO, *Il principio del buon andamento con i suoi corollari*, 2015 in *Ratio Iuris*, disponibile a <https://www.ratioiuris.it/il-principio-del-buon-andamento-con-i-suoi-corollari/>.

³ M. CORRADINO, S.S. DAMIANI, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014

⁴ Art. 37, l. n. 1034/1971.

⁵ M. DE GIORGI, *Il giudizio dell'ottemperanza*, Milano, 2016.

⁶ B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2017, p. 5.

garantisce a tutti il diritto all'azione⁷, di «agire in giudizio per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi», ponendo così sul medesimo piano diritti e interessi legittimi. Infatti, la differente natura della situazione giuridica soggettiva non deve incidere sulla tutela giurisdizionale. Balena considera il diritto all'azione come un diritto autonomo, dalla «natura strumentale e ancillare»⁸ rispetto diritti sostanziali attribuiti alle situazioni giuridiche, ma a differenza di queste, il diritto all'azione non può essere limitato dal legislatore ordinario. Connesso al medesimo tema e allo stesso art. 24, anche il disposto del 113 Cost. il quale garantisce anch'esso la tutela nei confronti di diritti e interessi legittimi e si riferisce tanto alla giurisdizione ordinaria quanto quella amministrativa. Come detto per l'art. 24, la norma garantisce incondizionatamente tutela per tutte le situazioni giuridiche potenzialmente tutelabili ed imponendo al legislatore di fornire appropriata tutela giurisdizionale tutte le situazioni giuridiche essere lese da qualsiasi attività di un qualunque pubblico potere, non distinguendo tra diritti ed interessi legittimi. Dall'ampio articolato del già citato art. 113, si possono desumere, quindi, due corollari: in *primis* non sono ammesse limitazioni di tutela per nessuna delle due categorie di situazioni giuridiche soggettive e, in *secundis*, la tutela può essere ripartita tra organi di giurisdizione ordinaria e organi di giurisdizione amministrativa. Alla luce del co. 2 dello stesso articolo, la garanzia di tutela viene amplificata: la pienezza di tutela non può essere limitata a «particolari mezzi di impugnazione o a determinate categorie di atti»⁹. Il valore di quanto disposto in questi due commi sta, come sembra fondamentale evidenziare in questa sede, nel garantire la pienezza della tutela giurisdizionale anche nei confronti della Pubblica amministrazione. Si evidenzia, a questo punto, la costante storica del limite per il giudice ordinario, di annullare direttamente l'atto amministrativo, in continuità con quanto già disposto dall'art. 4, co. 2, l. n. 2248/1865, All. E. Venendo ora al terzo comma dell'art. 113, il quale non limita espressamente il potere del giudice ordinario, come fatto invece dal già citato allegato E. La formulazione lascia, in astratto, la possibilità che una legge ordinaria attribuisca anche al giudice

⁷ G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2019.

⁸ *Ibidem*, p. 6.

⁹ Art. 113 Cost.

ordinario. Nonostante la posizione di questa dottrina¹⁰, la sistematica della disciplina sostanziale, sia risalente nel tempo che attuale – art. 21 *septies*, l. n. 241/1990 – e quanto evidenziato dalla copiosa giurisprudenza in materia, non sembra un'ipotesi da accogliersi.

Veniamo ora ad analizzare l'art. 111 della Costituzione, il quale è stato oggetto di una importantissima riforma nel 1999. Esso è ricco di principi considerabili generalissimi e ricadenti nella garanzia di un c.d. giusto processo, una nozione «globale e sintetica»¹¹. Tra i principi a cui è necessario riferirsi in tale ambito: il principio del contraddittorio, già ricondotto in precedenza all'art. 101, e della parità delle armi, oltre all'obbligo di motivazione delle sentenze. Questi vengono espressamente richiamati dall'art. 2 del c.p.a. Ma particolare attenzione si ritiene si debba dare al principio della ragionevole durata del processo, contenuto all'art. 111, co. 1, e ripreso dall'art. 2, ultimo periodo, del c.p.a. Affinché una tutela sia effettiva non può intervenire dopo un tempo eccessivamente lungo dalla richiesta, che avvenga nella forma della domanda *ex* art. 99 cod. proc. civ. o in sede di giustizia amministrativa con la forma del ricorso il cui contenuto è disciplinato dall'art. 40 c.p.a.; nel caso di una tutela tardiva ci ritroveremmo in un sostanziale diniego di tutela. Che un processo debba avere una durata ragionevole, di conseguenza a quanto detto, è di primaria importanza.

Il principio della ragionevole durata del processo, quale espressione di una tutela piena ed effettiva, trova corrispondenza e voce anche nel diritto europeo¹². L'art. 6, par. 1 CEDU ha stabilito che ogni persona fa riferimento ad «un termine ragionevole». Per garantire questo principio nella pratica il legislatore si vedrebbe costretto ad operare su un duplice piano: uno organizzativo e uno strutturale. Gli interventi che hanno inciso sul processo non hanno trovato poi corrispondenza in una effettiva riduzione dei tempi della giustizia. Lo Stato italiano è stato numerose volte condannato per l'eccessiva durata dei processi dalla Corte di Strasburgo rendendo necessario l'intervento del

¹⁰ B. SASSANI, *op. cit.* p. 48.

¹¹ M. CORRADINO, S.S. DAMIANI, *op.cit.*, p. 14.

¹² *Ibidem*.

legislatore; il quale, con la c.d. Legge Pinto (l. n. 89/2001) ha tentato di porre rimedio introducendo un meccanismo preventivo di riparazione interno per evitare l'eccessiva durata dei processi¹³.

2. Commissario ad acta: natura dell'organo e dei suoi atti.

Gli orientamenti giurisprudenziali sono essenzialmente riconducibili a due filoni. Quanto al primo, il commissario *ad acta* è ricostruito quale organo straordinario dell'amministrazione e, nel secondo, veniva configurato ausiliario del giudice¹⁴ così com'è oggi normato dall'art. 21 c.p.a.

Si proseguirà analizzando le ipotesi in cui è possibile ricorrere al commissario *ad acta*, attraverso di esse emergeranno anche i caratteri e la natura dell'istituto.

Si è già accennato che il giudice in sede di ottemperanza può ricorrere all'ausilio del commissario *ad acta*, ma questa non è l'unica *sedes* nella quale vi si ricorre.

La giurisprudenza ha diversamente ricostruito il ruolo del commissario a seconda che ci si ritrovi nella sede dell'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione o nel giudizio di ottemperanza. Giurisprudenza e dottrina, infatti, si sono a lungo interrogate sulla natura dell'organo oggetto di questa trattazione, talvolta qualificato come organo giurisdizionale straordinario, quindi organo ausiliario, talaltra come organo amministrativo straordinario¹⁵ e, in fine, come «organo misto»¹⁶.

L'ipotesi apparsa maggioritaria, che qualifica il commissario *ad acta* quale ausiliario, fu sostenuta, in tempi precedenti al codice del 2010, già da una copiosa giurisprudenza¹⁷. Si pervenne, in via pretoria dunque, alla conclusione che il commissario fosse da considerare

¹³ B. SASSANI, *op cit.*; M. CORRADINO, S.S. DAMIANI, *op.cit.* e G. BALENA, *op.cit.*

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cons. Stato, sez. IV 4 settembre 2013, n. 444.

¹⁶ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021; M. CORRADINO, S.S. DAMIANI, *op.cit.*

¹⁷ Cfr. Cons. Stato A.P. 9 marzo 1973, n. 1; Cons. Stato, A.P. 14 luglio 1978, n. 23; Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 1986, n. 412; Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 1990, n. 702; Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 1993, n. 543; C.G.A. 25 febbraio 1981, n. 1; TAR Salerno, 19 febbraio 1982, n. 76; TAR Napoli, Sez. III, 30 ottobre 1990, n. 375; TAR Catania, Sez. III, 30 ottobre 1995, n. 2399; Cons. Stato, 30 gennaio 1996, n. 45.

organo del giudice dell'ottemperanza e le determinazioni che adotta siano esclusivamente in funzione dell'esecuzione del giudicato e non in funzione degli interessi pubblici, il cui perseguimento costituisce il normale canone di comportamento dell'Amministrazione sostituita. Da ciò deriva la conseguenza logica, sostenuta dal Consiglio di Stato, che i suoi provvedimenti siano «immediatamente esecutivi e non sono assoggettati all'ordinario regime dei controlli interni ed esterni»¹⁸.

Nell'ambito del giudizio di ottemperanza il commissario è considerato tipicamente come un ausiliario del giudice poiché gli è attribuito il potere di dare esecuzione alla sentenza adottata da quest'ultimo.¹⁹

Nel giudizio sul silenzio il commissario *ad acta* è nominato su richiesta di parte per sopperire alla prolungata inerzia dell'amministrazione. La circostanza che in tale situazione il commissario possa, *de facto*, sostituirsi all'amministrazione inerte nell'assunzione delle decisioni ha portato la giurisprudenza a propendere per una qualificazione amministrativa della figura. Il commissario, in questo caso, interviene in una fase antecedente il giudizio e che, di regola, spetterebbe all'amministrazione sulla base del principio della separazione dei poteri²⁰.

Con ciò la qualifica del commissario *ad acta* come un organo straordinario dell'amministrazione e la sua nomina avrebbero comportato la sua sostituzione agli organi amministrativi. In virtù della nomina, tuttavia, il commissario avrebbe dovuto essere considerato al pari dell'amministrazione, un'autorità amministrativa. Ne discenderebbe che i suoi atti, qualora considerati illegittimi, avrebbero dovuto essere oggetto di impugnazione davanti al giudice amministrativo secondo le regole previste per l'azione di annullamento²¹.

Molto prima dell'intervento del c.p.a, la Corte Costituzionale si era espressa con sentenza²² affermando che nonostante l'attività del commissario sia praticamente quella

¹⁸ Cons. Stato, Sez. IV., sent. n. 52 del 2015.

¹⁹ M. CORRADINO, S.S. DAMIANI, *op. cit.*

²⁰ *Ibidem.*

²¹ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021.

²² Corte Cost. sent. n. 75/1977.

dell'amministrazione inadempiente, ne differisce proprio per la natura giuridica essendo legata da un nesso di strumentalità alla decisione del giudice amministrativo. Accogliendo la tesi della natura giudiziale del commissario *ad acta*, anche nel caso del giudizio sul silenzio, la funzione esercitata dal commissario diverrebbe alla stregua di quanto pacifico nel giudizio di ottemperanza, nel quale è indiscussa la funzione di *longa manus*²³ del giudice, poiché dà attuazione – come ausiliario – a pronunciamenti già effettuati da parte dell'organo giudiziario²⁴.

Minoritario è l'orientamento dottrinale che vede nell'atto di nomina del commissario *ad acta*, nell'ambito della pronuncia avverso il silenzio, una sentenza di ottemperanza che detta le direttive per l'operato dell'amministrazione. In questi termini il commissario verrebbe a qualificarsi, anche in questo diverso processo, quale ausiliario del giudice o, al più, come «organo misto»²⁵.

Così si sono espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione le quali, in una sentenza del 1999²⁶, hanno ritenuto appunto di riferirsi al commissario *ad acta* come ad un «organo misto»: il commissario, secondo l'interpretazione fornita dal Supremo Collegio, sembrerebbe legato all'amministrazione da un rapporto di servizio ai fini della configurabilità della sua responsabilità amministrativa per danni causati nell'esercizio delle proprie funzioni. Ed in ragione di quanto evidenziato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza, è opportuno rilevare anche un altro aspetto che sembra sostenere la c.d. natura mista dell'organo: la scelta della persona fisica che assume la funzione di commissario è nominato tra i funzionari pubblici di un'altra amministrazione, ad esempio il Prefetto²⁷.

L'organo in esame pone in essere attività a carattere amministrativo ed il legislatore ha previsto l'applicazione anche dell'art. 20, co. 2, c.p.a. in combinato disposto con l'art. 51 cod. proc. civ. e, pertanto, può essere oggetto di ricusazione su istanza di parte per i motivi di astensione obbligatoria di cui alla disciplina processualcivile *ex*

²³ Cons. Stato, A. P. 14 luglio 1978, n. 23.

²⁴ M. CORRADINO, S.S. DAMIANI, *op. cit.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Corte di Cass., SS. UU. n. 166/99/SU.

²⁷ M. CORRADINO, S.S. DAMIANI, *op. cit.*

art. 4 del primo comma di tale ultimo articolo: imparzialità e terzietà rispetto al giudizio tra le parti²⁸.

L'art. 21 c.p.a. sembra, in definitiva, escludere una natura diversa per il commissario *ad acta* da quella di ausiliario del giudice²⁹; la scelta del legislatore appare coerente con il fatto che il giudice dell'ottemperanza conosca anche delle questioni inerenti agli atti del commissario, sicché «la critica a tutti i suoi atti deve confluire nell'alveo del relativo giudizio»³⁰. L'art. 21 c.p.a. sembra porre fine a dispute dottrinali; già la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato³¹ chiariva la dipendenza del commissario dalle indicazioni contenute nella sentenza del giudice con cui egli riceveva l'incarico e che andava svolto sotto la direzione del giudice dell'ottemperanza³². In tal senso può sottolinearsi che il commissario si surroga *ex lege* all'amministrazione resasi inadempiente divenendo così organo straordinario dell'amministrazione stessa³³. Altra ipotesi è quella riferita al giudizio di ottemperanza la cui disciplina specifica per il processo amministrativo è contenuta negli articoli da 112 a 115 del c.p.a. secondo i quali la parte che vanti un interesse può azionare, successivamente alla pronuncia passata in giudicato, il relativo rimedio nell'ipotesi in cui l'amministrazione non si sia conformata all'obbligo imposto dal giudice; il ricorso si propone innanzi al medesimo giudice che aveva pronunciato la sentenza ineseguita.

Oltre al caso del giudizio di ottemperanza è opportuno evidenziare che la nomina del commissario *ad acta* può altresì avvenire già con la sentenza definitiva del giudizio di cognizione e, quindi, prima che sia proposto ricorso in ottemperanza, secondo quanto previsto all'art. 34, co. 1, lett. e). A norma di quest'ultimo, infatti, il giudice, in caso di accoglimento – nei limiti del *petitum* – «dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.

³⁰ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012.

³¹ Cons. Stato, A. P. 23/1978.

³² F.S. MARINI, A. STORTO, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2020

³³ *Ibidem*.

cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza». Già prima dell'adeguamento normativo – dovuto al d.lgs. n. 104/2010 – la prassi, sostenuta dalla già richiamata giurisprudenza, era quella di nominare un commissario *ad acta* nella qualità di organo ausiliare del giudice³⁴.

Veniamo ora ad analizzare, oltre ai casi di cui sopra, altre ipotesi altrettanto rilevanti e comuni in cui si rende necessaria la nomina di un soggetto *ad hoc* per l'attività sostitutiva dell'amministrazione.

Anzitutto le fattispecie a cui occorre far riferimento sono quelle relative all'azione avverso il silenzio dell'amministrazione, disciplinata dagli artt. 31 e 117 c.p.a.; dal loro combinato disposto si evince che decorsi inutilmente i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, il privato titolare di un interesse legittimo può chiedere al giudice amministrativo di primo grado l'accertamento dell'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione e, subordinatamente, la condanna all'emanazione del provvedimento mancante per il quale era stata presentata istanza; nella sede giurisdizionale può essere nominato, con la sentenza o successivamente su istanza di parte, un commissario *ad acta*. Quest'ultimo sarà legittimato ad esercitare tutti i poteri che in origine spettavano all'amministrazione al fine di emettere atti finalizzati all'emanazione di quel provvedimento amministrativo ritenuto dovuto in sede giurisdizionale³⁵.

Parte della giurisprudenza ha interpretato la collocazione dell'art. 21, relativo al commissario *ad acta*, nel capo VI, dedicato agli ausiliari, come funzionale alla tesi della natura giudiziale di tale organo. Tuttavia, contrariamente a ciò, è stato osservato dal TAR Veneto³⁶, che l'art. 21 c.p.a. si riferisce alle fattispecie nelle quali il giudice amministrativo «deve sostituirsi all'amministrazione». Nel giudizio sul silenzio, ai sensi dell'art. 117 c.p.a., il commissario *ad acta* sarebbe chiamato – sempre secondo quanto pronunciato dal Tar Veneto – a sostituire l'amministrazione e non il giudice³⁷.

Da ultimo viene in rilievo la possibile nomina del commissario *ad acta* nella sede della tutela cautelare. In tale ipotesi, l'art. 59, co. 1,

³⁴ M. CLARICH, *op. cit.*

³⁵ F.S. MARINI, A. STORTO, *op. cit.*

³⁶ TAR Veneto, Sez. I, n. 188 del 2011.

³⁷ M. CORRADINO, S.S. DAMIANI, *op. cit.*

c.p.a, dispone che «qualora i provvedimenti cautelari non siano eseguiti, in tutto o in parte, l'interessato, con istanza motivata e notificata alle altre parti, può chiedere al tribunale amministrativo regionale le opportune misure attuative. Il tribunale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza di cui al Titolo I del Libro IV e provvede sulle spese». *Ergo*, il giudice, su istanza motivata dell'interessato, può esercitare i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza compresi nella nomina del commissario *ad acta*.

Arriviamo ora a trattare della natura degli atti del commissario ad acta, la quale in passato ha costituito oggetto di approfondimento dottrinale e giurisprudenziale.

Il primo orientamento, maggioritario, sostiene la tesi che il commissario ad acta assuma la qualità di ausiliario del giudice e, conseguentemente, non occorra distinguere tra provvedimenti esecutivi del giudicato e provvedimenti relativi a profili dell'attività amministrativa che non trovano disciplina nel dispositivo del giudice³⁸.

Un orientamento dottrinale minoritario, ma seguito da una serie di pronunce giurisprudenziali, differenzia invece tra atti del commissario *ad acta* che costituiscono diretta attuazione del giudicato e provvedimenti relativi a profili dell'attività amministrativa non puntualmente disciplinati dalla sentenza passata in giudicato³⁹.

Secondo questo indirizzo gli atti del commissario *ad acta* avrebbero una duplice natura: in un primo senso oggettivo sarebbero atti amministrativi, in un secondo sia formalmente che sostanzialmente amministrativi⁴⁰. In conseguenza di ciò il commissario potrebbe essere assimilato ad un ausiliario solo nel caso in cui abbiano natura esecutiva le decisioni del giudice⁴¹.

Sul punto, a lungo discusso, recentemente è intervenuta l'Adunanza Plenaria con sentenza 25 maggio 2021, n. 8, interpretando chiaramente la natura del commissario *ad acta* nel senso di: ausiliario del giudice.

³⁸ F. SCIARRETTA, *Appunti di giustizia amministrativa*, Torino, 2007, p. 391.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

3. Poteri del Commissario ad acta ed impugnabilità dei suoi atti nel giudizio di ottemperanza e nel giudizio avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione.

È stato evidenziato in precedenza come il codice del processo amministrativo abbia recepito la tesi che configura il commissario *ad acta* quale organo ausiliario del giudice (artt. 21 e 114 c.p.a.) il quale è titolare di un potere che principia, generalmente, dalla pronuncia del giudice dell'ottemperanza. Inoltre, gli atti che il commissario pone in essere presentano un carattere sostanzialmente amministrativo, dunque appare opportuno soffermarsi sul regime dell'impugnabilità degli atti commissariali alla luce della disciplina racchiusa nel d.lgs. n. 104/2010 e della giurisprudenza amministrativa.

Innanzitutto il codice del processo amministrativo, art. 114 co. 6, c.p.a., contempla un regime duplice di rimedi esperibili avverso gli atti commissariali: da un lato, il giudice amministrativo conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza e di quelle inerenti agli atti commissariali che si riferiscono alle parti destinatarie degli effetti del giudicato. Queste possono proporre reclamo direttamente innanzi al giudice dell'ottemperanza, funzionalmente competente, nel rispetto del termine decadenziale di sessanta giorni e previa notificazione ai controinteressati (contraddittori necessari), dall'altro lato, i soggetti terzi estranei al giudicato reso *inter alios*, qualora vi abbiano interesse, possono impugnare gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o «dal suo ausiliario» (*ex* art. 29 c.p.a.) seguendo le regole proprie del rito ordinario alla stregua di un qualsivoglia cittadino titolare di un interesse legittimo leso da atti espressivi del potere amministrativo⁴². Così emerge la chiara sindacabilità degli atti del commissario *ad acta* non conformi ai criteri fissati nel *decisum* che è tenuto a portare ad esecuzione e, soprattutto, la volontà del legislatore di assicurare tutela giurisdizionale piena ed effettiva anche ai terzi estranei al processo che, evidentemente, non potrebbero subire un'indebita

⁴² F.S. MARINI A. STORTO, *Diritto processuale amministrativo*, ed. II, 2020.

menomazione del loro fondamentale, e inviolabile, diritto di difesa costituzionalmente sancito nell'art. 24, co. 2⁴³.

Come già evidenziato in precedenza, la nomina di un commissario *ad acta* può avvenire, tanto nella sede dell'ottemperanza, quanto in quella del giudizio avverso il silenzio della pubblica amministrazione inerte, ai sensi degli artt. 117, co. 3 e 114, co. 1, lett. d) c.p.a.

Sembra opportuno, dunque, spostare l'attenzione sul piano delle posizioni assunte dai giudici amministrativi in merito alla questione della natura del commissario *ad acta* in relazione alle diverse sedi in cui esso esplica la sua funzione al fine di meglio comprendere il regime di impugnabilità dei relativi atti che si delinea in sede giurisprudenziale. Appare pacifico che il commissario *ad acta* nominato in sede di ottemperanza sia un organo ausiliario del giudice mentre così non è in materia di giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione. In questa seconda ipotesi, l'attività commissariale si risolverebbe semplicemente in un'attività sostitutiva dell'originario potere dell'amministrazione inerte o soccombente. Così, il TAR Calabria n. 82/2017 – in un giudizio per l'annullamento di un decreto commissariale – evidenzia, richiamando una sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4299/2015, la prevalente tesi secondo la quale il commissario *ad acta* nominato in sede di giudizio di ottemperanza *ex art. 112 ss., c.p.a.* costituisce un organo ausiliario del giudice mentre, al contrario, la figura del commissario *ad acta* nominato non per l'esecuzione del giudicato bensì per porre rimedio alla persistente inerzia dell'amministrazione concretatasi in un silenzio-inadempimento appare diversa poiché, in quest'ipotesi, ci si troverebbe di fronte ad una «ottemperanza anomala»⁴⁴ ed i provvedimenti commissariali sarebbero censurabili mediante proposizione dell'ordinario rimedio impugnatorio.

La più recente sentenza del TAR Puglia n. 1180/2020, richiama i principi consolidati in giurisprudenza per i quali l'attività del commissario *ad acta* nominato nel giudizio sul silenzio

⁴³ *Ibidem*; la Costituzione infatti, all'art. 24, co. 1 e 2, espressamente dispone che: «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, decisione n. 3602/2007.

inadempimento non si limita all'attuazione del *dictum* giudiziale che reca le direttive conformative dell'attività amministrativa, ma si traduce in attività di pura sostituzione nell'esercizio del potere che è proprio dell'amministrazione soccombente ed è collegato alla pronuncia giudiziale «solo per quanto attiene al presupposto della prolungata inerzia dell'amministrazione medesima»⁴⁵ e, pertanto, l'attività commissariale sarebbe qualificabile come «sostitutiva rispetto a quella dell'amministrazione, piuttosto che di stretto ausilio al potere esecutivo del giudice, il quale potrà esclusivamente vagliare l'effettivo adempimento finale da parte del commissario in relazione all'ordine contenuto nella pronuncia giudiziale»⁴⁶.

Ne consegue che nel caso dell'ottemperanza propriamente intesa (art. 112 ss., c.p.a.) il commissario diviene ausiliario del giudice che deve portare ad attuazione il *decisum* precedentemente pronunciato da quest'ultimo. Invece, nell'ipotesi di cui all'art. 117, c.p.a. il commissario *ad acta* dovrebbe provvedere per la prima volta su un'istanza originariamente presentata dal cittadino all'amministrazione in attuazione di un comando giudiziale che è finalizzato a superare, in via surrogatoria, il comportamento inerte della stessa, e gli atti emanati dal commissario per conto dell'amministrazione sarebbero ordinariamente annullabili in autotutela.

Si potrebbe ritenere che nell'ambito del giudizio avverso il silenzio sia azionabile, contro gli atti commissariali (direttamente imputabili all'amministrazione silente), il rimedio ordinario di annullamento se, alla base, vi sia una pronuncia giudiziale che devolva *in toto* alla scelta decisionale del commissario la determinazione dei contenuti del suo atto conclusivo senza che, nel provvedimento, siano state predefinite le questioni su cui il commissario dovrebbe attivarsi⁴⁷.

Ad ogni modo, non si può prescindere dal senso letterale della norma di cui all'art. 117, co. 3 e 4, c.p.a., secondo cui «il giudice nomina, ove occorra, un commissario *ad acta* con la sentenza con cui

⁴⁵ Tar Puglia, Bari, n. 1180/2020.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ R. FUSCO, *Autotutela sugli atti del commissario ad acta nel giudizio avverso il silenzio*, 2021 in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1708-autotutela-sugli-atti-del-commissario-ad-acta-nel-giudizio-avverso-il-silenzio#:~:text=Avverso%20gli%20atti%20del%20commissario%20ad%20acta%20le%20stesse%20parti,nel%20termine%20di%20sessanta%20giorni>.

definisce il giudizio o successivamente su istanza di parte» e «il giudice conosce di tutte le questioni (...) ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario» - in quanto dalla stessa si evince che il commissario *ad acta* esplica le sue attività sotto il governo del giudice e non in maniera del tutto svincolata e discrezionale.

Molto più di recente, il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, pronunciando la sentenza n. 8 del 2021, ha fatto chiarezza su alcune questioni relative ai poteri del commissario *ad acta* che le sono state rimesse dalla Quarta sezione giurisdizionale la quale, con ordinanza n. 6925/2020, richiedeva di decidere, previa definizione di taluni punti di diritto che plasmavano la questione controversa, gli appelli proposti dal Comune di Termoli, avverso la sentenza del TAR Molise n. 104/2017, e da una società, avverso la sentenza n. 287/2019 del medesimo Tribunale.

Il Collegio rimettente⁴⁸ poneva in evidenza le questioni di principio relative agli effetti della nomina del commissario *ad acta* e sui poteri dell'amministrazione, segnatamente (i) se la nomina del commissario *ad acta* ai sensi dell'art. 117, co. 3, c.p.a. ovvero il suo effettivo insediamento comportino la definitiva perdita del potere della pubblica amministrazione di provvedere, fin tanto che il commissario eserciti i poteri conferitogli, sull'istanza originariamente presentata dal cittadino e se, conseguentemente, l'amministrazione sia legittimata a provvedere tardivamente rispetto al termine fissato dal giudice amministrativo; e, in ipotesi affermativa, si domanda quale sia il regime giuridico da applicare agli atti commissariali qualora l'organo sostitutivo non abbia tenuto conto dell'atto tardivo emanato dall'amministrazione sostituita; (ii) qualora si ritenga sussistente, a partire da una certa data, esclusivamente il potere del commissario *ad acta*, qual è il regime giuridico dell'atto emanato tardivamente dall'amministrazione; (iii) se è possibile estendere anche al commissario *ad acta* nominato nella sede del giudizio sul silenzio (art. 117, co. 3, c.p.a.) i principi applicabili al commissario *ad acta* nominato nella sede del giudizio di ottemperanza (art. 112 c.p.a.).

⁴⁸ Cons. Stato, sez. IV, ordinanza n. 6925/2020.

In questa vicenda, inoltre, non può essere trascurata la sentenza del Tar Molise n. 469/2017 che ha estrinsecato un orientamento ben preciso sancendo il potere del Comune di annullare *ex officio* i provvedimenti del commissario *ad acta*⁴⁹. La Sezione rimettente poi puntualizza che l'art. 117, c.p.a. non contiene una previsione analoga a quella che era racchiusa nell'art. 21 *bis*, co. 3, l. n. 1034/1971 (c.d. legge Tar) secondo cui «all'atto dell'insediamento il commissario, preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, accerta se anteriormente alla data dell'insediamento medesimo l'amministrazione abbia provveduto, ancorché in data successiva al termine assegnato dal giudice amministrativo (...)»⁵⁰.

A questo punto è cruciale sapere se sia ravvisabile attualmente una disciplina unitaria cui sottoporre il commissario *ad acta* indifferentemente dalle diverse tipologie di giudizi nei quali è disposta la sua nomina: giudizio di ottemperanza, giudizio avverso il silenzio e giudizio cautelare.

Nell'ordinanza, vengono riportate le distinte soluzioni prospettate anche in sede giurisprudenziale.

In ossequio al primo e ormai risalente orientamento, al momento della nomina del commissario *ad acta* all'esito del giudizio di ottemperanza l'amministrazione perderebbe immediatamente ogni potere di eseguire la pronuncia giurisdizionali⁵¹, *ergo* gli eventuali atti emanati successivamente dall'amministrazione sarebbero suscettibili di declaratoria di nullità.

Secondo un altro recente e maggioritario orientamento, l'esautoramento dell'organo inottemperante si verificherebbe unicamente

⁴⁹ Nel caso di specie, il Tar Molise, con sent. n. 469/2017 ha statuito nel senso che: «il commissario ad acta che si sostituisce all'amministrazione, ove questa non provveda entro il termine ad essa attribuito dal giudice, ha natura giuridica di organo della P.A. ed agisce quale sostituto dell'amministrazione competente, piuttosto che come ausiliario del giudice. I provvedimenti del commissario ad acta sono impugnabili dal ricorrente e dai terzi attraverso l'ordinaria azione di annullamento, e non semplicemente reclamabili dinanzi al giudice del silenzio; tuttavia, costituendo detti provvedimenti diretto esercizio del potere amministrativo, gli stessi non saranno impugnabili da parte della pubblica amministrazione sostituita, che potrà intervenire sugli stessi in autotutela, ove ricorrano i presupposti di cui agli artt. 21 *quinquies* o 21 *nonies* della legge n. 241/1990».

⁵⁰ Norma che è stata definitivamente soppressa con l'emanazione del decreto legislativo n. 104/2010.

⁵¹ Cons. Stato, sez. V, n. 165/1989.

a seguito dell'effettivo insediamento del commissario *ad acta* e non con la semplice nomina; in tal modo si attuerebbe il trasferimento del *munus* pubblico dall'ente che ne è titolare *ex lege* a quello che ne diviene titolare in forza della sentenza del giudice⁵². Di questo avviso l'Adunanza Plenaria n. 7/2019 secondo cui dal momento del concreto insediamento del commissario *ad acta* l'amministrazione inadempiente-surrogata resta priva della potestà di provvedere. Di conseguenza, anche in tal caso ciascun atto emanato posteriormente rispetto alla data di insediamento del commissario sarebbe considerato affetto da vizi di nullità.

Al contrario, secondo un diverso orientamento, più diffuso in dottrina che in giurisprudenza, vi sarebbe una competenza del commissario *ad acta* concorrente rispetto a quella dell'amministrazione sostituita che continuerebbe ad operare nell'ambito delle proprie attribuzioni, le quali non si estinguerebbero al momento del concreto insediamento del commissario⁵³. In quest'opposta ipotesi, il regime giuridico da applicare non è quello della nullità degli atti successivamente adottati dall'amministrazione, in quanto essa non è privata del suo potere-dovere di provvedere ma resta istituzionalmente competente ad emanare ogni provvedimento utile tanto dopo la nomina del commissario quanto dopo il suo insediamento effettivo.

Quest'ultimo orientamento sembrerebbe trovare favore dalla Sezione rimettente, la quale invoca gli artt. 97 e 28 della Costituzione i cui principi inducono a ritenere che l'amministrazione sostituita, cioè l'organo ordinariamente competente, ha il potere ma anche il dovere di esaminare ogni istanza sottoposta al suo esame e solamente una disposizione di legge (o una sentenza del giudice, basata su norme di diritto) potrebbe incidere sull'ambito delle sue competenze; ne potrebbe conseguire che il giudice amministrativo nel momento della nomina del commissario *ad acta* sarebbe libero di disporre che l'organo amministrativo ordinariamente competente resti privo del potere di provvedere a seguito della nomina o dell'insediamento del

⁵² Tra le altre, v. Cons. Stato, Sez. V, n. 8409/2009; Cons. Stato, Sez. IV, n. 5081/2015; Cons. Stato, Sez. V, n. 3378/2018.

⁵³ A titolo esemplificativo, v. Cons. Stato, Sez. IV n. 448/1990; Cons. Stato, Sez. V, n. 7617/2003; Cons. Stato, Sez. IV, n. 2764/2011.

commissario, ma ciò dovrebbe «costituire una *extrema ratio*, perché in ultima analisi constaterrebbe un perdurante rifiuto dell'organo competente di fare il proprio dovere, premiato con una sostanziale deresponsabilizzazione»⁵⁴. Dunque, in assenza di una espressa determinazione del giudice amministrativo in ordine alla perdita del potere dell'organo ordinariamente e istituzionalmente competente, si potrebbe ritenere che perduri la competenza *ex lege* attribuita all'amministrazione surrogata.

La suddetta Sezione sembra poi esplicitare il proprio orientamento secondo cui, salva l'ipotesi nella quale il giudice amministrativo – in sede di nomina del commissario *ad acta* – abbia statuito espressamente e in modo diverso, «l'amministrazione non perde il potere di provvedere e, in ogni caso, l'istanza *ex art. 112, co. 5, c.p.a.* (c.d. ottemperanza per chiarimenti, da tenere distinta dalla vera e propria azione di ottemperanza) può utilmente dirimere ogni potenziale divergenza o mancata collaborazione tra questi ed il commissario»⁵⁵ sicché, anche laddove si ritenga l'amministrazione (organo istituzionalmente competente) perda i suoi poteri-doveri a seguito della nomina o dell'effettivo insediamento del commissario, l'eventuale atto adottato *ex post* non è da ritenersi affetto da vizi di nullità. Inoltre, si sottolinea che l'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990 si riferisce, ovviamente, ai soli casi in cui l'autorità amministrativa non possa emanare un determinato provvedimento amministrativo, proprio in quanto sprovvista della legittimazione ad avviare il relativo procedimento non avendo, appunto, nessuna attribuzione in materia.

Ad avvalorare la tesi, il Collegio invoca quanto sancito dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 1/2002 secondo la quale gli atti del commissario ad acta, nominato nella sede del giudizio avverso il silenzio, si considerano imputabili non già al giudice che lo ha nominato ma all'amministrazione inerte, evidenziando che sarebbe sussistente la giurisdizione di legittimità avverso gli atti del commissario ad acta incaricato di portare a conclusione il procedimento e che gli atti commissariali, ancorché posteriori a quelli adottati dall'autorità ordinariamente competente, dovrebbero essere coerenti con quest'ultimi.

⁵⁴ Ancora, Cons. Stato, sez. IV, ordinanza n. 6925/2020.

⁵⁵ *Ibidem*.

In conclusione, la Quarta sezione del Consiglio di Stato, decide di rimettere la causa all'Adunanza Plenaria *ex art. 99, co. 1, c.p.a.* affinché siano risolti definitivamente due quesiti. Il primo circa la nomina del commissario *ad acta*, *ex art. 117, co. 3, c.p.a.* (giudizio avverso il silenzio) ovvero il suo effettivo insediamento comportano la perdita del potere dell'amministrazione soccombente di provvedere sull'originaria istanza del cittadino-interessato e, altresì, se l'amministrazione possa provvedere *ex post* rispetto al termine fissato dal g.a. fino a quando il commissario eserciti il potere conferitogli con la pronuncia giudiziale. E, nell'ipotesi affermativa, a quale regime giuridico deve ritenersi sottoposto l'atto commissariale «che non abbia tenuto conto dell'atto tardivo ed emani un atto con questo coerente»⁵⁶. E il secondo relativo all'eventualità che si ritenga sussistente, a partire da una certa data, il solo potere del commissario *ad acta* (dunque, escludendo quello di cui era originariamente titolare l'amministrazione sostituita), qual è il regime giuridico dell'atto emanato tardivamente, *ex post*, dell'amministrazione silente-soccombente.

Ebbene, il Supremo Consesso ha anzitutto affermato che il giudice dell'ottemperanza è il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da esso discendono⁵⁷, in conseguenza il Consiglio di Stato ritiene che il commissario sia legittimato ad emanare atti di natura giuridica e dal contenuto più vario come quelli relativi al pagamento di somme di danaro, provvedimenti amministrativi natura vincolata e, solo in via eventuale, discrezionale nei limiti determinati nella sentenza. La Plenaria sottolinea che il potere commissariale resta in ogni caso distinto da quello di cui l'amministrazione sostituita è titolare sebbene si tratti di atti che avrebbe dovuto porre in essere l'amministrazione soccombente.

Gli atti del commissario trovano sempre la loro legittimazione esclusivamente nella sentenza del giudice anche nell'ipotesi in cui statuisca, definendo il giudizio sul silenzio, il solo

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ In questi termini, anche Cons. Stato n. 2/2013.

obbligo generale di provvedere, in capo all'amministrazione inerte, sull'istanza proposta dal cittadino.

Inoltre, il codice del processo amministrativo, con l'art. 114, co. 6, affida al giudice dell'ottemperanza la cognizione sulle questioni «inerenti agli atti del commissario *ad acta*» e, con l'art. 117, co. 4, attribuisce la decisione sulle questioni «relative alla esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario»⁵⁸. In entrambe le ipotesi, poiché tali atti commissariali non hanno una propria ragion d'essere e non sono espressione di un autonomo potere amministrativo discrezionale, la tutela avverso gli stessi viene attribuita alla competenza funzionale del «giudice del quale il commissario, che ha adottatogli atti contestati, costituisce l'ausiliario»⁵⁹.

Il commissario *ad acta* viene definito solo ed esclusivamente un ausiliario del giudice, in ossequio all'art. 21 c.p.a. e non è titolare del medesimo potere dell'amministrazione, pertanto non si verifica propriamente una “sostituzione” né tantomeno un “trasferimento” del potere»⁶⁰ il quale discende appunto unicamente dalla decisione del giudice: sentenza passata in giudicato; sentenza provvisoriamente esecutiva non sospesa; ordinanza cautelare.

Si delinea in tal modo il concetto di «competenza concorrente»⁶¹ tra quella commissariale e quella dell'amministrazione che cessa nel momento in cui uno dei due soggetti dà attuazione alla decisione del giudice, sicché la parte vittoriosa potrà confidare sulla «duplice possibilità di ottenere l'ottemperanza della decisione»⁶², trovando così applicazione i principi della pienezza ed effettività della tutela.

In occasione della recente sentenza, la Plenaria ribadisce altresì la tesi giurisprudenziale maggioritaria secondo la quale «la nomina del commissario *ad acta* non determina di per sé l'esaurimento della competenza della p.a. sostituita a provvedere all'ottemperanza del giudice, in quanto il venir meno dell'inerzia della pubblica amministrazione stessa, pur dopo la scadenza del termine assegnatole, rende priva di causa la nomina e la funzione del commissario, secondo i

⁵⁸ Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8/2021.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ivi*, Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2018 n. 3378.

⁶¹ Tar Calabria, sede di Catanzaro, n. 82/2017.

⁶² Cons. Stato, Ad. Plen. 8/2021.

principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa, non smentiti dalla legge o dalla pronuncia del giudice dell'ottemperanza ed essendo indifferente, per il privato, che il giudicato sia eseguito dall'amministrazione, piuttosto che dal commissario, perché l'attività di entrambi resta comunque soggetta al controllo del giudice»⁶³.

Inoltre, viene posto in rilievo che gli effetti degli atti commissariali si imputano, in definitiva, alla sfera giuridica dell'amministrazione soccombente «per derivazione»⁶⁴ dalla decisione del giudice ai sensi degli artt. 2908 e 2909 cod. civ. che disciplinano il giudicato sostanziale delle sentenze.

Ne discende che l'amministrazione non perde il potere di provvedere a seguito della nomina o dell'effettivo insediamento del commissario ad acta; in caso contrario la parte vittoriosa potrebbe azionare una tutela risarcitoria *ex art.* 112, co. 3, c.p.a. per il ristoro dei danni patiti a causa dell'«impossibilità o [...] della mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato [...]».

In summa, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza del 2021 ribadisce i seguenti principi di diritto: (i) i poteri dell'amministrazione soccombente e quello del commissario *ad acta* sono tra essi concorrenti, pertanto entrambi possono, fintanto che uno dei due non abbia già provveduto, portare ad esecuzione il *decisum* della sentenza – passata in giudicato o provvisoriamente esecutiva e non sospesa – o le prescrizioni dell'ordinanza cautelare. Proprio in quanto gli atti dell'amministrazione sono adottati nella pienezza dei suoi poteri, anche se posti in essere in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario *ad acta*, non possono ritenersi viziati da nullità; (ii) all'amministrazione è precluso il potere di annullabilità in autotutela degli atti commissariali né può impugnarli innanzi al giudice della cognizione, essendo il reclamo l'unico rimedio proponibile, in ossequio agli

⁶³ Cons. Stato, sez. IV, n. 2764/2011.

⁶⁴ DANIELA D'AMICO, *Il commissario ad acta nominato dal giudice è suo ausiliario e la pubblica amministrazione soccombente non perde il potere-dovere di provvedere sull'originaria istanza*, 2022 in <https://www.ildirittoamministrativo.it/Commissario-ad-acta-nominato-giudice-%C3%A8-suo-ausiliario-e-la-pubblica-amministrazione-soccombente-non-perde-potere-dovere-provvedere-originaria-istanza-Daniela-Damico/gamm779>.

artt. 114, co. 6 e 117, co. 7, c.p.a. (davanti al giudice dell'ottemperanza o al giudice del silenzio); (iii) tutti gli atti adottati dal commissario *ad acta* dopo che l'amministrazione abbia già dato attuazione alla decisione o, viceversa, quelli adottati dall'amministrazione dopo che il commissario abbia provveduto sono ritenuti inefficaci ed eventualmente può richiedersi la loro rimozione al giudice dell'ottemperanza o dal giudice del giudizio sul silenzio⁶⁵.

4. Conclusioni.

In dottrina e in giurisprudenza si sono susseguiti diversi orientamenti relativi alla natura giuridica di tale peculiare figura: *a)* organo straordinario dell'amministrazione; *b)* organo ausiliario del giudice; *c)* organo misto.

Nonostante parte della dottrina e giurisprudenza minoritaria, la natura del commissario *ad acta* accolta dal c.p.a. e dalla giurisprudenza seguente è quella di ausiliare dell'organo oggetto di trattazione.

Da ultimo, l'Adunanza Plenaria ha inteso sciogliere ogni dubbio, ritenendo in via definitiva che il commissario *ad acta* sia un ausiliario del giudice, e non un organo straordinario dell'amministrazione soccombente, ed ogni suo atto emanato può essere sindacato dallo stesso giudice amministrativo che lo ha nominato con il provvedimento negando altresì ogni potere di autotutela, avverso gli atti commissariali, dell'amministrazione sostituita (diversamente da quanto il giudice di prime cure aveva invece sostenuto) proprio in quanto tali atti non sono riconducibili all'ordinario esercizio della potestà amministrativa.

Sembrerebbe convincere la recente giurisprudenza in quanto, benché siano concorrenti i poteri del commissario *ad acta* e quello dell'amministrazione surrogata, quest'ultima non può intervenire *ex officio* su atti adottati dal commissario, ancorché in via sostitutiva. Non si può, invero, ignorare quanto codificato dal legislatore relativamente alla disciplina dei rimedi esperibili per contestare gli atti commissariali: il mezzo del reclamo, per le parti destinatarie degli effetti del giudicato, da depositarsi entro 60 giorni, previa notifica ai controinteressati e, l'ordinaria azione di annullamento, per i soggetti

⁶⁵ In questo senso si pronuncia l'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 8/2021.

Commissario ad acta. Natura, funzione e impugnabilità dei suoi atti

terzi estranei al giudicato *inter alios*, pertanto quest'ultimi sfuggono alla cognizione del giudice dell'ottemperanza e seguono le regole del rito ordinario.

VIBIANA CESARI*

MODELLI PROCESSUALI DIFFERENZIATI.
LE CARATTERISTICHE PRINCIPALI

The present article describes how the administrative process, which is seen today as a subjective process, is partially going towards the direction of becoming also an objective process. In fact, by showing that there are some particular forms of process (for example, in the process regarding public contracts), depending on the subject, that are regulated differently, we can observe that these differences change the whole perspective of the process itself. We can describe two main characteristics that can make a process either subjective or objective, which are the legal standing and the powers of the judge.

SOMMARIO: 1. I modelli processuali differenziati. – 2. Le caratteristiche dei modelli processuali differenziati, la legittimazione ad agire. – 2.1. La legittimazione ad agire nel contenzioso dei contratti pubblici. – 3. Le caratteristiche dei modelli processuali differenziati, i poteri del giudice. – 4. Conclusioni.

1. I modelli processuali differenziati.

Il processo amministrativo si è delineato, nella sua storia, come un processo di stampo soggettivistico. Infatti, come scopo principale si pone la tutela degli interessi individuali a fronte dell'esercizio del potere. Questa tutela di posizioni giuridiche soggettive, dunque, viene fatta valere da soggetti i cui interessi legittimi o diritti soggettivi (nelle materie affidate al giudice amministrativo) sono stati lesi. Questo è quanto affermato dalla Costituzione, all'art. 103, co. 1¹.

Da questo articolo taluni hanno ricavato la tesi per cui l'unica giurisdizione che può esistere è quella volta alla tutela di posizioni

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Andrea Carbone, docente di Diritto amministrativo presso Sapienza Università di Roma.

¹ Art. 103 co. 1 Cost: «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».

giuridiche soggettive. L'art. 103 andrebbe letto nel senso che la giurisdizione è intesa «per la sola tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi». In questo caso, quindi, non potrebbe ammettersi una giurisdizione di tipo oggettivo, o anche parzialmente oggettivo. Vi sarebbe un limite in negativo alle funzioni del giudice amministrativo².

L'art. 103 Cost., tuttavia, può anche essere inteso nel senso che sicuramente il processo amministrativo deve mirare a difendere posizioni giuridiche soggettive, senza lasciare vuoti di tutela, come anche stabilito dalla Costituzione all'art. 113, co. 1 e 2³. Ma questo non significa che lo stesso processo amministrativo non possa anche tutelare altre situazioni, di tipo oggettivo. Cioè, accanto ad una giurisdizione di tipo soggettivo può esistere, parallelamente, una giurisdizione oggettiva volta, anche solo parzialmente o mediamente, all'accertamento della legalità dell'azione amministrativa⁴.

Questa funzione del processo non è nuova, anzi, nei primi decenni del 1900 il processo amministrativo era visto esclusivamente come un sindacato sulla legalità dell'amministrazione, uno strumento

² In questo senso, F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Diritto processuale amministrativo*, vol. 30, n. 1, Giuffrè, 2012, pp. 3-45. Afferma «sembra doversi leggere anche nel senso che pone un limite in negativo alle funzioni del giudice amministrativo: egli ha una giurisdizione di diritto soggettivo, (...) in quanto mira esclusivamente alla tutela di situazioni soggettive». Invece, in senso opposto, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, vol. 32, n. 2, 2014, pp. 341-390: «Il carattere marcatamente "soggettivo" del giudizio amministrativo non ha escluso la presenza, legislativamente prevista, ovvero ammessa nell'esperienza giurisprudenziale, di casi di legittimazione "oggettiva"».

La legittimazione oggettiva del processo è anche confermata, tra le tante, dal Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4134, 19 giugno 2009.

³ Art. 113 co. 1 Cost.: «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.»; co. 2: «Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».

⁴ A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso degli appalti pubblici*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, vol. 32, n. 2, 2014: «A differenza di quanto accade nel modello ordinario di giudizio dinanzi al giudice amministrativo, la posizione del ricorrente non è necessariamente il fulcro sul quale la tutela processuale si viene a conformare».

di tutela di interessi generali e superindividuali, per «l'attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno»⁵. L'interesse legittimo non era oggetto di tutela, serviva ad azionare la tutela.

A favore di questa tesi possono essere richiamati i casi, ampiamente ammessi in giurisprudenza, in cui enti territoriali (comuni, province) sono ammessi ad impugnare, davanti al giudice amministrativo, atti dello Stato o altri enti pubblici, a tutela di interessi generali⁶; i casi di azione popolare, riscontrabile nell'ambito del contenzioso elettorale⁷, in cui «ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia» (art. 130, co. 1, cod. proc. amm.).

Taluni vi riconducono anche i casi in cui viene concessa la legittimazione ad agire in capo ad un ente, esponente di un determinato interesse. Ad esempio, il caso della legittimazione in capo all'Autorità di regolazione dei trasporti, a tutela del diritto di mobilità degli utenti⁸; il caso della legittimazione del Ministero dell'economia e della finanza ad impugnare regolamenti sulle entrate tributarie davanti al giudice amministrativo⁹; il caso della legittimazione in capo al Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca scientifica ad impugnare gli atti del Rettore di emanazione di statuti e regolamenti dell'università¹⁰; il caso della ammissione del Ministero dell'ambiente di individuare le associazioni di categoria, che possano impugnare le autorizzazioni paesaggistiche e gli atti che possano ledere l'interesse ambientale¹¹. È inoltre stata generalmente ammessa la legittimazione ad agire in capo alle associazioni di categoria, a tutela di interessi c.d. collettivi, nel limite in cui non agiscano a tutela di singoli iscritti ma per la totalità di questi¹².

⁵ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Jovene, Napoli, 1923.

⁶ Consiglio di Stato, Sez. IV n. 8183 del 5 dicembre 2010; n. 8686 del 9 dicembre 2010.

⁷ Artt. 129 ss. cod. proc. amm.

⁸ Art. 36 co. 2 lett. n), d.l. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012.

⁹ Art. 52 co. 4, d.lgs. n. 446/1997.

¹⁰ Art. 6, l. n. 168/1889.

¹¹ Art. 18 l. n. 349/1986, ora art. 310 d.lgs. 156/2006; art. 146 co. 11 d.lgs. 42/4004.

¹² Tra le tante, Cons. Stato sez. VI, n. 725 del 27 maggio 1988; n. 3507 dell'11 luglio 2008; TAR Lazio, Sez. II, n. 8127 del 26 settembre 2012.

Vi sono anche altri istituti, introdotti recentemente, che fanno intendere una tendenza c.d. «neo-oggettivista», cioè che sembrano spostare il baricentro della tutela giurisdizionale amministrativa verso criteri, appunto, più oggettivi. Vi sono, infatti, particolari tipi di materie che, per il loro oggetto, sembrano astenersi dalla tradizionale logica soggettivistica del processo a disposizione delle parti. Si può richiamare la legittimazione, conferita dall'art. 21 *bis*¹³, l. n. 287/1990, inserito dall'art. 35 d.l. n. 201/2011 (conv. in l. n. 214/2011), all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ad impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti adottati da altra amministrazione in violazione della concorrenza e del mercato (previa emanazione di un parere motivato); vi è anche la legittimazione conferita all'Autorità Nazionale Anti-Corruzione¹⁴. Si può anche richiamare la c.d. *class action* amministrativa, introdotta dal d.lgs. 198/2009, attraverso la quale gli utenti titolari di interessi omogenei, possono agire in giudizio davanti al giudice amministrativo per chiedere il ripristino del corretto svolgimento della funzione. In ultimo, vi è il contenzioso avente ad oggetto i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, disciplinato dagli artt. 121 e 122 cod. proc. amm.

In questi casi, invero, la tendenza giurisprudenziale e dottrinale è andata nel senso di ricondurre interpretativamente i modelli descritti nelle categorie ordinarie di giurisdizione, sostenendo che sarebbero sempre volti a tutelare interessi legittimi o diritti soggettivi, e quindi sempre mantenendo la giurisdizione soggettiva¹⁵.

Tuttavia, soprattutto con riguardo alle nuove riforme, sembra più coerente e logico inquadrare questi istituti in una diversa categoria, in diversi modelli processuali, appunto, differenziati. E questo, si ribadisce, non toglie alcuna tutela agli interessi legittimi o diritti soggettivi lesi, che possono comunque essere fatti valere dai soggetti pregiudicati dall'attività della pubblica amministrazione.

¹³ Art. 21 *bis* l. n. 287/1990 co. 1: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato».

¹⁴ Artt. 211 ss. d.lgs. 50/2016.

¹⁵ Sui contratti pubblici, F. CINTIOLI, *op. cit.*; sugli enti di categoria, V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*; sui casi di legittimazione *ex lege*, V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, La Sapienza, Roma, 2016, p. 136.

2. Le caratteristiche dei modelli processuali differenziati, la legittimazione ad agire.

In generale, i modelli processuali di tipo oggettivo si differenziano dal modello ordinario in quanto perseguono principalmente la tutela di un interesse di tipo generale. Questo interesse è di tipo pubblico, riguarda una particolare materia sensibile, meritevole di una specifica ed ulteriore protezione da parte dell'ordinamento.

I modelli processuali differenziati sono, quindi, disciplinati in maniera diversa rispetto al modello ordinario, vi sono delle deroghe alle tradizionali norme processuali.

Si possono delineare le caratteristiche più evidenti che accomunano questi modelli; queste caratteristiche sono una conseguenza naturale del perseguimento in via principale di un interesse pubblico.

In primo luogo, una caratteristica molto rilevante è la diversa legittimazione a ricorrere rispetto a quella ordinaria di diritto amministrativo. In secondo luogo, vi è la presenza, in capo al giudice amministrativo, di ulteriori o diversi poteri rispetto a quelli ordinari¹⁶.

Non tutte le caratteristiche necessariamente coesistono nello stesso modello differenziato, infatti, prima del mutamento giurisprudenziale (di cui si dirà successivamente) riguardante il contenzioso avente ad oggetto i pubblici contratti di lavori, servizi e forniture, non si rinveniva una legittimazione straordinaria ad agire, ma solo diversi e ulteriori poteri del giudice amministrativo¹⁷.

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire, condizione dell'azione, nel processo amministrativo questa normalmente coincide con l'accertamento della titolarità di una situazione protetta in

¹⁶ Invero A. CARBONE in *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Diritto processuale amministrativo* e in *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici* afferma che le caratteristiche dei modelli processuali differenziati sono: «In primo luogo, vi deve essere l'esigenza di tutela di un interesse pubblico sensibile, ritenuto meritevole di particolare protezione da parte dell'ordinamento [...]. Inoltre, i modelli speciali devono essere caratterizzati dalla presenza, in capo al giudice amministrativo, di poteri diversi e ulteriori rispetto a quelli ordinari ad esso conferiti. Infine, l'elemento di fondamentale rilievo [...] è dato dalla legittimazione a ricorrere, che ricomprende situazioni giuridiche differenti da quelle tutelate dinanzi al giudice amministrativo o, comunque, ipotesi peculiari di legittimazione *ex lege*».

¹⁷ Artt. 121 ss. cod. proc. amm.

capo all'attore. Infatti, il ricorrente deve essere titolare di un interesse protetto, che solitamente assume la forma dell'interesse legittimo (alternativamente del diritto soggettivo, nei casi di giurisdizione esclusiva). Si fa quindi applicazione del principio dispositivo, precisamente disciplinato agli artt. 41, co. 1, e 34, co. 1, cod. proc. amm.¹⁸, cioè del principio per cui è la parte ad attivare il processo, ed è la domanda della parte che delinea i confini del potere del giudice.

Si differenzia dalla legittimazione ad agire nel diritto processuale civile, in cui basta l'affermazione della titolarità della situazione protetta (in quanto il processo stesso è volto all'accertamento della titolarità della situazione giuridica soggettiva)¹⁹. Inoltre, nella giurisdizione amministrativa il ricorso può essere promosso da soggetti anche estranei al rapporto sostanziale in esito al quale è stato adottato l'atto (soggetti in posizione di c.d. *vicinitas*).

Queste caratteristiche riguardanti la legittimazione ad agire sono derogate nei modelli processuali differenziati. Infatti, ad oggi possiamo trovare due tipi di deroghe riguardanti la legittimazione: quando è conferita dal legislatore, *ex lege*, oppure quando deriva dall'elaborazione giurisprudenziale, sempre tuttavia sulla base di particolari disposizioni legislative.

Per quanto riguarda i casi di legittimazione *ex lege*, possono essere legittimati soggetti pubblici (come già visto, i Ministeri) o collettivi, in modo che possano agire a tutela dell'interesse generale di cui sono portatori. Ad esempio, per quanto riguarda l'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato, la legittimazione ad agire le viene affidata *ex art. 21 bis l. n. 287/1990*; laddove ritenga che un'autorità amministrativa abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, può adottare, entro sessanta giorni, un parere motivato, al quale l'Amministrazione deve

¹⁸ Art. 41 co. 1 cod. proc. amm.: «Le domande si introducono con ricorso al tribunale amministrativo regionale competente». Art. 34 co. 1 cod. proc. amm.: «In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda». Inoltre, il principio è affermato dal cod. proc. civ. agli artt. 99 e 112, richiamati dal cod. proc. amm. grazie al rinvio esterno all'art. 39.

¹⁹ La legittimazione ad agire nel processo civile è ricavabile dall'art. 81 cod. proc. civ. Per il diritto processuale civile si veda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I e II, Giappichelli, Torino, 2019.

conformarsi nei sessanta giorni successivi. In mancanza, l'AGCM può ricorrere davanti al giudice amministrativo entro trenta giorni²⁰.

Può anche esistere la legittimazione *ex lege* come azione popolare (ad esempio, il contenzioso elettorale). Sono azioni che conferiscono ad una genericità di soggetti la legittimazione a ricorrere per ottenere tutela giurisdizionale volta a correggere errori della pubblica amministrazione, o a supplire all'inerzia degli amministratori nella salvaguardia degli interessi generali. Qui la legittimazione non è data dalla disponibilità di una situazione giuridica soggettiva, bensì dall'appartenenza del soggetto legittimato ad una particolare categoria identificata a priori dalla legge.

Per quanto riguarda l'elaborazione giurisprudenziale, si può richiamare la legittimazione conferita ad enti esponenziali a tutela di interessi diffusi di una collettività²¹, e la legittimazione conferita ad enti territoriali.

2.1. Segue, la legittimazione ad agire nel contenzioso dei contratti pubblici.

Si è recentemente posto il problema della qualificazione della legittimazione ad agire del contenzioso avente ad oggetto i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. In questo contenzioso, originariamente non si rinveniva una deroga rispetto alla normativa ordinaria in materia di legittimazione ad agire.

Tuttavia, alla luce degli interessi pubblici sottostanti, e cioè della tutela della concorrenza, la giurisprudenza si era chiesta come mettere

²⁰ È stato affermato che la posizione dell'AGCM nei confronti dell'Amministrazione che ha emanato l'atto ben potrebbe essere qualificata come interesse legittimo. Tuttavia, la soluzione nel senso della legittimazione oggettiva è stata ritenuta valida dal TAR Lazio, Sez. III-ter, n. 2720 del 15 marzo 2013, per cui «[l']interesse di cui l'Autorità è portatrice è interesse pubblico, benché individuale e differenziato rispetto all'interesse generale o all'interesse diffuso in maniera indistinta sulla collettività: e si specifica come interesse pubblico alla promozione della concorrenza e alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive, come condizione e strumento per il benessere sociale».

²¹ Invero, vi sono tesi contrarie che ritengono che l'interesse diffuso venga elevato ad interesse individualmente azionabile da parte di un ente, e ciò consente di ricondurre il processo alla situazione soggettiva del singolo. TAR Lazio sez. III-bis, del 20 gennaio 2011 (confermata in appello dal Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3512 del 9 giugno 2011).

in relazione il ricorso principale, proposto da colui che era risultato perdente rispetto alla gara di appalto, e il ricorso incidentale, proposto dall'aggiudicatario vincitore controinteressato, quando entrambi i ricorsi sono «reciprocamente escludenti», cioè tendano a escludere l'aggiudicazione dell'appalto in capo all'altro soggetto.

Secondo le normali regole del processo amministrativo, se il ricorso incidentale mette in discussione la legittimazione del ricorrente principale, introduce una questione pregiudiziale di rito, quindi, riguarda un presupposto processuale o una condizione dell'azione. Questo andrebbe esaminato per primo, in quanto, se accolto, determina l'inammissibilità del ricorso principale. Il ricorso principale a questo punto non verrà esaminato.

L'applicazione delle regole ordinarie processuali era stata più o meno pacificamente seguita dalla giurisprudenza fino al 2002, quando la sentenza *Lipari*²² ha affermato che, nonostante le normali logiche processuali, in presenza di due sole imprese concorrenti, sarebbe preferibile optare comunque per l'annullamento della gara e il suo rinnovo. Questa tesi è stata successivamente accolta dall'Adunanza Plenaria n. 11 del 10 novembre 2008, e in seguito anche dalle sentenze *Fastweb* e *Puligienica* della Corte di Giustizia dell'UE. Per sommi capi, si è ritenuto che il ricorso principale e incidentale dovessero essere esaminati contestualmente, perché avrebbero ad oggetto la stessa violazione, e se il ricorso principale fosse ritenuto fondato, questo metterebbe a sua volta in discussione la legittimazione a ricorrere del ricorrente incidentale; inoltre, l'impresa originariamente aggiudicatrice avrebbe un interesse strumentale alla ripetizione della gara, e quindi avrebbe comunque una nuova possibilità di conseguire il bene a cui aspira.

Dunque, il TAR Piemonte, nel 2012, ha rimesso la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. La sentenza *Fastweb*²³, del 4 luglio 2013, ha affermato che la legittimazione ad agire deve essere esaminata e accertata preliminarmente in capo ad entrambi i ricorrenti, andando quindi effettivamente a valutare il merito per verificare l'esistenza dei presupposti processuali. Questa

²² Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2468 dell'8 maggio 2002.

²³ Sentenza *Fastweb*, parr. 33 e 34.

impostazione era però stata valutata²⁴ come eccezione, nel solo caso in cui le censure fossero afferenti alla stessa categoria e fase di gara, e quando le uniche imprese ammesse le facessero valere (per il fatto che in questo modo si crea in capo all'impresa aggiudicatrice l'interesse strumentale alla ripetizione della gara). Con la sentenza *Puligienica*²⁵ del 5 aprile 2016 n. 689, la Corte di Giustizia, invece, ha esteso quest'impostazione a tutti i ricorsi, a prescindere dal numero di partecipanti e dai motivi dedotti. La decisione della Corte appare apertamente diretta a prevenire ogni tentativo di limitazione del principio da parte del giudice italiano.

Ci si può facilmente rendere conto che questa impostazione sia in sé contraddittoria, perché implica un esame del merito per stabilire l'esistenza di una condizione processuale. Inoltre, si basa sul presupposto, errato, per cui le due imprese farebbero valere la stessa violazione; invece, non possono essere equiparate né a livello sostanziale, e tantomeno a livello processuale, perché una chiede l'annullamento dell'aggiudicazione, che costituisce la questione di merito, e l'altra chiede la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale.

Le soluzioni accolte dalla Corte di Giustizia paiono ammissibili solo se si guarda la questione da un diverso punto di vista, cioè se si ammette che ciò che è stato chiesto alla Corte non è quale ricorso debba essere esaminato per primo, ma di valutare se il modello della giurisdizione amministrativa, puramente soggettivo, fosse adeguato ad assicurare l'effettività della tutela della concorrenza. Quindi, bisogna ammettere che il contenzioso in oggetto appartiene alla categoria dei modelli differenziati, e quindi che la legittimazione ad agire delle imprese è di tipo oggettivo²⁶.

²⁴ Dalla Adunanza Plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014: «Da quanto fin qui esposto discende la conferma dell'impianto teorico costruito dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, alla luce dei principi processuali europei in materia, al cui interno si innesta la particolare *regula iuris* introdotta dalla sentenza *Fastweb*, di cui ovviamente si deve tenere conto, ma muovendo dalla constatazione della sua circoscritta portata, trattandosi comunque di una eccezione».

²⁵ Dalla sentenza *Puligienica*, par. 29: «Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza *Fastweb*».

²⁶ A. CARBONE, *op. cit.*; ID., *Corso di giustizia amministrativa. Il processo amministrativo*, La Sapienza Editrice, Roma, 2017.

In ogni caso, questa impostazione è stata ulteriormente modificata dall'entrata in vigore (con il d.lgs n. 50/2016) del co. 2 *bis* dell'art. 120 cod. proc. amm., che ha stabilito che il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni va impugnato immediatamente, e l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. In questo modo è di fatto esclusa la possibilità di un ricorso incidentale escludente.

A seguito delle critiche della dottrina, tuttavia, basate sul fatto che i concorrenti erano costretti ad una impugnazione troppo affrettata, e sulla base di una lesione soltanto eventuale e presunta (la legge sembrava delineare proprio una «presunzione di interesse a ricorrere», per cui veniva meno il requisito di concretezza ed attualità della lesione), questa norma è stata abrogata dal d.l. 32/2019 (c.d. sblocca cantieri), oggi convertito in l. n. 55/2019²⁷.

Per concludere il discorso sulla legittimazione ad agire, non si può ignorare che c'è chi sostiene che è proprio (e solo) la oggettivizzazione della legittimazione ad agire a distinguere questi modelli processuali da quello ordinario²⁸, e che quindi, in ultima analisi, non vi sia differenza nello svolgimento del processo, che rimane a carattere soggettivo.

Infatti, anche nei casi di legittimazione oggettiva, il giudice amministrativo dovrà preliminarmente accertare la sussistenza delle condizioni dell'azione. L'AGCM, ad esempio, è legittimata ad agire a tutela della concorrenza e non a tutela di altri interessi, anche se pubblici e rilevanti. Si tratta però comunque di un accertamento diverso, nel caso di legittimazione soggettiva si deve accertare che la situazione giuridica soggettiva sia protetta dall'ordinamento, che vi sia una lesione di questa e che il provvedimento richiesto sia idoneo a riparare la lesione. Nel caso di legittimazione oggettiva, invece, l'accertamento riguarda la pertinenza dell'interesse tutelato dall'ente agente, e la sua lesione; non riguarda l'ammissibilità della tutela giurisdizionale rispetto a questo interesse (viene riconosciuta *ex ante* con l'attribuzione della legittimazione in capo all'ente).

²⁷ Il Consiglio di Stato, Sez. V n. 4927 del 5 agosto 2020, ha chiarito che l'abrogazione ha comportato la ri-espansione delle regole precedenti.

²⁸ V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

Si può quindi affermare che questo tipo di legittimazione è sintomo del fatto che l'intero processo è volto alla tutela di questo interesse, che appunto, per la sua rilevanza, già dall'introduzione del processo non necessita di un accertamento approfondito, come quello che si chiede per la legittimazione soggettiva.

3. Le caratteristiche dei modelli processuali differenziati, i poteri del giudice.

Abbiamo visto che un ulteriore tratto di differenziazione tra il modello processuale ordinario e i modelli differenziati risiede nell'attribuzione al giudice di ulteriori o diversi poteri. Questi poteri possono essere sia di tipo cognitorio che decisorio.

A tal riguardo, si può evidenziare che la disciplina dell'art. 23 *bis* l. TAR, trasfusa nell'art. 119 cod. proc. amm., disciplina un rito speciale, abbreviato. Tuttavia, questa disposizione non deroga il modello ordinario nel senso di tutela di situazioni giuridiche soggettive a fronte dell'esercizio del potere amministrativo. Non è quindi ascrivibile ai modelli processuali differenziati.

Per valutare i poteri diversi o ulteriori affidati al giudice, si può analizzare la disciplina del contenzioso dei contratti pubblici, di cui agli artt. 120 e ss. cod. proc. amm.

Innanzitutto, all'art. 133, lett. e), n. 1, cod. proc. amm., è previsto che le questioni in esame appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²⁹.

In generale, sono previste delle deroghe al processo ordinario, nel senso che non è possibile il ricorso straordinario e devono essere rispettati termini più stringenti rispetto a quelli ordinari (art. 120 cod. proc. amm.).

Le norme che però differenziano realmente il contenzioso in esame, e che affidano facoltà notevolmente più ampie al giudice, sono l'art. 121 e 122 cod. proc. amm. L'art. 121 cod. proc. amm. dispone che, nel caso in cui venga annullata l'aggiudicazione del contratto, a causa di violazioni gravi nell'aggiudicazione stessa, il giudice amministrativo deve anche dichiarare l'inefficacia del contratto. La norma in

²⁹ In realtà, la legge delega (art. 44 l. 7 luglio 2009 n. 88) aveva previsto una giurisdizione esclusiva e di merito.

esame prevede poi che, eccezionalmente, il contratto possa restare efficace, anche in presenza delle violazioni gravi, nel caso in cui ciò sia imposto da «esigenze imperative connesse ad un interesse generale». È quindi evidente che la declaratoria di inefficacia del contratto pubblico non è necessariamente la conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione. Per tale ragione, il legislatore specifica che nei casi in cui il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano sanzioni alternative (di cui all'art. 123 cod. proc. amm.).

L'art. 122 cod. proc. amm. prevede, invece, che nel caso di annullamento per violazioni meno gravi, il giudice valuterà, secondo la sua discrezionalità, se dichiarare l'inefficacia del contratto. Sono comunque previsti dei criteri a limitazione di questa discrezionalità, cioè il giudice dovrà tenere conto degli interessi delle parti e della effettiva utilità che il ricorrente ricaverebbe dalla caducazione del contratto³⁰.

Sul punto ci sono state alcune critiche, che ritengono che, comunque, per poter dichiarare l'inefficacia occorre una domanda specifica, contestuale all'annullamento, e che la dichiarazione di inefficacia non è posta a garanzia della concorrenza, ma a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale³¹. Tuttavia, la norma sembra intendere che l'inefficacia possa essere disposta nel processo di annullamento anche senza specifica domanda. In ogni caso è innegabile che le sanzioni alternative, ex art. 123 cod. proc. amm., possano essere comminate anche al di fuori di uno stretto collegamento con la domanda del ricorrente.

In verità, la giurisprudenza ha anche affermato la possibilità che la domanda volta a far dichiarare l'inefficacia possa essere proposta anche autonomamente, in un separato processo³², posto che sia già previamente stata annullata l'aggiudicazione.

³⁰ A. CARBONE, *Commento agli artt. 121-124 cod. proc. amm.*, in *Codice della Giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Giuffrè, 2015, afferma che «l'inefficacia si presenta come conseguenza non necessaria dell'aggiudicazione e ha natura "flessibile", derivando dall'apprezzamento effettuato dal giudice sulla base dei profili legislativi individuati dalla norma. Un sistema, quindi, idoneo a porre il giudice in una posizione di particolare rilevanza (e delicatezza) nell'ambito dello svolgimento della vicenda contrattuale».

³¹ A tal proposito, F. CINTIOLI, *op. cit.*

³² TAR Lazio, Sez. III-bis, n 2122, 8 marzo 2011.

Possiamo, inoltre, analizzare la disciplina del contenzioso in cui è ricorrente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Innanzitutto, è previsto, all'art. 21 *bis*, l. n. 287/1990, come già visto, che l'AGCM ha la legittimazione ad agire in giudizio, davanti al giudice amministrativo, per gli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Inoltre, la giurisprudenza legge congiuntamente i co. 1 e 2 della norma in esame; per cui, l'Autorità emette un parere motivato al quale l'amministrazione deve conformarsi entro sessanta giorni, e solo se questo non avviene l'Autorità può presentare ricorso, entro ulteriori trenta giorni. L'oggetto del giudizio sarebbe costituito dalla violazione originaria, e non dall'eventuale atto adottato non in conformità con il parere, o dall'inerzia. In base a questa lettura, quindi, potrebbero proporsi altre azioni oltre a quella di annullamento (con l'esclusione dell'azione risarcitoria). La norma può anche essere letta in modo più confacente rispetto al fine ultimo della disciplina in esame, cioè per ottimizzare la tutela dell'interesse pubblico sottostante. Si può sostenere che l'oggetto del giudizio sia la mancata rimozione dell'atto originario. In questo caso, il parere motivato non sarebbe un presupposto di ammissibilità del ricorso, ma un'istanza per l'apertura di un procedimento la cui conclusione in via difforme (o l'inerzia) verrà impugnata con ricorso davanti al giudice amministrativo³³. In questo caso non si dovrà attendere la scadenza dei sessanta giorni se l'amministrazione adotta un atto difforme (solo in caso di inerzia), ma si potrà ricorrere immediatamente.

Secondo questa seconda interpretazione, viene a mancare il collegamento tra il processo amministrativo e la posizione giuridica sostanziale del soggetto originariamente leso, e si sposta il fulcro del processo sulla legalità dell'azione amministrativa. Questo gli consentirebbe, quindi, di avere, evidentemente, una connotazione oggettiva.

Simile a questa disciplina è anche quella riguardante il contenzioso dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione.

³³ Così anche A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*: «Se infatti l'Autorità fosse titolare di una situazione equipollente, seppur peculiare, rispetto a quella degli altri soggetti, non si vede perché allora dovrebbe considerarsi necessaria, ai fini dell'esperimento del rimedio giurisdizionale, la previa emanazione del parere ai sensi dell'art. 21 *bis*, co. 2, l. n. 287/1990».

L'ANAC³⁴ in generale può esprimere un parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta da parte di una stazione appaltante (art. 211, co. 1). Può inoltre impugnare gli atti delle stazioni appaltanti in violazione delle norme in materia di contratti pubblici (co. 1 *bis*). Può anche, nel caso di gravi violazioni, esprimere un parere al quale la stazione appaltante si deve conformare entro un termine massimo di sessanta giorni, e in mancanza di conformazione può ricorrere avanti al giudice amministrativo entro ulteriori trenta giorni (co. 1 *ter*).

A differenza della disciplina riguardante l'ACGM, questi commi vengono letti in modo disgiunto, cioè l'ANAC può agire in giudizio alternativamente direttamente o mediante parere, in quanto ricorrono presupposti diversi (violazioni e violazioni gravi). In ogni caso si può sostenere che configura un modello differenziato.

4. Conclusioni.

Analizzati i profili più rilevanti dei modelli processuali differenziati, si può finalmente affermare la tendenza ad una oggettivizzazione del processo amministrativo, in parallelo al modello ordinario.

La protezione di interessi pubblici è sempre più rilevante, e non manca la spinta in questo senso anche a livello sovranazionale; di conseguenza, la predisposizione di rimedi giurisdizionali a tal fine, inseriti nel modello già esistente di giustizia amministrativa, sembra la soluzione, ad oggi, più conforme. Ciò, comunque, non necessariamente implica che l'oggetto del processo «oggettivo» sia del tutto svincolato dal principio della domanda. Come conseguenza della tutela di interessi sovraindividuali, il legislatore e la giurisprudenza hanno plasmato le norme processuali esistenti in diversi modi, anche modificando la legittimazione ad agire e i poteri del giudice, andando a creare dei modelli nuovi e fatti su misura rispetto a queste esigenze. Sicuramente ci sono molti profili di dubbia interpretazione che, si spera, verranno migliorati con le prossime riforme.

³⁴ Disciplinata dal d.lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), artt. 211-213, modificato dal d.lgs. 56/2107 e dal d.l. 50/2017 convertito con l. 96/2017.

GUGLIELMO PUGLISI-ALIBRANDI*

IL DEFENSE PRODUCTION ACT
NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE:
ORIGINI STORICHE E RECENTI
EVOLUZIONI DELL'ISTITUTO

This work aims at reviewing the genesis and evolution of the provisions of the Defense Production Act of 1950, a United States statute granting the President of the United States a wide array of powers to intervene in the economy to support the domestic industrial base, control inflation and safeguard national defense capabilities, increasingly invoked to address an ever-growing number of crises, from COVID-19 spread to Energy Transition, and to do so by highlighting different aspects of the law whose perceived criticalities may lead to question its compatibility with the U.S. constitutional frame. Main sources for this research include Congressional records, the Statutes at Large collection and the Federal Register.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La genesi del *Defense Production Act*. – 2.1. Le critiche al *DPA* nel processo di formazione. – 2.2. Entrata in vigore e testo definitivo del *DPA*. – 3. L'evoluzione del *Defense Production Act*. – 4. Il *DPA* nelle presidenze Trump e Biden.

1. *Introduzione.*

La contingenza storica in cui gli attori istituzionali sono stati, e verosimilmente saranno in futuro, chiamati ad operare è caratterizzata dal sovrapporsi degli effetti di una pluralità di crisi: pandemica, ambientale, politico-bellica, energetica, economico-sociale; la complessità di ognuna di queste sfide, data anche dal loro interagire e catalizzarsi vicendevolmente¹, ha spinto gli esecutivi nazionali a

* Studente del corso di laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo contributo è stato consultato il prof. Alfredo Moliterni, docente di Diritto amministrativo presso Sapienza Università di Roma.

¹ A titolo non esaustivo si rimanda: per gli effetti della crisi russo-ucraina su economia, energia ed ambiente a *Prospettive economiche dell'OCSE, rapporto intermedio, Marzo 2022* consultabile in <https://www.oecd-ilibrary.org/economics/a148fedd->

ricorrere estensivamente agli strumenti posti nelle loro disponibilità dai rispettivi ordinamenti per limitarne gli effetti negativi.

Negli Stati Uniti d'America la risposta delle presidenze Trump e Biden alle situazioni emergenziali che si sono presentate è stata qualificata dall'impiego del *Defense Production Act* (DPA) del 1950. La norma in questione ha conosciuto negli anni una netta evoluzione, dovuta all'interazione tra le differenti visioni del suo ruolo nell'ordinamento: concessione straordinaria di poteri d'intervento nell'economia al Presidente degli Stati Uniti (POTUS) cui apporre i vincoli necessari ad impedire sia eccessive alterazioni dell'equilibrio dinamico del mercato che turbamenti del sistema di *checks and balances* stabilito dalla Costituzione per esecutivo, legislativo e giudiziario, oppure assegnazione al *commander in chief* dell'autorità necessaria per organizzare l'economia nel modo più opportuno per garantire la sicurezza nazionale di cui è unico custode². Scopo di questo contributo sarà quello di esaminare struttura e funzioni del DPA al momento della promulgazione e nei decenni successivi, evidenziandone le caratteristiche che l'hanno reso cruciale nella definizione delle politiche emergenziali delle più recenti presidenze e gli aspetti percepiti nel dibattito pubblico statunitense come più critici rispetto la compatibilità con lo spirito della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

it; per le relazioni tra crisi ambientale e pandemica ai contributi pubblicati dal SNPA in <https://www.snambiente.it/tag/coronavirus/>.

² Già negli anni '50 questa tensione veniva recepita e discussa in dottrina: Le due opzioni sono analizzate, in riferimento alle misure di stabilizzazione economica, in R.H. FIELD, *Economic Stabilization under the Defense Production Act of 1950* in *Harvard Law Review*, vol. 64, no. 1, 1950, pp. 1-26; in *The Exculpatory Provision of the Defense Production Act of 1950*, in *Harvard Law Review*, vol. 64, no. 3, 1951, pp. 456-64, si propone una rimodulazione della clausola di esonero da responsabilità della *Section 707* per tutelare l'affidamento dei lesi dalle misure del DPA. Presenti anche voci più critiche: D.S. FREY in *Maintaining Economic Freedom under the Defense Act of 1950*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 18, No. 2 (Winter, 1951), pp. 218 ss., rilevava che con l'ampliamento della nozione di *National Defense* quale campo d'applicazione del DPA potesse apparire che «al Presidente sia stata garantita l'autorità di agire quasi come desideri nel nostro sistema economico»; F.J. KOTTKE in *Monopoly and Mobilization for Defense*, in *Southern Economic Journal*, vol. 18, no. 4, 1952, pp. 516-25, evidenzia la tendenza dell'esecutivo ad affidarsi ai grandi agglomerati industriali penalizzando imprese di dimensioni limitate e favorendo la formazione di monopoli.

2. La genesi del Defense Production Act.

Il *DPA* venne inizialmente concepito come risposta alla necessità di rendere l'apparato industriale statunitense, smobilitato al termine del secondo conflitto mondiale³, maggiormente reattivo rispetto alle esigenze imposte dalla difesa nazionale, ed al contempo di limitare gli effetti della crisi inflazionistica che solo nel biennio 1951-1952 si arresterà⁴; il 19 luglio 1950, poche settimane dopo l'inizio della Guerra di Corea, il Presidente Harry Truman riferì al Congresso⁵ sullo scoppio delle ostilità, affermando contestualmente «[i]n queste circostanze dobbiamo agire per assicurare che gli accresciuti bisogni della difesa nazionale siano soddisfatti, e che nel farlo non si aumenti l'inflazione», aggiungendo poi «[r]accomando certe misure legislative per aiutare a raggiungere questi obiettivi. Ritengo che ciascuna di esse debba essere prontamente emanata» e passando ad elencare queste «*legislative measures*»: «[r]accomando quindi che il Congresso approvi della legislazione che autorizzi il Governo a stabilire sistemi di priorità ed allocare materiali nella maniera necessaria per promuovere la sicurezza nazionale; a limitare l'utilizzo di materiali per scopi non-essenziali; a prevenire l'incetta di scorte; ed a requisire scorte e materiali necessari alla difesa nazionale»; si tratta di parte delle materie che saranno disciplinate dal testo definitivo del *DPA*, che attribuirà al Presidente vasti poteri in questi settori; appare opportuno, prima di analizzare ciascuno dei poteri, dedicare alcuni cenni al processo di formazione della norma.

2.1. Le critiche al DPA nel processo di formazione.

Prevedendo, come anticipato, la requisizione di beni vitali per la sicurezza nazionale in possesso dei privati ed istituendo un «sistema

³ Il Congresso aveva approvato nel dicembre del 1941 il *First War Powers Act*, seguito nel marzo 1942 dal *Second War Powers Act*; i poteri assegnati dalle due norme al Presidente coincidevano in parte, soprattutto per quanto riguarda i sistemi di priorità e requisizioni di cui si parlerà, con quelli previsti dal *DPA* nella sua formulazione originaria.

⁴ B.G. HICKMAN, *The Korean War and United States Economic Activity, 1950-1952*, in *National Bureau of Economic Research, Inc.*, 1955, pp. 10-27.

⁵ Il testo della comunicazione è consultabile in <https://www.trumanlibrary.gov/library/public-papers/193/special-message-congress-reporting-situation-korea>.

di priorità», ovvero la possibilità per l'esecutivo di ordinare ad apparati produttivi privati di prioritizzare determinati contratti, anche conclusi con imprese e consumatori, rispetto ad altri, ed intervenendo poi sul controllo del credito e sulla stabilizzazione di prezzi e retribuzioni, i due disegni iniziali del *DPA* – due proposte di contenuto analogo erano state presentate contemporaneamente, di concerto con il Presidente, al Senato ed alla Camera dei Rappresentanti dai presidenti delle Commissioni sul Sistema Bancario e Valutario il 19 luglio stesso – erano percepiti come marcatamente distorsivi delle dinamiche di mercato nonostante l'affermazione, contenuta nella *declaration of policy*⁶, della necessità di adottare le misure di volta in volta necessarie «[a]ll'interno del quadro, per quanto possibile, del sistema [...] di impresa concorrenziale». Il senatore repubblicano Robert Taft – capofila del *conservatorismo fiscale* fortemente critico nei confronti dell'interventismo economico della presidenza Truman e sostenitore, inoltre, di politiche tendenzialmente isolazioniste e quindi in contrasto con lo scopo del *DPA*⁷ – dichiarò che l'insieme di misure, se adottato, «[p]robabilmente significherebbe porre termine alla libertà economica negli Stati Uniti, forse per sempre»⁸. Benché le critiche più aspre siano state quelle di provenienza repubblicana, anche esponenti del Partito Democratico – soprattutto *Southern Democrats*, i democratici degli stati meridionali della Federazione e più marcatamente liberisti – nutrono riserve sul testo, chiaramente espresse dal senatore della Virginia Harry F. Byrd Sr. nella seduta del 31 luglio 1950: «[s]ono intrinsecamente opposto all'irreggimentazione governativa superflua che, se amministrata in maniera incompetente per un lungo periodo, può far molto per distruggere il nostro sistema di libera impresa. Ho, ad ogni modo, raggiunto la conclusione che supporterò il

⁶ *U.S. Statutes at Large, Volume 64 (1950-1951), 81st Congress, Session 2*, pp. 799 ss., consultabile in https://www.loc.gov/resource/llsal-vol.llsal_064/?sp=827&st=image.

⁷ P. WILLIAMS, *Isolationism or discerning internationalism: Robert Taft, Mike Mansfield and US troops in Europe* in *Review of International Studies*, vol. 8, n.1, Cambridge University Press, 1982, pp. 27-38, consultabile in <https://www.jstor.org/stable/20096935>.

⁸ *Congress and the Nation, 1945-1964: a Review of Government and Politics in the Postwar Years*, Congressional Quarterly Service, Washington, 2006, pp. 356-357, consultabile in https://books.google.it/books?id=MNPrsLxcM7QC&printsec=frontcover&hl=it&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

conferimento di poteri a tempo determinato al Presidente [...]. Lo faccio [...] con un emendamento [...] che dispone che poteri quali quelli conferiti al Presidente terminino il primo Luglio 1951. Presento questo emendamento perché non ritengo che poteri così vasti vadano conferiti ad un qualunque esecutivo per un lasso di tempo indeterminato senza un puntuale riesame da parte del Congresso [...] È tramite poteri così onnicomprensivi conferiti in tempo d'emergenza che le democrazie sono distrutte se i poteri si estendono oltre il periodo di effettiva emergenza»⁹; Byrd proponeva quindi di stabilire un termine di decadenza dei poteri che Truman chiedeva gli fossero assegnati, denunciando i rischi per la tenuta dell'ordinamento derivanti da un conferimento privo di limiti temporali; modificato il disegno di legge inserendo la data del 30 giugno 1952 come scadenza, nella seduta del 21 agosto Byrd presentò un emendamento¹⁰ per anticiparla al 30 giugno del 1951; la mozione di Byrd nel corso della seduta si assestò sulla data del 31 agosto 1951 per far sì che il *DPA* raggiungesse, nel caso in cui l'approvazione fosse arrivata entro agosto come inizialmente previsto, la durata di 12 mesi; l'emendamento fu respinto con 48 voti contrari a fronte di 38 favorevoli, con 10 astensioni. Significativa, a riprova della percepita criticità del *DPA*, la natura trasversale del voto: dei 38 sostenitori dell'emendamento Byrd 31 erano repubblicani e 7 – incluso Byrd – democratici; su 10 astenuti, 4 i repubblicani e 6 i democratici; tra i 48 contrari, 41 i democratici e 7 i repubblicani.

2.2. Entrata in vigore e testo definitivo del DPA.

Completati il 10 agosto i lavori della Camera dei Rappresentanti¹¹ – testo emendato approvato 383 a 12, con il voto contrario di

⁹ 96 Cong. Rec. (Bound) - Volume 96, Part 8 (July 12, 1950 to July 31, 1950), pp. 11368-11369, consultabile in <https://www.congress.gov/bound-congressional-record/1950/07/31/senate-section?p=0>.

¹⁰ 96 Cong. Rec. (Bound) - Volume 96, Part 10 (August 21, 1950 to September 6, 1950), pp. 12899 ss., consultabile in <https://www.congress.gov/bound-congressional-record/1950/08/21/senate-section?p=0>.

¹¹ 96 Cong. Rec. (Bound) - Volume 96, Part 9 (August 1, 1950 to August 18, 1950), pp. 12224 – 12225, consultabile in <https://www.congress.gov/bound-congressional-record/1950/08/10/house-section?p=0>.

11 repubblicani ed un membro dell'*ALP*¹² – ed il 21 quelli del Senato¹³ – 85 voti favorevoli e 3, di cui 2 repubblicani ed 1 democratico, contrari –, le due differenti versioni del *bill* vennero inviate ad una commissione bicamerale per l'armonizzazione delle proposte, i cui lavori terminarono il 31 agosto; il giorno seguente i due rami del Congresso approvarono il testo, strutturato in 7 titoli per un totale di 42 *sections* – articoli –, promulgato l'8 settembre dal Presidente Truman.

Il Titolo I, «*Priorities and allocations*», autorizzava innanzitutto – *ex Section 101* – il Presidente «[a] richiedere che prestazioni sorgenti da contratti od ordini d'acquisto [...] che ritenga necessarie od appropriate per promuovere la difesa nazionale abbiano la priorità su prestazioni sorgenti da qualunque altro contratto od ordine d'acquisto e, allo scopo di assicurare tale priorità, a richiedere l'accettazione ed esecuzione di tali contratti od ordini d'acquisto assegnando loro priorità sugli altri contratti od ordini d'acquisto da parte di ogni persona che ritenga capace della loro esecuzione»¹⁴ e «[a]llocare materiali e strutture in maniera, a condizioni, e nei limiti che riterrà necessari od appropriati per promuovere la difesa nazionale»; il POTUS poteva quindi, in base ad una propria valutazione, ritenere l'adempimento di un contratto da parte di un determinato soggetto necessario per garantire la sicurezza nazionale, ed ordinare a questo soggetto di adempiere il contratto in questione prima di altri non-vitali; poteva anche ritenere necessaria una certa prestazione ed ordinare ad un soggetto in possesso delle competenze necessarie la conclusione ed esecuzione di un contratto avente ad oggetto la prestazione individuata. La *Section 102* del medesimo titolo disciplinava invece le ipotesi di accaparramento: «[p]er prevenire l'accaparramento, nessuno potrà accumulare oltre le ragionevoli necessità di consumo lavorativo, personale o familiare, od allo scopo di rivendita a prezzi superiori a quelli [...] praticati nel mercato, materiali designati dal Presidente come scarseggianti»; l'elenco dei materiali in questione doveva essere pubblicato ed aggiornato su ordine del Presidente nel *Federal Register*¹⁵ e nelle

¹² L'*American Labor Party*, formazione laburista attiva dal 1936 al 1956.

¹³ *96 Cong. Rec. (Bound) - Volume 96, Part 10 (August 21, 1950 to September 6, 1950)*, p. 12910, consultabile in <https://www.congress.gov/bound-congressional-record/1950/08/21/senate-section?p=0>.

¹⁴ Si veda, anche per le citazioni successive del testo originario del *DPA*, nota 8.

¹⁵ *Gazzetta del Governo Federale*.

altre modalità ritenute adeguate; la *Section* era chiusa da una clausola di salvaguardia, che prevedeva che il suo dettato non limitasse le azioni intraprese dal Presidente sulla base della *Section* 101.

Il Titolo II, «Authority to requisition», composto dalla sola *Section* 201, indicava le modalità di requisizione di certe categorie di beni: «[o]gniqualvolta il Presidente determini che l'utilizzo di un qualunque equipaggiamento [...] o di materiali o stabilimenti necessari per la produzione, manutenzione od utilizzo di tale equipaggiamento [...] è necessario alla difesa nazionale, che tale necessità sia immediata ed attuale e tale da non ammettere ritardi o ricorso ad una qualunque altra fonte e che siano state esaurite tutte le altre vie d'ottenimento a termini giusti e ragionevoli dell'uso di tale proprietà per la difesa degli Stati Uniti – come applicando il principio di sussidiarietà proprio dell'esperienza giuridica italiana –, Egli è autorizzato a requisire tale proprietà [...] per la difesa degli Stati Uniti al pagamento di una giusta compensazione per la proprietà od il suo utilizzo»; questo ammontare doveva essere definito dal Presidente contestualmente alla requisizione e secondo le disposizioni del Quinto Emendamento della Costituzione¹⁶; il privato aveva la possibilità di contestare la scelta dell'importo: in tal caso il 75% dell'ammontare proposto dal Presidente sarebbe stato comunque versato, rinviando alla decisione della *Court of Claims*¹⁷ o di una Corte Distrettuale l'individuazione dell'ammontare che, sommato alla quota già consegnata, avrebbe costituito giusta compensazione. La *Section* definiva procedure differenti per la restituzione di beni immobili e mobili: nel caso degli immobili, qualora il Presidente avesse determinato che la proprietà non era più necessaria alla difesa degli Stati Uniti, il privato avrebbe avuto la possibilità di riacquistarla al suo *fair value*, e nell'eventualità di dissenso sull'importo sarebbe stata costituita una commissione di 3 periti – di cui 1 nominato dal Presidente, 1 dal privato ed 1 dagli altri due commissari – per quantificare il *fair value*; dei beni mobili il Presidente poteva disporre, venuta meno la loro necessità per la difesa

¹⁶ «[n]é la proprietà privata sarà destinata ad uso pubblico, senza un giusto indennizzo».

¹⁷ Una corte federale competente per i ricorsi contro il Governo degli Stati Uniti, sciolta nel 1982 e sostituita dalla *United States Claims Court*, rinominata nel 1992 *Court of Federal Claims*, e dalla *United States Court of Appeals for the Federal Circuit*.

nazionale, «ai termini ed alle condizioni che ritenga appropriati», anche se era tenuto «nella misura del possibile e praticabile» a permettere il ri-acquisto od al loro *fair value* da lui stesso determinato oppure, in certi casi, al prezzo più alto che qualunque altro soggetto sarebbe stato disposto a pagare per il bene.

Il Titolo III, «*Expansion of productive capacity and supply*», offriva all'esecutivo una serie di strumenti per favorire lo sforzo industriale rilevante per la difesa nazionale. La *Section 301* permetteva al Presidente di autorizzare una serie di organi del governo federale – come i Dipartimenti di Marina, Aeronautica ed Esercito –, definiti *guaranteeing agencies*, a prestare garanzie di varia forma ai rapporti di finanziamento instaurati da un'istituzione bancaria con un soggetto la cui solvibilità era necessaria per l'esecuzione di commesse governative. La *Section 302* attribuiva al Presidente la facoltà di disporre l'erogazione di prestiti, quote di prestiti o garanzie su prestiti già forniti, nel caso in cui non fosse altrimenti disponibile assistenza finanziaria a termini ragionevoli, ad imprese private «per favorire l'espansione della capacità produttiva, lo sviluppo di processi tecnologici, o la produzione di materiali essenziali, inclusa la prospezione, lo sviluppo e l'estrazione di metalli e minerali strategici e critici» allo scopo di «[f]acilitare la produzione e consegna od erogazione di servizi per contribuire all'esecuzione di contratti governativi per la fornitura di materiali o l'erogazione di servizi per la difesa nazionale». In base alla *Section 303* il Presidente poteva deliberare, per raggiungere gli obiettivi del *DPA*, l'acquisto o la promessa di acquisto di una pluralità di categorie di beni, tra cui carburante e metalli; la possibilità di acquisto e successiva rivendita di prodotti agricoli era invece limitata ai soli casi di destinazione ad uso industriale o stoccaggio, ed a prezzi ancorati a quelli di mercato od a quelli stabiliti dalle autorità competenti¹⁸.

Dall'analisi della disciplina di stabilizzazione di prezzi e salari del Titolo IV emerge con particolare nettezza la ricerca di un punto d'equilibrio tra la necessità dell'intervento pubblico per porre rimedio all'incremento del costo della vita che tra la primavera e l'estate del 1950 aveva colpito gli Stati Uniti e l'esigenza, espressa nella prima *Section* del Titolo, che l'autorità conferita al Presidente dalle

¹⁸ Si tratta della *Commodity Credit Corporation*, una società a partecipazione totalitaria governativa deputata al controllo ed efficientamento della produzione e del mercato agricolo.

disposizioni successive «[v]enga esercitata [...] con piena considerazione del, ed enfasi sul, per quanto possibile, mantenimento e la promozione del sistema americano di impresa concorrenziale [...] ed il mantenimento e la promozione dello stile di vita americano». Se infatti la *Section 401* si limitava ad esprimere gli scopi – tra i molti, «prevenire l'inflazione e preservare il valore della moneta nazionale; [...] stabilizzare il costo della vita [...] ed i costi di produzione» della normativa, la *Section 402* lett. *b*), n. 1), nell'attribuire al Presidente il potere di stabilire «massimali su affitti, prezzi, commissioni, margini, tassi, quote, addebiti od indennità» di ogni tipo e di stabilizzare «stipendi, salari ed altre forme di retribuzione» chiariva che questa autorità poteva essere esercitata solo in via sussidiaria, nel caso in cui iniziative volontarie delle parti sociali promosse dal Presidente non avessero permesso di raggiungere quegli obiettivi; era prescritta inoltre l'applicazione solo generale, e non riferita a singoli prodotti o produttori, per limitare la distorsione della competizione, degli eventuali massimali, anche se in caso di aumento elevato e fortemente destabilizzante del prezzo di un singolo bene o servizio rispetto al periodo-parametro 24 maggio – 24 giugno 1950 misure più specifiche restavano, alle condizioni indicate dalla lett. *b*), n. 2), possibili; Anche l'indicazione dei massimali da parte del POTUS non era arbitraria: le lett. *c*) e *d*) ponevano una serie di limiti – ad esempio la necessità di considerare come riferimento, per formulare gli importi imposti, altri in quel momento praticati, assimilabili a quelli oggetto del provvedimento e rappresentativi di quelli vigenti nella cornice temporale maggio-giugno già citata – all'azione dell'esecutivo. Il novero delle opzioni era ulteriormente circoscritto dalle lettere successive – l'autorità conferita dal titolo non poteva essere esercitata rispetto ai mercati immobiliare, della stampa e dell'informazione, assicurativo ed altri in base alla lett. *e*); non poteva obbligare a variare pratiche commerciali e di distribuzione a meno che non fosse strettamente necessario *ex* lett. *g*) –. Le *Sections* dalla 407 alla 409 definivano infine le vie di ricorso a disposizione di imprese e consumatori sia nei confronti dell'Esecutivo che di altri soggetti privati.

Il Titolo V, «*Settlement of labor disputes*», era articolato in 3 concise *Sections*; la n. 501 affermava la necessità, ai fini del raggiungimento degli obiettivi stabiliti dal Titolo IV e per garantire la continuità della produzione industriale, «[c]he vi siano procedure efficaci

per la risoluzione delle vertenze sindacali che producono effetti sulla difesa nazionale»; queste procedure erano individuate dalla *Section 502*, che prevedeva venisse accordata la priorità a «[n]egoiazione e contrattazione collettiva ed il pieno impiego di moduli di mediazione e conciliazione per realizzare un accordo nell'interesse nazionale», da avviare su iniziativa del Presidente con la partecipazione di parti sociali e rappresentanti del Governo; le misure concordate in queste conferenze, necessariamente rispettose della normativa in materia di tutela dei lavoratori in base alla *Section 503*, potevano essere adottate infine dal POTUS stesso.

Alla regolazione del credito immobiliare ed al consumo – i controlli su quest'ultima tipologia di credito erano riservati al Consiglio Direttivo del *Federal Reserve System*¹⁹ – era dedicato il *Title VI* del *DPA*; il Presidente era autorizzato «a prescrivere regolazioni rispetto alla categoria od alle categorie di credito immobiliare che da quel momento venga erogato, nella misura in cui secondo il suo giudizio sia necessario regolarle per prevenire o ridurre l'eccessivo od intempestivo ricorso a, o fluttuazioni del valore del, credito in questione». Tale regolazione poteva assumere varie forme, elencate nella *Section 602*, tra cui la previsione di «termini di scadenza massimi» ed «importi massimi del credito».

L'ultimo Titolo del *DPA* conteneva le disposizioni generali applicabili alla totalità del dettato, e pertanto è in questa parte del testo che sono localizzate alcune norme estremamente rilevanti sul piano dell'operatività dell'Atto nei decenni successivi alla sua entrata in vigore. La disposizione la cui modifica ha permesso lo sviluppo della versatilità del *DPA* ed il suo conseguente “successo” è la *Section 702* che definiva, inizialmente circoscrivendola alla sola dimensione militare *stricto sensu*, la *National Defense* la necessità della cui tutela era stata la *causa prima* della richiesta del Presidente Truman al Congresso ed era il parametro d'applicabilità del disposto. La *Section 703* autorizzava il Presidente a delegare i poteri e le autorità a lui assegnati dal *DPA* ad ufficiali ed agenzie, comprese le agenzie che avesse deliberato d'istituire *ex novo*: il conferimento di queste deleghe, lungi dall'essere un fenomeno residuale, ha invece contraddistinto gli *executive orders* adottati nel tempo dagli esecutivi per fronteggiare una

¹⁹ La banca centrale statunitense.

pluralità di crisi, tra cui il diffondersi del Covid-19: molti dei poteri invocati dalle presidenze Trump e Biden nella risposta all'epidemia, come si vedrà, sono stati esercitati attraverso deleghe. Le azioni poste in essere in forza del *DPA*, in base alla *Section 709*, non erano soggette alla disciplina dell'*Administrative Procedure Act*, fatta eccezione per la sua *Section 3* che delineava gli obblighi di pubblicazione di una pluralità d'informazioni gravanti sulle pubbliche amministrazioni compresi i soggetti agenti sulla base del *DPA*; bisogna infine, per aprire al tema dell'evoluzione del *DPA*, fare riferimento alla *Section 716* che chiude il testo, ed in particolare ai termini temporali d'estinzione dei poteri che conferisce: i Titoli I, II, III, VII avrebbero dovuto cessare la produzione dei loro effetti il 30 giugno 1952, mentre i Titoli IV, V, VI esattamente un anno prima; una norma concepita per durare al più due anni è stata invece, di rinnovo in rinnovo, al netto delle modifiche, uno dei principali strumenti di risoluzione di crisi nelle mani dei Presidenti degli Stati Uniti per più di 70 anni.

3. L'evoluzione del Defense Production Act.

Gli ultimi anni del mandato di Truman furono quelli in cui il *DPA* conobbe l'evoluzione più rapida. L'esecutivo propose nel 1951 di ampliare i poteri concessi dalla norma – in particolare i mezzi di contrasto all'inflazione, estendendo ai beni di consumo ed agli affitti a scopo commerciale il controllo sulla speculazione, e le autorità concesse dal Titolo III introducendo quella di avvio di impianti di produzione di materiali ed equipaggiamento –, e di fronte alle resistenze del Congresso il Presidente accettò di promulgare gli emendamenti restrittivi presentati dall'organo legislativo «con riluttanza» e solo perché «[p]oteri necessari per perseguire il programma della Difesa sarebbero altrimenti scaduti»²⁰; i termini d'estinzione dei vari titoli stabiliti dalla *Section 716* furono infatti rinviati, rendendoli omogenei, al 30 giugno del 1952²¹, e l'apposizione del veto sugli emendamenti avrebbe comportato la mancata entrata in vigore della proroga.

²⁰ “*Defense Production Act Amendments of 1951.*”, *Monthly Labor Review*, vol. 73, no. 3, 1951, pp. 299–301.

²¹ Public Law 82-96, in *U.S. Statutes at Large, Volume 65 (1951), 82nd Congress, Session 1*, pp. 131 ss., in <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-65/pdf/STATUTE-65-Pg131-2.pdf#page=1>.

Anche in sede di redazione delle modifiche del 1952²² il Congresso optò per una contrazione dei poteri del POTUS definiti dai Titoli IV, V e VI; Truman dichiarò il primo luglio: «[q]uesta legge offre al popolo americano solo una protezione molto limitata dai pericoli dell'inflazione. Se il Congresso garantisse fondi sufficienti per l'adeguato impiego di questa legge, e se non avvenissero un improvviso peggioramento della crisi internazionale ed acquisto da panico, potremmo essere fortunati abbastanza da sopravvivere ai prossimi 10 mesi senza seri danni alla nostra economia»²³, ma promulgò comunque il disegno d'intervento sul *DPA* per la medesima ragione dell'anno precedente: il termine d'estinzione dei Titoli IV e V sarebbe stato posticipato al 30 aprile 1953, e quello delle restanti parti della norma al 30 giugno 1953. Giunto il 1953 i Titoli II, IV, V e VI non furono ulteriormente rinnovati²⁴, ed il *DPA* assunse la divisione in 3 titoli che ancora oggi conserva; nonostante il venir meno delle disposizioni relative al controllo dell'inflazione il *DPA* restò di pertinenza delle Commissioni sul Sistema Bancario e Valutario di Senato e Camera dei Rappresentanti ribattezzate, rispettivamente nel 1970 e nel 1968, *Commissione sul Sistema Bancario, l'Alloggio e gli Affari Urbani* e *Commissione sui Servizi Finanziari*.

Come anticipato in apertura, alla cessazione degli effetti dei titoli II, IV, V e VI è seguita l'estensione della definizione di *National Defense* contenuta nella *Section 702*; se la formulazione originaria la qualificava come «[l]e operazioni ed attività delle Forze Armate, della Commissione per l'Energia Atomica, o di qualunque altro dipartimento od agenzia del Governo direttamente od indirettamente e sostanzialmente interessato dalla Difesa Nazionale, o le operazioni ed attività connesse al *Mutual Defense Assistance Act of 1949*, così come modificato», la versione attualmente in vigore ha carattere evidentemente più vasto: *National Defense* è, in base al n. 14) dell'elenco di

²² Public Law 82-429, in *U.S. Statutes at Large, Volume 66 (1952)*, 82nd Congress, Session 2, pp. 296 ss., in <https://www.govinfo.gov/app/details/STATUTE-66/context>.

²³ *Public Papers of the Presidents of the United States: Harry S. Truman (1952-1953)*, US Government Printing Office, Washington, 1966, p. 453, consultabile in <https://www.govinfo.gov/app/details/PPP-1952-book1>.

²⁴ Public Law 83-95, in *U.S. Statutes at Large, Volume 67 (1953-1954)*, 83rd Congress, Session 1, pp. 129 ss., in <https://www.congress.gov/bill/83rd-congress/senate-bill/1081/text/pl?overview=closed>.

definizioni dell'articolo, l'insieme di «programmi per la produzione o costruzione militare od energetica, l'assistenza militare o per infrastrutture critiche a qualunque nazione straniera, la sicurezza nazionale, l'accumulo di scorte, lo spazio, e qualunque attività collegata. Questo termine include le attività di preparazione alle emergenze condotte in base al Titolo VI del *Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act* e la protezione e ristoro di infrastrutture critiche»; l'ampliamento del disposto è stato continuo: nel 1953 venne inserita²⁵ l'assistenza militare, poi dal 2009²⁶ anche infrastrutturale, ad altri stati, nel 1970²⁷ lo spazio, nel 1994²⁸ lo *Stafford Act*²⁹, nel 2003 le infrastrutture critiche³⁰. Anche le modifiche di altre parti del *DPA* hanno concorso ad estendere il suo campo d'applicazione: la più rilevante, l'addizione alla sezione *Findings* della *Declaration of Policy* dell'indicazione di aumentare, per sostenere la base industriale, la produzione domestica d'energia tramite il ricorso a fonti rinnovabili, tecnologie di stoccaggio e distribuzione più efficienti, e misure di risparmio energetico.

Delineata ormai l'evoluzione del *DPA*, è possibile analizzare il ruolo che la norma ha svolto nella programmazione delle risposte delle presidenze Trump e Biden alla catena di crisi che ha caratterizzato la storia recente degli *USA* e del mondo.

²⁵ Public Law 83-95 in *United States Statutes at Large, Volume 67, 83rd Congress, 1st Session*.

²⁶ Public Law 111-67 in *United States Statutes at Large, Volume 123, 111th Congress, 1st Session*.

²⁷ Public Law 91-379 in *United States Statutes at Large, Volume 84, 91st Congress, 2nd Session*.

²⁸ Public Law 103-337 in *United States Statutes at Large, Volume 108, 103rd Congress, 2nd Session*.

²⁹ Che delinea i mezzi di risposta a disastri naturali e non.

³⁰ Public Law 108-195 in *United States Statutes at Large, Volume 117, 108th Congress, 1st Session*.

Per il ruolo del *DPA* in materia d'infrastrutture si rinvia al rapporto finale del 2009 del *National Infrastructure Advisory Council* sul *Framework for dealing with Disasters and related Interdependencies*, disponibile in <https://www.cisa.gov/sites/default/files/publications/niac-framework-dealing-disasters-final-report-07-14-09-508.pdf>.

4. Il DPA nelle presidenze Trump e Biden.

Gli esecutivi che si sono succeduti tra il 1953 ed il 2016 hanno fatto ricorso in misura differente alle varie *authorities* conferite dal *DPA*. Il sistema di allocazioni del Titolo I, ad esempio, è stato invocato solo 2 volte tramite la *Civil Reserve Air Fleet*, un programma del Dipartimento dei Trasporti in base al quale vettori aerei privati mettono i propri velivoli a disposizione del Dipartimento della Difesa in caso di emergenza relativa alla difesa nazionale.³¹ Impiegata invece «continuativamente ed estensivamente» l'autorità di prioritizzazione: il solo Dipartimento della Difesa stima di emettere circa 300.000 ordini di differenti gradi di priorità, che appone come clausola standard a virtualmente tutti i contratti che conclude³². Anche agli strumenti di rafforzamento della capacità industriale *ex Title III* sono state dedicate ingenti risorse: gli stanziamenti tra gli anni fiscali 2010 e 2018 hanno raggiunto la cifra di circa 898.4 milioni di dollari, cui bisogna sommare i 135 milioni versati tra 2014 e 2016 dal Dipartimento dell'Energia al fondo del *DPA*; i progetti finanziati sono stati e sono tuttora estremamente eterogenei, oscillando tra il supporto diretto a singole filiere e l'attenzione all'ambito *R&D*.

Queste forme d'impiego del *DPA*, visto il loro esercizio in base a deleghe³³ ai vari dipartimenti risalenti nel tempo ed all'elevata tecnicità che le contraddistingue – che necessariamente riduce il tasso di politicità della decisione –, godono di un sostanziale consenso *bipartisan*; il dibattito sull'opportunità d'incrementare o contenere il budget del Dipartimento della Difesa o sul controllo dell'inflazione, due costanti del confronto tra i partiti repubblicano e democratico, non ha investito se non indirettamente la frequenza e le proporzioni dell'uso delle *authorities* del *DPA*; a partire dal 2020 la natura

³¹ L'ultimo ricorso alla *CRAF* risale però all'evacuazione di statunitensi ed altri aventi diritto dall'Afghanistan durante l'offensiva talebana del 2021; si veda in proposito il comunicato Stampa del 22/08/2021 del Dipartimento della Difesa, in <https://www.defense.gov/News/Releases/Release/Article/2741564/departments-of-defense-activates-civil-reserve-air-fleet-to-assist-with-afghanis/>.

³² *The Defense Production Act Committee Report to Congress* del 2014, p. 5, in https://www.fema.gov/sites/default/files/2020-06/fema-dpac-report-to-congress_2015.pdf; del 2020, p. 10, in https://www.fema.gov/sites/default/files/documents/fema_DPAC-report-Defense-production-act-committee_2020.pdf.

³³ Il cui assetto attuale è in massima parte determinato dall'*EO* 13603.

emergenziale delle circostanze che hanno spinto prima il Presidente Trump, poi il Presidente Biden, ad adottare *Executive Orders* e *Memoranda*³⁴ invocando la norma del 1950 li ha esposti, stante l'impatto delle misure su mercato e popolazione, a maggiori obiezioni; a seguito della proclamazione, avvenuta il 13 marzo 2020, dell'emergenza nazionale³⁵ per il diffondersi del SARS-CoV-2 Trump ha conferito in successione – si elencano solo gli interventi più rilevanti –: il 18 marzo, con l'Ordine Esecutivo 13909³⁶, al Segretario della Salute e dei Servizi Umani l'autorità in base alla *Section 101* dell'atto di determinare, previa consultazione col Segretario del Commercio ed i vertici di altri organi, «[l]e opportune priorità ed allocazioni a livello nazionale di tutte le risorse mediche e sanitarie [...] per rispondere alla diffusione del COVID-19 negli Stati Uniti»; il 23 marzo al medesimo Dipartimento – Ordine Esecutivo 13910³⁷ – «[l]'autorità del Presidente conferita dalla *Section 102* dell'Atto di prevenire l'accaparramento di risorse sanitarie e mediche necessarie per rispondere alla diffusione del COVID-19 negli Stati Uniti»; il 27 marzo – Ordine Esecutivo 13911³⁸ – l'autorità di adottare le misure delineate dal *Title III* per «[c]reare, mantenere, proteggere, espandere, ripristinare le capacità della base industriale domestica» di produrre i materiali oggetto delle precedenti disposizioni ai Segretari di Salute e Servizi Umani e della Sicurezza Interna, sentito quello della Difesa. Nell'arco di nove giorni, per rimediare alla penuria di respiratori, strumenti di protezione personale e farmaci, ed al conseguente stress di un apparato

³⁴ Atti del Presidente con la medesima forza cogente degli Executive Orders ma non soggetti ad obbligo di pubblicazione nel Federal Register, nei quali non è necessario indicare la fonte normativa dell'autorità che viene esercitata e per i quali l'Ufficio per la Gestione ed il Bilancio dell'esecutivo non deve necessariamente rilasciare un comunicato sull'impatto sul bilancio.

³⁵ Testo completo consultabile in <https://www.federalregister.gov/documents/2020/03/18/2020-05794/declaring-a-national-emergency-concerning-the-novel-coronavirus-disease-covid-19-outbreak>.

³⁶ Consultabile in <https://www.federalregister.gov/documents/2020/03/23/2020-06161/prioritizing-and-allocating-health-and-medical-resources-to-respond-to-the-spread-of-covid-19>.

³⁷ Consultabile in <https://www.federalregister.gov/documents/2020/03/26/2020-06478/preventing-hoarding-of-health-and-medical-resources-to-respond-to-the-spread-of-covid-19>.

³⁸ Consultabile in <https://www.federalregister.gov/documents/2020/04/01/2020-06969/delegating-additional-authority-under-the-defense-production-act-with-respect-to-health-and-medical>.

industriale chiamato improvvisamente a moltiplicare la produzione di questi beni, l'amministrazione ha fatto ricorso alla totalità dei principali strumenti garantiti dal *DPA*, e ciò in virtù delle modifiche che la norma ha subito negli anni: la formulazione originaria, si ricorderà, limitava il campo d'applicazione del *DPA* alla sola Difesa Nazionale *stricto sensu*. A queste azioni è seguita l'emissione di *Memoranda* maggiormente circoscritti: il primo autorizzava il Segretario della Salute e dei Servizi Umani ad ordinare alla *General Motors Company* di concludere, prioritizzare rispetto ad altri ed eseguire contratti di fornitura di ventilatori polmonari; di carattere analogo un *Memorandum* del 2 aprile destinato ad un gruppo di 6 società; un secondo atto prodotto il 2 aprile, destinato alla 3M Company, le richiedeva di produrre dei respiratori; quest'ultimo esercizio dell'autorità garantita dal *DPA* è stato l'esito di un attrito tra la Presidenza e la società in questione: l'amministrazione Trump è stata sin dall'inizio della pandemia scettica³⁹ sull'opportunità di fare ricorso alle invasive, per le imprese – che hanno sostenuto, sottolineando la scarsa preparazione al ricorso al *DPA* del personale di molti dipartimenti ed agenzie⁴⁰, le misure fossero non necessarie od addirittura dannose –, *authorities* del *DPA*, che è stato quindi utilizzato come spauracchio per spingere i produttori alla *compliance*⁴¹; avendo la 3M insistito sull'impossibilità di aumentare la produzione o reindirizzare la distribuzione dei dispositivi nelle modalità proposte dall'esecutivo, si optò per l'adozione del *Memorandum* accompagnata dalle ulteriori rimostranze della 3M⁴² e dell'Amministrazione⁴³. Secondo le critiche di provenienza democratica il ricorso al *DPA* era stato invece tardivo ed insufficiente, visto che si era scartata l'ipotesi di creare un'agenzia *ad hoc* che facesse da centro di coordinamento dello sforzo industriale complessivo del

³⁹ <https://www.politico.com/news/2020/04/02/white-house-general-motors-defense-production-act-161833>.

⁴⁰ Si rinvia al rapporto dell'Ufficio per l'*Accountability* del Governo in <https://www.gao.gov/assets/gao-22-105380.pdf>.

⁴¹ *Despite Claims, Trump Rarely Uses Wartime Law in Battle Against Covid*, in <https://www.nytimes.com/2020/09/22/health/Covid-Trump-Defense-Production-Act.html>.

⁴² <https://www.cnn.com/2020/04/03/coronavirus-3m-tells-trump-halting-exports-would-reduce-number-of-masks.html>.

⁴³ *Trump bans export of coronavirus protection gear, says he's not happy with 3M*, in <https://www.cnn.com/2020/04/03/coronavirus-trump-to-ban-export-of-protective-gear-after-slamming-3m.html>.

paese per indirizzarlo alla produzione dei beni necessari al contrasto alla pandemia⁴⁴. La risposta complessiva della Presidenza Trump alla pandemia resta difficile da delineare in maniera completa per quanto riguarda l'impiego del *DPA*, vista la frammentazione del sistema di deleghe che lo caratterizza; il Centro di Ricerca del Congresso sulla base di proprie elaborazioni definisce lo schema d'implementazione dell'Atto «[s]poradico e relativamente ristretto», aggiungendo che benché il volume complessivo di azioni del *DPA* sia aumentato non vi sono stati, dal 14 aprile sino ad almeno fine luglio, nuovi ordini di prioritizzazione *ex Title I* di articoli medico-sanitari, e che anche i fondi destinati alle operazioni *ex Title III* siano stati in massima parte riservati all'industria della difesa⁴⁵.

Più intenso il ricorso al *DPA* da parte della Presidenza Biden: il 20 gennaio 2021, giorno dell'insediamento, Biden ha promulgato l'Ordine Esecutivo 13987⁴⁶ seguito l'indomani dal n. 14001⁴⁷; il primo, assegnando alla figura del Coordinatore della Risposta al COVID-19 l'autorità di razionalizzare lo sforzo di produzione e distribuzione di prodotti medico-sanitari, è stato la fonte delle successive apposizioni di priorità che hanno permesso alle imprese farmaceutiche impegnate nella produzione dei vaccini di incrementare la produzione, fornendo loro la componentistica necessaria⁴⁸; il secondo conferiva invece a Segretario della Difesa, Segretario della Salute ed altre amministrazioni competenti il compito di definire l'idoneità, alla luce dei costi dei materiali medici, dell'entità delle loro scorte e della

⁴⁴ *Trump administration's delayed use of 1950s law leads to critical supplies shortages*, in <https://edition.cnn.com/2020/07/13/politics/delayed-use-defense-production-act-ppe-shortages/index.html>. Vedi anche *Despite Claims, Trump Rarely Uses Wartime Law in Battle Against Covid*, in <https://www.nytimes.com/2020/09/22/health/Covid-Trump-Defense-Production-Act.html>. Vedi anche *Days after ventilator DPA order, White House has done little to push GM*, in <https://www.politico.com/news/2020/04/02/white-house-general-motors-defense-production-act-161833>.

⁴⁵ <https://crsreports.congress.gov/product/details?prodcode=IN11470>.

⁴⁶ Consultabile in <https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/25/2021-01759/organizing-and-mobilizing-the-united-states-government-to-provide-a-unified-and-effective-response>.

⁴⁷ Consultabile in <https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/26/2021-01865/a-sustainable-public-health-supply-chain>.

⁴⁸ *Biden administration to use Defense Production Act for Pfizer supplies, at-home tests and masks* in <https://edition.cnn.com/2021/02/05/politics/defense-production-act-pfizer-masks/index.html>.

capacità di produrli, degli Stati Uniti ad affrontare l'epidemia. A queste azioni ne è seguita un'altra significativa: l'*Executive Order* 14017⁴⁹ rilevata la necessità di catene di approvvigionamento diversificate e sicure per garantire «[l]a prosperità economica e la sicurezza nazionale», assegnava ad alcuni organi ausiliari dell'esecutivo⁵⁰ il ruolo di coordinatori di una «[v]alutazione a 100 giorni della catena di approvvigionamento»⁵¹; esito di questo processo un rapporto di 250 pagine che raccomandava al Presidente il ricorso al *DPA* non solo per rendere solide le forniture medico-farmaceutiche, ma anche per limitare la fragilità delle filiere di semi-conduttori, batterie ad alta capacità e terre rare, ovvero materiali e lavorati fondamentali sia per l'economia statunitense in generale che – data l'importanza della componentistica elettronica nella produzione di pannelli solari e turbine eoliche – per la transizione verde che del programma di Biden era stato uno dei perni durante la campagna elettorale del 2020. Nel corso del mandato il Presidente Biden ha spesso fatto ricorso al *DPA* col duplice obiettivo di diminuire l'impatto ambientale della produzione energetica ed industriale statunitense e di rendere la nazione maggiormente resistente alle oscillazioni di prezzo dei combustibili fossili causate dal conflitto russo-ucraino⁵², incontrando però le critiche di quanti hanno ritenuto l'interpretazione data della già estesa nozione di *National Defense*, la tutela della quale è obiettivo delle misure, «spinta oltre il punto dell'incredulità»⁵³: non sarebbe, si obietta, ascrivibile alla Difesa Nazionale la sicurezza energetica – che la *Section 702* effettivamente non cita in maniera esplicita – e non sarebbe possibile ottenere l'autosufficienza energetica incentivando il passaggio a modalità di produzione di energia e beni fortemente dipendenti

⁴⁹ Consultabile in <https://www.federalregister.gov/documents/2021/03/01/2021-04280/americas-supply-chains>.

⁵⁰ L'assistente del Presidente per gli Affari della Sicurezza Nazionale e l'Assistente del Presidente per la Politica Economica.

⁵¹ Consultabile in <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/100-day-supply-chain-review-report.pdf>.

⁵² Dichiarazione della sala stampa della Casa Bianca in materia consultabile in <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/06/06/fact-sheet-president-biden-takes-bold-executive-action-to-spur-domestic-clean-energy-manufacturing/>.

⁵³ *Biden Abuses Executive Authority to Pursue His Environmental Agenda*, in <https://www.heritage.org/renewable-energy/commentary/biden-abuses-executive-authority-pursue-his-environmental-agenda>.

dall'importazione di materiali e componenti dalla Repubblica Popolare Cinese⁵⁴; la scelta di ricorrere al *DPA* è stata evidentemente dettata anche dalla debolezza che ha contraddistinto la maggioranza congressuale democratica almeno sino alle elezioni di medio-termine: l'iniziale, ambizioso programma democratico in materia di clima, energia ed ambiente, racchiuso nel *Build Back Better Bill*, fu ridimensionato e poi bocciato per via della posizione ostile del senatore democratico Joe Manchin – il cui voto in un Senato diviso a metà era irrinunciabile –, per poi essere recuperato ed ulteriormente indebolito pur di ottenere l'approvazione del Congresso col nome di *Inflation Reduction Act*; l'ampiezza della nozione di *National Defense* del *DPA* si è quindi prestata al collegarvi anche materie che non necessariamente le sono pienamente riconducibili per rispondere ad una necessità politica dell'esecutivo.

5. Conclusioni.

Dall'emendamento Byrd alle critiche all'impiego del *DPA* durante la Pandemia, il dibattito sull'opportunità del ricorso alla norma si iscrive nel più vasto dibattito sull'opportunità dell'intervento statale nel mercato.

Propria dell'utilizzo del *DPA* negli ultimi due anni è stata infatti l'idea che lo Stato sia il soggetto più adatto ad individuare, coordinare e promuovere le filiere ed attività economiche più capaci di garantire la tutela, nel vasto perimetro della nozione di *National Defense*, di una serie di interessi di portata eminentemente collettiva come la salute pubblica o l'approvvigionamento energetico e quindi la transizione ecologica; visione, questa, alla base anche delle proposte di definizione negli USA ed a livello globale⁵⁵ di un *Green New Deal* in cui lo Stato non rimedi solo ai fallimenti del mercato ma sia piuttosto

⁵⁴ *Biden increasingly relies on DPA, drawing GOP scorn*, in <https://thehill.com/homenews/administration/3515197-biden-increasingly-relies-on-dpa-drawing-gop-scorn/>. Vedi anche nota 58

⁵⁵ Sul *Green Deal* europeo si faccia riferimento al fascicolo monografico n.1/2021 della *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, ed in particolare all'editoriale di A. MOLITERNI, pp. 4 ss.; Per un'analisi di più ampio respiro del ruolo dei pubblici poteri rispetto al mercato nell'ottica della transizione ecologica si rinvia all'articolo del medesimo autore pubblicato sulla *Rivista di Diritti Comparati*, fasc. 2, 2022.

«l'innovatore» che con un *mission oriented approach* riesce ad indirizzare gli sforzi degli apparati produttivi verso finalità collettive che un mercato portato alla socializzazione dei rischi ed alla privatizzazione dei guadagni non potrebbe perseguire autonomamente⁵⁶; a questa proposta si oppone la tesi dell'auto-sufficienza del mercato, che se sottoposto a regimi di *over-regulation*, quali ad esempio sono stati percepiti i sistemi di prioritizzazione del *DPA* durante l'epidemia di COVID-19, più difficilmente potrebbe svolgere il proprio ruolo di motore di sviluppo produttivo e tecnologico.⁵⁷

È per queste ragioni che lo studio del *DPA* può diventare, pur in assenza di norme analoghe nel nostro ordinamento, importante nell'elaborazione di strumenti e strategie rispondenti ad una delle due configurazioni del rapporto tra Stato-mercato citate od a sue forme ancora inedite per rimediare a questa *sindemia*⁵⁸ ed a tutte quelle che potranno seguire.

⁵⁶ M. MAZZUCATO, *Lo Stato Innovatore*, Laterza, 2014; ID., *Financing the Green New Deal*, in *Nature Sustainability* 5, 93–94 (2022) in <https://doi.org/10.1038/s41893-021-00828-x>.

⁵⁷ A. MINGARDI, *A Critique of Mazzucato's Entrepreneurial State*, in *Cato Journal*, vol. 35 No 3, Fall 2015, in <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2015/9/cj-v35n3-7.pdf>.

⁵⁸ R. HORTON, *Offline: COVID-19 is not a pandemic* in *The Lancet*, Volume 396, Sep 26, 2020; sul rapporto tra sindemia e *Green Deal* Europeo si veda L. BECCHETTI ET AL., *European Green Deal as social vaccine to overcome COVID-19 health & economic crisis* in *The Lancet*, vol. 2 feb 02, 2021.

ANDREA SCHIOPPA*

IL DIRITTO DEI CONSUMATORI
TRA REGNO UNITO ED UNIONE EUROPEA:
DAL CONTRATTO DI *COMMON LAW* ALLA *BREXIT*

This article aims to foresee the main changes of British consumer law after the so-called Brexit, keeping into account the typical idea of contract in the common law system of the United Kingdom. In the introduction of this paper, I pointed out the main issues of consumer law and the development of this field of law, from the beginning of the “consumerism” till the last enactment of the European Union. At the end of this essay, I also describe which could be the new consumer law culture in the new United (uneuropean) Kingdom.

SOMMARIO: 1. L'interesse del consumatore, tra tutela e parità – 2. L'autonomia privata e i suoi limiti nel *common law*: il caso del contratto di società – 2.1. Nel mercato unico europeo – 2.2. Nel contratto di *common law* – 3. Il diritto dei consumatori britannico tra ieri e domani – 4. Conclusioni.

1. *L'interesse del consumatore, tra tutela e parità.*

Il diritto dei consumatori deriva direttamente dal momento d'incontro tra il produttore e l'utente finale del bene scambiato al fine di soddisfare un bisogno di quest'ultimo. L'esigenza di questo insieme di regole nasce dalla necessità di trovare il migliore equilibrio tra economia e diritti, tra attività economica e condizione della persona¹.

Il consumatore è un soggetto per il quale si è sviluppato solo nei tempi più prossimi alla fine del XX secolo² una dignità di *subjectus* più che *objectus* di diritto, inteso cioè non come strumento finale,

* Dottore in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Gianluca Scarchillo, docente di Sistemi giuridici comparati presso Sapienza Università di Roma.

¹ S. RODOTÀ, *Solidarietà – un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 71.

² Si parla degli anni '70 come momento d'inizio del movimento consumeristico in G. SCARCHILLO, *Il commerce équitable in Belgio e Francia*, in *Il commercio equo e solidale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 108.

manovrabile e veicolabile da parte degli altri operatori del mercato³ ma come soggetto attivo dell'economia e di ogni fase delle contrattazioni che essa rende possibili⁴.

Difatti, si sono formate in tempi recenti (dalla seconda metà del secolo scorso) quelle regole che prestano attenzione al soggetto consumatore, come parte debole di un rapporto di diritto privato che va perciò salvaguardata con il riconoscimento di un interesse meritevole di tutela all'interno degli ordinamenti⁵.

Sono sovente chiamate le «parti deboli» del rapporto di diritto privato quelle che, avendo un minore potere contrattuale, rischiano di subire la forza dell'altra parte. Esempi di questa tendenza, in vari settori del diritto privato, se ne possono citare diversi: si può, infatti, rinviare al testo degli articoli dal 1469 *bis* al 1469 *sexies* cod. civ. nella loro disciplina precedente, in attuazione della Direttiva 93/13/CE, prima della modifica *ex art.* 142, d.lgs. n. 206/2005, il quale si

³ «È solo intorno agli anni '60 del secolo scorso che si pone una questione "consumatori". In quell'epoca si assiste ad uno sviluppo economico senza precedenti che, se da un lato moltiplica e migliora i beni ed i servizi offerti, dall'altro determina una crescita della dimensione delle imprese ed un parallelo ricorso sempre più intenso a tecniche di "pressione" e di "condizionamento" del consumatore, quali la pubblicità, il marketing e il credito al consumo, strumenti in grado di spingere i consumi anche oltre i concreti bisogni e le capacità reddituali dei soggetti. Si parla, al riguardo, di "società del consumo", in cui le sempre più esasperate politiche di vendita e di profitto delle imprese finiscono per travolgere i diritti dei consumatori alla salute ed alla integrità patrimoniale. Si avverte, così, l'esigenza di predisporre nuove regole per l'attività di impresa, volte a tutelare non solo gli imprenditori concorrenti ma anche i consumatori finali, in modo tale da preservarli da quegli abusi di potere contrattuale ed economico che la strutturale disparità di forza tra i soggetti del mercato permette e, in qualche modo, legittima», T. FEBBRAJO, *Profili di diritto dei consumatori*, Eum-Edizione Università di Macerata, Macerata, 2010, pp. 7 ss. Per una riflessione pertinente di natura economica, si vedano le analisi su «l'architetto delle scelte», il quale «ha la responsabilità di organizzare il contesto nel quale gli individui prendono le decisioni», fatte dal Premio Nobel per l'Economia (2017) R.H. Thaler e dal Prof. C. R. Sunstein. Cfr. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile, la nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2014, in prima pubblicazione originale come R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, 2008.

⁴ G. SCARCHILLO, *Il commerce équitable in Belgio e Francia*, cit., pp. 108 ss.

⁵ Dall'inizio del movimento noto come «consumerism» (italianizzato come «consumerismo»), con il quale negli Stati Uniti, soprattutto negli anni '70, i consumatori iniziarono ad organizzarsi per difendere i propri interessi. Cfr. T. FEBBRAJO, *op. cit.*, p. 4.

prefissava il fine di tutelare il consumatore dalle c.d. «clausole abusive» inserite nei contratti da parte delle imprese; si possono citare le clausole di azione collettiva (CAC) *ex* art. 1 del decreto del 7 dicembre 2012, n. 96717, elaborato a seguito delle risultanze dei lavori del Sottocomitato per il Mercato dei Debiti Sovrani (*Sub Committe on EU Sovereign Debt Markets*) a tutela degli investitori europei, parti deboli rispetto agli Emittenti dei titoli di Stato; si può rinviare anche all'art. 28, co 1, l. n. 300/1970, pensato a tutela dei lavoratori contro le condotte dirette ad «impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero»; come ultimo riferimento alla particolare attenzione rivolta dal legislatore italiano alle c.d. parti deboli, si fa qui rinvio alla disciplina squisitamente civilistica che attiene ai rapporti tra conduttore e locatore, ampiamente disciplinata dal codice civile (artt. 1571 ss. cod. civ.) e ripetutamente riformata con leggi «vincolistiche» o con norme a portata generale oppure riferite limitatamente a talune fasce sociali ritenute particolarmente fragili (a partire dalla famosa Legge sull'equo canone del 1978)⁶.

Tornando alle innovazioni riguardanti la figura del consumatore, queste si sono rese possibili grazie al mutare della coscienza giuridica, sociale ed economica del contesto occidentale. Ne è stata, infatti, conseguenza diretta proprio l'adattamento di quegli orientamenti che, al contrario, per parte del secolo scorso e tutto il XIX secolo, avevano visto nel consumatore – anche nell'ottica fortemente liberista dell'economia dell'epoca – un «re del mercato», in grado con i suoi comportamenti di determinare le sorti dell'intero sistema economico⁷. Successivamente si sono diffuse una serie di dottrine economiche e giuridiche circa i fondamentali metodi e concetti sviluppati al fine di evitare un comportamento disinteressato in

⁶ G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, pp. 587 ss.; G. SCARCHILLO, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, p. 109; G. SCARCHILLO, *Debito sovrano e class action: profili di diritto europeo e comparato*, in *Il Debito Sovrano tra tutela del credito e salvaguardia delle funzioni dello Stato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 355; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 760 ss.

⁷ «Arbitro delle fortune degli operatori economici i quali, a causa delle logiche della libera concorrenza, erano spinti ad offrire beni sempre migliori a prezzi sempre più bassi. I contraenti venivano considerati in una condizione di «parità», ugualmente in grado di perseguire i propri interessi» in T. FEBBRAJO, *op. cit.*, p. 3.

economia che fosse a spregiudicato vantaggio di una parte e a sacrificio della certezza dei rapporti per l'altra⁸.

La crescente attenzione al consumatore ha generato anche una sua maggiore partecipazione, forte dei propri diritti e conscio degli strumenti posti a sua disposizione, l'individuo nella società dei consumi si è reso sempre più presente, con incredibili effetti sull'intero sistema economico. Basti pensare a tutte le attività di boicottaggio o assimilabili che hanno contribuito al mutare delle abitudini delle grandi compagnie in tema di trattamento sul lavoro, del lavoro minorile, trattamento degli animali, garanzie sui prodotti e sostenibilità aziendale, spesso anche attraverso le associazioni di vario tipo⁹ portando ad un'espansione della solidarietà, grazie all'azione di soggetti non statali e delle nuove abitudini consumeristiche dei singoli individui, che hanno saputo rendere effettivi diritti ai quali le procedure formali non erano in grado di offrire una garanzia adeguata¹⁰.

⁸ Per fare l'esempio di alcune riflessioni di questo tipo che si svilupparono in quegli anni, si faccia rinvio a due celebri e fondamentali scritti nel campo della *Law & Economics*: G.A. AKERLOF, *The market of "lemons": quality uncertainty and the market mechanism*, MIT Press, Cambridge, 1970; R. H. COASE, *The problem of social cost*, *The Journal of Law & Economics*, Chicago, 1960. Si potrebbe richiamare (sul versante esclusivamente giuridico) un «diritto dei deboli» – che non è un debole diritto – che «annuncia la centralità del principio di uguaglianza, che riguarda gli uomini in quanto uomini» e che «non è una finzione [...] è presente solo nella storia del diritto degli uomini, non si coglie nell'evoluzione dei viventi non-umani. Il debole è uno, un soggetto-persona, che esiste nella durata della sua condizione e subisce con consapevolezza il male [...] e l'ingiusto che gli altri gli impongono. [...] nella condizione dell'essere la parte debole [egli] compie [la] pretesa giuridica, costituisce la sua aspettativa di uguaglianza» in B. ROMANO, *Nietzsche e Pirandello, il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 59 ss.

⁹ Come esempio si può citare il celebre caso di alcune società transnazionali che producevano palloni e scarpe da calcio con il contributo lavorativo dei bambini pakistani e indiani, nel quale fu risolutiva (anche) l'azione di diverse associazioni per i diritti civili, sul lavoro e minorili che minacciarono il boicottaggio, fino a quando quelle società non avessero cessato certi meccanismi produttivi che includevano i minori: si veda S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 94.

¹⁰ *Ibidem*.

2. L'autonomia privata e i suoi limiti nel common law: il caso del contratto di società.

La primaria differenza tra la mentalità giuridica britannica e quella continentale rispetto al diritto del consumatore, fin dai primi tempi del suo sviluppo, risiede nell'idea di contratto, quale categoria giuridica determinante e centro di gravità di tutti i rapporti intersoggettivi di scambio e soddisfazione di un interesse economico.

Per approfondire questo tema si può rinviare al rapporto che vi è tra società e contratto, nonché della considerazione della società per azioni come mezzo di raccolta ed impiego di capitali privati. Negli ordinamenti di *civil law* l'atto costitutivo di una società per azioni è considerato un contratto, specificatamente di tipo associativo, e questo vale tanto per quelle qualificabili come società di persone che quelle di capitali.

Al contrario, il *memorandum of association* non è considerato un *contract* negli ordinamenti di *common law* e questo proprio per la diversa considerazione del contratto. Il quale si considera come uno scambio di promesse, da cui nasce un accordo (*agreement*), che è fonte di reciproci obblighi e diritti sulla base dei reciproci sacrifici e benefici, cioè la c.d. *consideration* (qualcosa di simile a quello che potremmo definire *sinallagma*)¹¹. L'accordo per la fondazione di una *company* non può avere materialmente (e tecnicamente) senso come contratto nei sistemi di *common law*, poiché non si fonda su uno scambio e manca dunque la *consideration*¹². Il rapporto creato viene piuttosto ricondotto a istituti tipici di quella cultura giuridica, come il *trust* – rapporto tipico dell'*equity* – al quale si fa riferimento per quanto riguarda il rapporto tra amministratori e azionisti e in generale i rapporti fiduciari che discendono dalla *company*¹³.

Non potendosi quindi ipotizzare un contratto associativo pluriennale di lunga durata (anche detto contratto relazionale), inteso

¹¹ D. CORAPI, *Le società per azioni*, in *Diritto Privato Comparato, istituti e problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 437 ss.

¹² Nel *Company Act* inglese del 2006, si parla (non di un *contract*) ma di intese «*as if they contained a covenant*», atto costitutivo e statuto hanno effetto come se fossero contenuti in un atto di natura contrattuale.

¹³ D. CORAPI, *Le società per azioni*, cit.; AA.VV., *Diritto societario comparato. Un approccio funzionale*, a cura di LUCA ENRIQUES, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 7 ss.

come accordo così come previsto negli ordinamenti di *civil law*, la tendenza a minimizzare la presenza di norme imperative sulla regolamentazione delle società nel diritto di *common law* ha portato una parte dell'analisi economica del diritto a pensare alle società per azioni come un «mero fascio di contratti interconnessi». Un rapporto cioè che lega tutti i fattori di produzione, contrattualmente connessi fra loro, rendendoli in grado di contribuire all'impresa – quella che nella letteratura della *Economic Analysis of Law* (EAL), era denominata «*firm*»¹⁴ –.

Secondo tale teoria, quindi, si spoglia la società di qualunque rilievo istituzionale, di ente o entità – come è stato testualmente detto «*a business not as an entity*»¹⁵ – ma solo come una finzione regolata in gran parte in maniera autonoma da coloro che la compongono¹⁶. Questa teoria, nota come «*nexus of contracts theory*», è stata molto criticata soprattutto in merito alla sua incapacità di spiegare in modo soddisfacente il rapporto tra il «fascio di contratti interni» e quelli conclusi con i terzi come entità separata ed autonoma, cioè come e in quale misura la società vada (secondo questa teoria) comunque considerata una individualità giuridica a sé stante di fronte ai terzi con i quali entra in contatto¹⁷. Per quanto la dottrina pura del «*nexus of contracts*» possa essere limitata ed esageratamente disfattista rispetto ad alcuni concetti fondanti del diritto societario – tendenza, peraltro, figlia delle correnti neocontrattualiste da cui prese le mosse la Scuola di Chicago – tuttavia mostra l'enorme valore che nel sistema statunitense (come in generale in tutti quelli di *common law*) viene

¹⁴ Scriveva Ronald Coase nella sua prima opera: «*It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced. A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one*» e infatti – come dirà poi Guido Calabresi – l'esistenza dell'impresa è la dimostrazione di come i mercati siano costosi. Così R.H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Econometrica*, vol. IV, 1937, p. 391. Su tali temi anche G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, pp. 116 ss; D. CORAPI, *Le società per azioni*, cit., p. 446; R.D. FREER, *The Law of Corporations*, VIII ed., pp. 47 ss.

¹⁵ R.D. FREER, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶ Vedendo difatti come qualcosa di dannoso l'adozione di norme imperative, le quali non sarebbero ottimali per quanto riguarda la riduzione dei costi di transazione, cfr. D. CORAPI, *Le società per azioni*, cit., p. 446.

¹⁷ *Ibidem*.

riconosciuto alla «*freedom of contract*». Si comprende, quindi, come vada considerata solo sussidiaria l'azione del legislatore, che dovrebbe pertanto intervenire solo per correggere le spigolature del sistema e colmare gli spazi vuoti che non possono essere lasciati né all'autonomia privata delle parti, né alla discrezionalità del giudice¹⁸.

2.1. Nel mercato unico europeo.

Nel contesto europeo si instaura subito con lo sviluppo di questi concetti, riversati poi in normative, una visione dottrinale del contraente debole-consumatore, soggetto alla protezione degli ordinamenti¹⁹.

Ma anche, ben oltre le finalità sociali, l'intenzione dell'Unione è di assicurare, attraverso le regole che tutelano il consumatore²⁰, garanzie e certezza anche al mercato unico europeo²¹. Tale realtà libera, unitaria e comune necessita della certezza degli scambi, la quale può essere solo assicurata da un flusso di consumi sostenuto ed incoraggiato proprio da un livello di sicurezza e tutela adeguato per i nuovi cittadini europei i quali si affaccino in questo nuovo luogo come utenti di un nuovo mercato comune e continentale²².

¹⁸ G. ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale*, in *Diritto privato comparato-Istituti e problemi*, Laterza, Bari-Roma, 2012, pp. 193 ss; G. SCARCHILLO, *L'interpretazione delle clausole generali e il running the business giurisprudenziale. Spunti di diritto comparato*, p. 603; D. CORAPI, *Le società per azioni*, cit. Si permetta poi di richiamare quanto precedentemente detto sul tema in A. SCHIOPPA, *Il caso dei contratti per l'approvvigionamento dei vaccini, UE vs. Regno Unito: un'indagine di diritto comparato*, in <https://www.iusinitinere.it/il-caso-dei-contratti-per-lapprovvigionamento-dei-vaccini-ue-vs-regno-unito-unindagine-di-diritto-comparato-40343>, «Il contratto [di *common law*], finché possibile, vive solo in sé stesso e affida la propria applicazione e regolamentazione alla volontà delle parti, fondata sulla «*freedom of contract*»». ¹⁹ Per una rassegna sui temi del diritto contrattuale e consumeristico europeo si veda R. TORINO, *European consumer contract law: outlines, principles and perspectives* in *Cittadinanza Europea*, 2016, p. 92.

¹⁹ Per una rassegna sui temi del diritto contrattuale e consumeristico europeo si veda R. TORINO, *European consumer contract law: outlines, principles and perspectives* in *Cittadinanza Europea*, 2016, p. 92.

²⁰ Art. 12 TFUE, sulla protezione del consumatore.

²¹ Art. 26 TFUE.

²² G. ALPA, *Il contratto in generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pp. 263-265.

2.2. *Nel contratto di common law.*

Nel contesto di *common law*, il contratto si trova come meccanismo nodale per il funzionamento del mercato, attraverso il quale gli individui possono esprimere le loro preferenze, fare accordi e assicurarsi che siano rispettati²³.

Questo, nel *common law*, è stato a lungo soggetto alla «teoria della volontà», la quale – con un certo grado di dogmatismo – ha rimesso la legittimità degli elementi e dei contenuti del contratto a quella «sacertà» (*sanctity of contract*) per la quale la legittima formazione della volontà delle parti rappresenta qualcosa di giusto *in re ipsa*²⁴. Che quindi le parti dovessero rispettare sempre il contratto e perseguire la volontà espressa in questo, a nulla rilevando le eventuali condizioni sostanziali di sbilanciamento o svantaggio posto a carico di una delle parti²⁵.

Fino alla metà del secolo scorso tale teoria è stata applicata in maniera pressoché assoluta nei rapporti economici britannici, con un approccio molto pragmatico nella gestione dei rapporti e favorendo una certa fluidità del mercato inglese²⁶.

3. *Il diritto dei consumatori britannico tra ieri e domani.*

Già nei secoli precedenti, si è vista una progressiva mutazione della tradizionale visione del contratto e dei rapporti economici nel Regno Unito, passando per gli sviluppi della dottrina, confermati gradualmente nel tempo dal *judge made law* e il determinante contributo delle corti di *equity*²⁷.

²³ P CARTWRIGHT, *Consumer Protection and the Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 8.

²⁴ G. ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale*, cit.

²⁵ Ovviamente la parte debole con minore potere contrattuale, come il consumatore, il conduttore, il lavoratore subordinato (ecc.) a seconda del negozio privato preso in esame.

²⁶ Si permetta di rinviare a quanto detto sul diverso approccio al contratto nella prassi britannica di *common law* ed in quella continentale ed europea in cfr. A. SCHIOPPA, *Il caso dei contratti per l'approvvigionamento dei vaccini, UE vs. Regno Unito: un'indagine di diritto comparato*, cit.

²⁷ Importante strumento di *equity*, sviluppatosi poi fino ad oggi come mezzo per la tutela dei consumatori (e non solo) è la *class action*, del quale è figura antesignana la risalente *representative suit* inglese: G. SCARCHILLO, *Class action. Dalla*

Queste ultime, in particolare, tramite aggiustamenti e integrazioni continue, sono state indispensabili per lo sviluppo di un diritto che considerasse gli interessi specifici in gioco, andando oltre il rigido criterio formalistico della volontà che obbliga sempre e comunque²⁸.

Infine, tali novità sono state riconosciute anche dal legislatore, il quale – anche sulla scorta del diritto comunitario – ha adottato una serie di disposizioni normative a limitazione della forza della volontà e della libera disposizione delle parti contraenti, il tutto a tutela della parte (già definita come) più debole del rapporto, il consumatore, reso un soggetto meritevole di trovarsi sul piano di parità nel contesto di mercato²⁹.

Per primo l'*Unfair Contract Terms Act* del 1977 introdusse semplicemente obblighi circa la conformità dei beni ceduti a quanto disposto nel contratto; una disciplina definitiva e totale arrivò, dopo una serie di emanazioni disomogenee negli anni³⁰, con il *Consumer Rights Act* nel 2015³¹. Questa norma incorpora le disposizioni del diritto eurounitario in materia di protezione del consumatore, inclusa (tra le più rilevanti) la direttiva 93/13 (*On Unfair Terms in Consumer Contracts*)³², che rende illegittime tutte le previsioni contrattuali e quei termini ingiustamente e sproporzionalmente lesivi per il consumatore, e rendendo le clausole così viziate – redatte cioè in «*an unfair manner*» – non vincolanti per il consumatore (art. 6).

Dal 2016, quando si è attivato per la prima volta l'art. 50 del TUE, portando all'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, sono iniziati una quantità di accordi, riforme e armonizzazioni

comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive, cit. ; D. CORAPI, *Class action/actions collectives* in *Giuristi della Sapienza, questioni di filosofia del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 263 ss.; R. TORINO, *Dalla azione collettiva risarcitoria alla azione di classe. Un'analisi comparatistica*, in *Il diritto dei consumi, aspetti e problemi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p.336; si consenta anche il rinvio a A. SCHIOPPA, *The introduction of Class Action in the Belgian legal system, l'action en réparation collective*, in *Sapienza Legal Papers – Studi giuridici 2020*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 97 ss.

²⁸ G. ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale*, cit., pp. 183-186.

²⁹ *Ivi*, pp. 186-187.

³⁰ *Supply of Goods, Implied Terms Act*, 1973; *Consumer Credit Act*, 1974; *Consumer Protection Act*, 1987; *Unfair Contract Terms Regulations*, 1994; *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, 1999; *General Product Safety Regulations*, 2005; *Unfair Trading Regulations*, 2008.

³¹ *Oxford dictionary of law*, Oxford university press, Oxford, 2018, p. 155.

³² Direttiva 93/13/EEC.

necessarie per la miglior gestione possibile della transizione. A tal fine è stato istituito il *Department for Exiting the European Union* (DExEU), un dipartimento ministeriale responsabile della supervisione dei negoziati per l'uscita dall'UE, i cui lavori sono durati dal 14 luglio 2016 al 31 gennaio 2020.

Nel UK-UE *Trade and Cooperation Agreement* – concluso ufficialmente nel 2020 – si regolano tutte le relazioni commerciali (e non solo) che saranno mantenute tra il Regno Unito e i paesi ancora membri dell'Unione. Difatti, nell'accordo sono stati regolati i futuri rapporti circa i servizi finanziari, di commercio digitale, trasporto aereo, pesca e un insieme di ulteriori questioni della più disparata natura.

Si esprime, nella parte riferita alla soluzione delle controversie, una precisazione avente valore di principio, cioè che l'accordo rappresenta una regolamentazione tra soggetti egualmente sovrani³³, significando perciò che ogni modificazione intervenuta nell'ordinamento britannico dopo la data del 1° gennaio 2021 dipenderà solo dalla volontà del Regno Unito.

Per quanto attiene più specificatamente alla disciplina consumeristica – che si sta qui esaminando – si evince che l'insieme delle novità introdotte nella legislazione inglese nel corso degli anni dell'esperienza eurounitaria – siano queste squisitamente britanniche o di derivazione specificatamente comunitario/europea – saranno mantenute. Queste continueranno, quindi, a regolare il diritto della tutela del consumatore, potendo essere modificate soltanto da successivi atti del parlamento e della giurisprudenza inglese, secondo i modi e i tempi che tale sistema normalmente prevede.

Non risultando essere state apportate modifiche alla normativa nazionale al momento dell'accordo³⁴, si potrebbe fare solo un riferimento al mancato obbligo di recepimento dell'ultima rilevante normativa europea circa il diritto dei consumatori. Il c.d. *New Deal per i consumatori*³⁵, redatto al fine di modernizzare ed innovare la

³³ Part. 6, Title I: «*This Agreement includes dispute resolution mechanisms that are appropriate for a relationship between sovereign equals [...]*».

³⁴ Come si evince anche dalle comunicazioni dell'autorità garante per la tutela del consumatore inglese, disponibile in <https://www.gov.uk/transition>.

³⁵ Directive (EU) 2019/2161 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules. Maggiori informazioni in merito sono disponibili alla pagina

disciplina consumeristica eurounitaria³⁶, il quale non sarà obbligatoriamente recepito dall'ordinamento britannico, non più soggetto alle fonti europee. Anche se questa non costituisce strettamente una modifica dell'ordinamento inglese a causa della *brexit*, è certamente un esempio interessante di differenziazione che emerge proprio a seguito della *brexit* stessa, non provocando alcun effetto nel Regno Unito, diversamente da quanto accadrà negli Stati (ancora) membri, intenti, invece, ad adeguare le proprie regole consumeristiche alla luce di questa direttiva.

4. Conclusioni.

Si può quindi concludere, ipotizzando che in un prossimo futuro la normativa in merito al diritto del consumatore potrebbe andare in due direzioni differenti.

Da una parte si può prevedere che il Regno Unito, ormai molto alleggerito delle teorie della volontà del contratto e incardinato nel solco dell'influenza prima comunitaria, poi europea, di protezione del consumatore, possa mantenere questo tipo di impostazione e allorché apporgerà future ed eventuali modifiche, si comporterà ancora secondo lo spirito e i principi generali permeati al tempo del contatto con l'Unione, della quale tuttavia non è più parte.

Dall'altra si potrebbe immaginare che, nell'intento di attrarre il più possibile gli investimenti stranieri si impegni ad alleggerire il novero di vincoli e limiti posti a carico delle imprese per la tutela del consumatore, tornando un po' di più a quello spirito neoliberista dal quale si era partiti, per diventare magari una di quelle mete preferite per l'afflusso dei capitali, a seguito di una normativa più di favore per l'attività d'impresa ed economica, ponendosi quindi in concorrenza con i cugini Stati membri del vecchio continente³⁷.

dedicata sul sito web della Commissione Europea: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumer-protection-law/review-eu-consumer-law_it#:~:text=L'iniziativa%20%22New%20Deal%20per,funzione%20dell'evoluzione%20del%20mercato.

³⁶ G. SCARCHILLO, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., p. 134.

³⁷ Come è ad esempio, sempre restando nella materia del diritto dei consumatori, nell'ordinamento irlandese, sprovvisto dell'istituto dell'azione di classe (v. *case Schrems*) v. G. SCARCHILLO, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla*

formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive, cit. Approfondendo poi questo concetto di «concorrenza tra ordinamenti» si può citare quanto è avvenuto nei processi di armonizzazione nel «diritto della crisi d'impresa» nello spazio giuridico europeo, che nascono anche dall'esigenza di contenere taluni arbitraggi normativi – sovente criticati dalla Corte di Giustizia – che hanno consentito in alcune discipline nazionali il proliferare dei fenomeni di c.d. *forum shopping*, ma anche di un vero e proprio *law shopping*, inteso come ricerca dell'ordinamento con una disciplina concorsuale maggiormente favorevole per il debitore che voglia agire in pregiudizio dei creditori dell'impresa insolvente. L. BOGGIO, *UE e disciplina dell'insolvenza (I Parte)*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, p. 222; R. TORINO, *Diritto comunitario e diritto europeo delle società*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Commerciale*, aggiornamento vol. III, 2007, pp. 292 ss.; F. PERNAZZA, *The Legal Transplant into Italian Law of the Procédure d'Alerte. Duties and Responsibilities of the Companies' Bodies*, in *The Italian Law Journal*, n. 2, 2017; per una riflessione poi sui lavori di ravvicinamento dei diritti nazionali delle società si veda D. CORAPI, F. PERNAZZA, *La Società Europea, fonti comunitarie e modelli nazionali*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, pp. 9 e 14. Si permetta anche il richiamo ad A. SCHIOPPA, *La crisi d'impresa tra Europa e Stati Uniti*, in *Sapienza Legal Papers – Studi giuridici 2021*, Sapienza Università di Roma, Roma, 2021.

FLAMINIA DI FLAVIO*

LA RELATION ENTRE LA CONSTITUTION BELGE
ET LE DROIT INTERNATIONAL.
A QUI LA PRIMAUTE ?

In this paper the concept of the supremacy of law is analysed, starting with the notions of legal order, monism, dualism, and then looking more closely at the Belgian legal system. The aim of this paper is to understand if the principle of the supremacy of international law over the Constitution can be applied in Belgium or if the supreme law of the State can prevail over international norms. The study of this topic will take place through an analysis of the opinion of numerous jurists and professors of international law and famous court rulings that have confirmed one orientation rather than the other.

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. L'ordre juridique et le système moniste et dualiste. – 2.1. L'ordre juridique. – 2.2. Ce qu'on entend par primauté. – 2.3. La conception moniste. – 2.4. La conception dualiste. – 3. La primauté du droit international sur la Constitution belge. – 3.1. Du droit international à la jurisprudence. – 3.2. Un regard sur le droit comparé. – 4. La primauté de la Constitution selon la Cour Constitutionnelle. – 5. Conclusion.

1. *Introduction.*

Depuis longtemps les normes internationales se multiplient et cela a déterminé le phénomène d'internationalisation des droits internes. Les systèmes juridiques nationaux considèrent les règles internationales comme étant du droit¹ et se préoccupent de les incorporer dans leurs ordres juridiques internes. Il y a l'intérêt de comprendre comment l'ordre juridique belge, en particulier la Constitution, a

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Redatto durante l'Erasmus presso l'Université Catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve, Belgio), nel primo semestre dell'anno accademico 2021/2022. Per questo lavoro è stato consultato il prof. Gianluca Scarchillo, docente di Sistemi giuridici comparati presso Sapienza Università di Roma.

¹ Y. LEJEUNE, *Les rapports normatifs entre la constitution belge et le droit international ou européen*, en *Revue Belge de Droit International*, 2012, p. 395.

accueilli le droit international et comment il a été possible de créer une relation entre les deux. La Constitution belge, datée 1831 et modifiée dans les années 60s, contient une disposition pour régler l'exercice du pouvoir en relation au droit conventionnel : l'art. 34 (à l'origine art. 25 *bis*) qui affirme : « *L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public* ». Cette disposition porte nous à poser une question : comment le droit international pénètre-t-il dans le droit interne afin qu'il puisse y être appliqué ? Dans cet essai, nous examinerons deux thèses concernant la relation entre le droit interne et le droit international, afin de mieux comprendre le rapport entre ces deux ordres juridiques. Ensuite, nous nous concentrerons sur l'idée de la primauté du droit international sur le droit interne en examinant la Convention de Vienne sur les traités de 1969 et certains jugements et au contraire, nous examinerons les raisons pour lesquelles la Cour Constitutionnel défend l'idée de la primauté de la Loi des lois sur le droit international.

2. L'ordre juridique et le système moniste et dualiste.

2.1. L'ordre juridique.

Avant de pouvoir parler de ce que l'on entend par primauté et de ce que l'on entend par systèmes monistes et dualistes, nous devons analyser le concept d'ordre juridique. Chaque État dispose de son ordre juridique propre : c'est le pouvoir initial de commander, de contraindre et de juger sur son territoire, sans devoir détenir une habilitation spécifique. Chaque État, donc, a un pouvoir «*souverain*»². Cette souveraineté permet à l'État de régner en vertu de son propre droit sur l'ensemble du territoire où il est constitué et sur les citoyens de l'État lui-même. Au niveau international, cependant, nous ne parlons plus d'un État souverain comme d'un État qui commande, mais comme d'un État non soumis à une autorité supérieure. Cette dernière signifie que l'État est indépendant de chaque autre État. Et de cette définition découle le concept d'ordre juridique international : l'ensemble et la coexistence d'États indépendants les uns des autres et

² Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 373.

donc souverains dans les limites de leurs frontières. À partir de ce constat en droit, deux écoles de pensée se sont développées, l'une dite moniste, l'autre dualiste. Dans la réalité juridique, le droit international et les droits internes sont autonomes mais en interaction. Les États déterminent librement le rang qu'ils attribuent aux règles de droit international dans leur ordre juridique ; si une règle nationale est contraire à une norme internationale, elle n'est pas annulable ou non applicable par les tribunaux nationaux, mais provoque un fait internationalement illicite qui engage la responsabilité de l'État dans l'ordre international.

2.2. Ce qu'on entend par primauté.

La définition du concept de primauté fait référence aux cas où, s'il existe des règles de rangs différents (généralement le droit national et le droit international ou européen), la règle du droit national ou international prévaut. Cependant, selon les pays et les situations, on parle souvent du principe de la primauté du droit européen. Analysons-le. Le principe de primauté signifie que le droit de l'Union prévaut sur les droits nationaux des États membres. La primauté du droit de l'Union sur les droits nationaux est absolue. Il bénéficie à toutes les normes de droit européen disposant d'une force obligatoire et s'exerce à l'égard de toutes les normes nationales³. La portée de ce principe est générale. C'est-à-dire que le droit de l'Union s'impose à l'ensemble du droit national, y compris à ses normes les plus élevées, par exemple la Constitution, pas seulement les normes de niveau inférieures⁴. Un premier exemple de jurisprudence sur la notion de primauté du droit de l'Union européenne sur le droit interne se trouve dans l'arrêt *Costa c. Enel* du 15 juillet 1964, selon lequel « *le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres [...] et qui s'impose à leurs juridictions* »⁵. Quelques années plus tard, en 1971, ce n'est pas encore la Cour de justice de l'Union européenne qui se prononce sur la primauté du

³ J. MOLINIER, *Répertoire européen. Primauté du droit de l'Union européenne*, 2011, p. 12.

⁴ C. GREWE, *Répertoire européen. Constitutions nationales et droit de l'Union européenne*, 2009, p. 241.

⁵ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64.

droit international sur le droit interne, mais la Cour de cassation, dans l'arrêt *Le Ski*. Nous avons eu une prise de position sur le sujet, également par un organe interne à un État. La Cour a déclaré qu'un traité à effet direct prévaut dans l'ordre juridique interne belge sur les lois du Parlement et également sur la Constitution, même si ces lois datent d'après la loi qui a approuvé le traité⁶.

2.3. La conception moniste.

Pour expliquer la pénétration du droit international dans l'ordre juridique interne, il faut analyser deux thèses différentes à propos du rapport entre le droit international et le droit national : la thèse moniste et la thèse dualiste. Le monisme tend à affirmer que le droit international prévaut de façon immédiate en droit interne. La conception moniste repose sur l'idée que le droit international et le droit interne constituent un seul et même ensemble dans lequel les deux types de règles seront subordonnés l'un à l'autre. Le droit interne et le droit international forment des sous-ensembles d'un seul ordre juridique, rassemblés dans une seule pyramide des normes⁷.

Les autorités nationales ne doivent pas reproduire le contenu d'une norme internationale avec effet direct dans une norme de droit interne parce qu'avec le système moniste le droit international est tout aussi applicable que le droit interne, puisque les normes de droit interne et de droit international sont intégrées dans un unique ordre juridique, qu'elles ont les mêmes destinataires et qu'elles s'appliquent à des situations juridiques identiques⁸. La doctrine a souvent affirmé que les États qui appartiennent à l'école moniste ont choisi la solution de la subordination et ils se divisent en deux sous-écoles : ceux qui attribuent la primauté au droit interne et ceux qui l'attribuent au droit international⁹. Toujours en se référant à ce système, il convient

⁶ Cass. 27 mai 1971, Arr. Cass. 1971, 959; S.E.W. 1972, 42.

⁷ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 375.

⁸ P.-M. DUPUY, *La théorie moniste abolit les frontières entre les deux ordres juridiques et tient dans l'affirmation de l'unité de l'ordre juridique international et de l'ordre interne*, en *Droit international public*, IV éd., 1998, p. 372.

⁹ C. SCIOTTI-LAM, *Il existe deux variantes de ce système, l'une prévoyant de subordonner le droit international au droit interne et l'autre faisant, au contraire, primer le droit international sur le droit interne*, en *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, 2004, p. 118.

d'analyser le rôle de la Constitution au sein d'un système juridique national. La Constitution est le fondement et la mesure du droit applicable dans l'État, parce qu'elle est « *l'expression de la volonté souveraine de l'État d'établir son statut politique et juridique comme il l'entend* »¹⁰. À travers chaque droit constitutionnel on peut affirmer l'expression d'un pouvoir qui trouve sa source dans chaque peuple qui s'est constitué en État et on peut trouver les normes générales qui concernent le rapport entre le droit interne et le droit international. Il appartient à la Constitution de déterminer comment y introduire des normes internationales et comment fixer le rang de celles-ci dans la hiérarchie des normes. Bertrand Mathieu dans son œuvre affirme que « *les rapports de primauté ou de compatibilité entre les normes internes et le droit international ou le droit de l'Union européenne, est nécessairement ancré dans la Constitution* ». Ainsi, le fondement de ces normes internationales et de leur relation avec les normes nationales est la loi suprême d'un seul État. Selon cette conclusion : la Constitution ne peut avoir qu'une place supérieure aux traités. Pourquoi ? Parce que la place des traités dans la hiérarchie des normes est fixée par la Constitution elle-même. Il serait donc impossible de lui donner une autre position. Cet accent extrême sur la Constitution a permis aux États individuels de ne pas se lier internationalement à des traités qui pourraient être contraires à leur loi suprême, aussi à travers la constitutionnalisation d'une approche moniste des relations entre le droit international et le droit interne.

2.4. La conception dualiste.

Selon l'école dualiste tout d'abord, les deux catégories de normes se trouvent dans deux cercles qui ne se regroupent pas, ils peuvent se toucher, mais restent autonomes¹¹. Dans la tradition dualiste, on considère que l'ordre juridique interne est séparé de l'ordre juridique international. Cette théorie s'inspirant de la théorie volontariste est basée sur le fait que chaque État est souverain et, sur le fondement de la volonté de l'État, une norme pourra être applicable. Que se passerait-il si, dans ce système, ces deux ordres juridiques entraient en conflit

¹⁰ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 377.

¹¹ C. BEHRENDT, *Les notions de monisme et dualisme*, en *Introduction à la Théorie générale de l'État-Manuel*, 2009, p. 878.

l'un avec l'autre ? Il n'y a pas lieu de se demander si les normes internationales occupent un rang supérieur ou inférieur aux normes internes. Puisque l'une et l'autre catégorie de normes se trouvent dans des pyramides distinctes, elles ne sont jamais susceptibles d'entrer en conflit. Les normes internationales et les normes internes sont valables dans leurs systèmes juridiques respectifs, même si elles sont contradictoires¹².

Dans ce cas le droit interne reste parfaitement valide, mais son application engage la responsabilité internationale de l'État, « *car chaque Etat possède son propre ordre juridique dont il conserve la maîtrise exclusive* »¹³. La thèse dualiste n'est pas guère conforme aux tendances moderne. En premier lieu, la critique la plus importante faite à cette théorie est qu'elle ignore complètement le fait qu'il y a des normes que règlent les conditions d'entrée en vigueur pour les traités internationaux, que sont ignorées. En deuxième lieu, l'évolution du droit international sur le plan social et politique a créé des normes internationales qui ne touchent pas seulement les États, mais aussi les personnes privées dans les États leur-mêmes. La pratique internationale ne confirme pas de manière absolue la première thèse ou la deuxième, mais il faut préciser qu'il existe une préférence pour la primauté du droit international.

3. La primauté du droit international sur la Constitution belge.

« *Le traité a vis-à-vis de la loi et même de la Constitution une prééminence, en ce qu'il peut déroger à une loi ordinaire ou constitutionnelle, alors que l'inverse est impossible* »¹⁴. En soutenant la thèse de la primauté du droit international sur les normes nationales, Kelsen ne se limite pas à citer des simples lois mais fait une référence claire et explicite à la Constitution. En faisant cela, le juriste austro-américain place la norme fondamentale de l'État au-dessous des règles entre États.

Cette thèse pourrait être un bon point de départ pour renforcer la supériorité du droit international sur la Constitution. Pas

¹² *Ibidem*, p. 874.

¹³ *Supra*, note 1, p. 371.

¹⁴ H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle*, en *Revue du droit public*, 1928, p. 211.

seulement Hans Kelsen a affirmé cette primauté, en effet aussi Michel Virally, juriste français spécialisé dans le domaine de la législation internationale et professeur aux universités de Strasbourg et de Genève, constate que « *le droit international est inconcevable autrement que supérieur aux Etats, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence* »¹⁵.

3.1. Du droit international à la jurisprudence.

L'art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969 énonce que « *une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité* » et donc qu'un État ne peut jamais se prévaloir de son droit interne pour échapper à ses obligations internationales. Si nous analysons cet article, il y a deux aspects fondamentaux : la notion de droit interne et de droit international. Lorsque nous parlons de droit interne, nous ne nous limitons pas aux normes législatives et réglementaires, mais nous nous référons également aux normes constitutionnelles. En revanche, la référence claire au droit international doit être comprise *lato sensu*, ainsi « *cette vérité n'est pas limitée au droit conventionnel, mais concerne toutes les sources du droit international, en particulier le droit coutumier* »¹⁶. En ce qui concerne les traités, il existe plusieurs conditions pour qu'ils puissent primer sur la Constitution : tout d'abord, le traité doit être ratifié, il doit être en vigueur au niveau international, il doit respecter les procédures de conclusion des traités conformément à l'art. 167¹⁷ de la Constitution et il doit avoir un effet direct sur le droit interne. Cette dernière condition est affirmée dans le célèbre arrêt Franco-Suisse Le Ski, dont on peut observer que « *la primauté de la règle établie par le traité ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne résulte de la nature même du droit international des traités* »¹⁸. Il résulte indubitablement que l'expression «

¹⁵ M. VIRALLY, *Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes*, Paris, 1964, p. 497.

¹⁶ P. D'ARGENT, *Remarques sur le conflit entre normes de droit interne et de droit international*, RBDI, 2012/2, p. 7.

¹⁷ Cet article affirme la compétence du Roi sur les relations internationales, parmi elles aussi la conclusion des traités « *sans préjudice de la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale* ». Const., art. 167.

¹⁸ Cass. 3e civ., 1971, n° 70-10.359, en *Bull. civ. III*, 1971, N. 334, p. 238.

ordre juridique interne » comprend la Constitution parmi les règles soumises à cette primauté. Sur cette affirmation (de la primauté du droit européenne) on peut prendre en considération la pensée de Louis Favoreu, juriste français. Favoreu définit la supériorité du droit international telle que « *mêmes les normes constitutionnelles doivent s'incliner devant les normes européennes* »¹⁹. Enfin, des derniers exemples de jurisprudence sur la supériorité du traité directement applicable (dans ce cas-là la CEDH) sur la constitution ont été des arrêts de 2004²⁰.

3.2. *Un regard sur le droit comparé.*

La primauté du droit international sur les lois constitutionnelles a été affirmée plusieurs fois par nombreux arrêts, pas seulement en Belgique : nous pouvons rappeler *l’Affaire Alabama* de 1872²¹, *l’Affaire du Montijo* de 1875²² et *l’Affaire George Pinson* de 1928²³, arrêts dans lesquels le fait principal concerne un conflit entre une disposition constitutionnelle et le traité conclu entre deux États. Tous ces jugements ont un dénominateur commun qui peut se résumer comme suit : « *il est incontestable et incontesté que le droit international est supérieur au droit interne* »²⁴. Malgré cela, une autre orientation est apparue en Amérique, issue d’une affaire célèbre et ancienne (l’arrêt de la Cour suprême de 1804, *Murray v. Schooner Charming Betsy*). Elle a posé le principe d’une préférence relative pour le droit international en matière d’interprétation concurrente du droit international et de la législation fédérale américaine. Mais la Cour suprême s’est toujours refusée à reconnaître la supériorité du droit international sur le droit des États-Unis. Nous allons maintenant examiner quelques cas d’États ayant adopté le système moniste et le système dualiste. Commençons par le premier cas : le monisme implique que le droit international devienne partie du droit interne. Par exemple

¹⁹ L. FAVOREU, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, 1993, p. 76.

²⁰ Cass. (2ech.), RG P.04.0644.N, 16 novembre 2004, Pas., 2004, vol. 11, 1795, Cass. (2ech.), RG P.04.1127.N, 16 novembre 2004, Pas., 2004, vol. 11.

²¹ Tribunal d’arbitrage États-Unis d’Amérique-Grande-Bretagne, R.S.A., 14 septembre 1872.

²² Tribunal arbitral Grande Bretagne-Portugal, R.S.A., 24 juillet 1875.

²³ Tribunal arbitral mixte France-Mexique, *Arbitre Verzijl*, R.S.A., V, 1928.

²⁴ *Ibidem*, p. 327.

certaines Constitutions mentionnent des déclarations dont les nations ont décidé d'appliquer ce système. On parle de la Constitution péruvienne de 1993 : la quatrième disposition transitoire prévoit que les normes relatives aux droits et libertés consacrés par la Constitution seront interprétées suivant la déclaration universelle des droits de l'homme et les traités et accords internationaux. Parfois la Constitution prévoit qu'elle sera complétée par des instruments internationaux, c'est le cas du Guatemala²⁵. Dans le deuxième cas, pour le système dualiste on peut analyser l'Irlande²⁶. L'instrument non incorporé qui produit des obligations internationales n'a pas de valeur en droit interne. C'est également le cas de Malte, du Royaume Uni et du Danemark.

4. La primauté de la Constitution selon la Cour Constitutionnelle.

Depuis 1991 la Cour Constitutionnelle a affirmé, contrairement à ceux que l'on a dit précédemment, que les traités occupent une place inférieure à celle de la Constitution²⁷.

La primauté de la Loi des lois sur les normes nationales et internationales est démontrée par la pratique et la jurisprudence contemporaines, aussi par les exposants des autres États : « *La Constitution, en tant que norme fondamentale composée des règles qu'elle définit et des principes généraux qui en découlent, prime, inévitablement, sur toute autre norme juridique, que celle-là relève du droit interne, ou du droit international intégré dans l'ordre juridique interne* »²⁸.

La Constitution est considérée comme la norme juridique la plus élevée parce qu'elle se trouve placée au sommet de la hiérarchie normative, en effet toutes les autres normes ont été établies sur ses

²⁵ L'art. 44 prévoit que les droits consacrés dans la Constitution n'excluent pas les autres droits et garanties qui n'y figurent pas expressément mais sont inscrits dans la Convention et les Pactes internationaux auxquels le Guatemala est parti.

²⁶ Art. 29, paragraphe 6, Constitution irlandaise.

²⁷ C. Const., n° 26/91, 16 octobre 1991 ; C. Const., n° 12/94, 3 février 1994 ; C. Const., n° 20/2004, 4 février 2004 ; C. Const., n° 84/2005, 4 mai 2005 ; C. Const., n° 96/2009, 4 juin 2009 ; C. Const., n° 87/2010, 8 juillet 2010 ; C. Const., n° 117/2011, 30 juin 2011 ; C. Const., n° 120/2011, 30 juin 2011 ; C. Const., n° 32/2013, 7 mars 2013.

²⁸ P. PAVLOPULOS, *La constitution entre droit international et droit européen la hiérarchie de l'ordre juridique*, Inédit, 2016, p. 1.

valeurs, ses fondements et donc conformes à celle-ci. La Constitution est l'œuvre du pouvoir souverain d'un État et elle établit la hiérarchie des normes. Contrairement à la Constitution française, qui affirme explicitement et clairement la primauté de la Constitution sur les traités²⁹, la Constitution belge ne dit mot sur les rapports entre la Constitution et le droit international.

La Cour Constitutionnelle belge est l'unique haute juridiction³⁰ qui soutient que la Loi des lois prime sur le droit international. Cette Cour refuse de faire primer des dispositions conventionnelles, même lesquelles directement applicables, sur la Constitution. À la différence de la jurisprudence antérieurement analysée, relative à la primauté du traité sur la loi, la supériorité de la Constitution sur les normes conventionnelles est confirmée, dans des cas exceptionnels, à travers l'affirmation d'une limite : « *si la norme constitutionnelle est plus protectrice des droits fondamentaux, elle devrait logiquement s'imposer malgré la norme conventionnelle* »³¹. Pour affirmer la primauté de la Loi des lois sur le droit international on doit mentionner les motifs à la base de ce raisonnement. Elles ne concernent pas seulement la procédure très exigeante, fixée à l'art. 195 de la Constitution, pour permettre la révision de la Constitution, mais aussi le fait que n'existe pas aucune disposition qui autorise l'État belge à conclure des traités contraires et pas conformes à la Constitution³². Dans la pratique, nous devons dire que, malgré le but de la Cour Constitutionnelle est d'examiner *in concretu* les dispositions contenues dans les traités internationaux³³ et de vérifier leur conformité à la Constitution, la Cour se limite à un contrôle de compatibilité au regard du Titre II de la Constitution, qui traite les droits et libertés fondamentaux. La Cour constitutionnelle, donc, refuse de faire primer des dispositions conventionnelles et des traités sur les dispositions constitutionnelles. Pierre d'Argent, professeur ordinaire à l'Université Catholique de Louvain, en reprenant nombreuses arrêts de la Cour constitutionnelle, soutient que cette Cour « *martèle qu'aucune norme du*

²⁹ La hiérarchie est donc clairement définie par la Constitution de 1958 : elles sont subordonnées à cette dernière, d'autant plus qu'elles ne peuvent produire d'effet juridique que si elles lui sont contraires.

³⁰ Contrairement à la Cour de cassation et au Conseil d'État.

³¹ P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 12.

³² C. Const., n° 12/94, 3 février 1994, M.B., p. 6137.

³³ Cour d'arbitrage, n° 26/91, 1991, J.T., p. 670.

droit international lequel est une invention des États, même pas l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, ne confère aux États le pouvoir de conclure des traités contraires à leur Constitution »³⁴. Avec ces mots, le professeur belge confirme l'orientation de la Cour et de la doctrine belge de faire prévaloir la Constitution sur le droit international.

5. Conclusion.

À la lumière du travail effectué, nous pouvons dire qu'aucune des thèses ci-dessus nous conduit à une solution concrète au problème de la coexistence des ordres juridiques nationaux et internationaux. Si d'un côté on peut préférer une approche plus « *patriotique* », en faisant prévaloir la Constitution de chaque État, en ce cas-là la Constitution belge, de l'autre côté on ne peut pas ignorer une solution qui permettrait la coopération entre différents ordres juridiques et donc l'affirmation d'un droit capable à créer des normes communes qui règlent les rapports entre plusieurs États et sujets. Ces hypothèses de la primauté, d'une part du droit international et d'autre part du droit constitutionnel, sont acceptées seulement par certains organismes nationaux et rejetées par d'autres. Ainsi, une conclusion unanime semble peu probable si un accord ne peut être trouvé entre les hautes juridictions belges. La primauté d'un ordre juridique sur l'autre pourra enfin être établie sur le territoire belge, uniquement lorsque la Cour de cassation, le Conseil d'État et la Cour Constitutionnelle en viendront à une décision unanime.

³⁴ P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 26.

SABIN COSTEL AVERESCU*

UN'INTRODUZIONE ALLA CONCORRENZA SLEALE
TRA DIRITTO ITALIANO E DIRITTO ROMENO

This paper aims to consider the similarities and differences concerning unfair competition between Italian and Romanian measures at a normative level. In order to do so, it is necessary to observe the constitutional foundations and characteristics of each Country's economy, as those factors are the basis of all the examined measures. The next important step then is to understand how commercial law—in which unfair competition is a part—developed in the relationship between Italian and Romanian legal systems. Subsequently, unfair competition is dealt with by taking into account how it is identified. The analysis is developed in several fields of law—civil law, criminal law, administrative law—and has regard to European Union law.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Costituzione e mercato: la diversa intensità di tutela della concorrenza. – 3. Il diritto commerciale. – 3.1. L'uniformità sovranazionale del diritto commerciale. – 3.2. Il rapporto e l'influenza dell'ordinamento italiano sull'ordinamento romeno. – 3.3. Il diritto commerciale e l'Unione europea. – 4. La concorrenza sleale. Individuazione. – 4.1. La disciplina di diritto civile. – 4.1.1. Le associazioni e le organizzazioni professionali. – 4.2. La disciplina di diritto penale e contravvenzionale. – 4.3. La disciplina di diritto amministrativo. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

La concorrenza sleale è un fenomeno che interessa la competizione fra gli imprenditori sul mercato¹. Si ha concorrenza sleale, in sintesi, quando questa competizione, volta al principale fine di acquisire una maggiore clientela, va oltre i limiti di una concorrenza che si

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Gianluca Scarchillo, docente di Sistemi giuridici comparati presso Sapienza Università di Roma.

¹ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto dell'impresa*, vol. I, *Diritto Commerciale*, VII ed., Utet Giuridica, Milano, 2018, pp. 244 ss.

può svolgere pure in maniera aggressiva finendo per diventare scorretta e disonesta².

Una simile situazione, evidentemente, non può essere tollerata all'interno di un ordinamento giuridico in cui è presente un'economia di mercato. Vi è, dunque, la necessità di regolare giuridicamente i comportamenti degli imprenditori sul mercato affinché la concorrenza che si instaura fra questi ultimi avvenga in modo professionalmente corretto e leale: a tale necessità sopperisce, appunto, la disciplina della concorrenza sleale.

Si vuole, pertanto, fare in modo che attraverso tale regolamentazione la sottrazione dei clienti ad avversari e il conseguente guadagno siano il risultato di comportamenti basati sul merito degli imprenditori nell'agire sul mercato, e non su comportamenti illeciti e che, parafrasando un'espressione propria di Hans Kelsen, "contaminano la purezza" della concorrenza: solo in questo modo il mercato può continuare a svilupparsi correttamente.

Nel presente testo si realizzerà un confronto tra l'ordinamento italiano e quello romeno prendendo in considerazione le rispettive disposizioni inerenti alla (soppressione della) concorrenza sleale. Tale confronto consentirà di notare varie similitudini tra questi ordinamenti, originate dalla storia e dalle relazioni internazionali dei nostri giorni; accanto a queste, in ragione anche dello sviluppo storico e culturale proprio di ogni Stato e della diversità di tradizioni giuridiche – la c.d. *path dependence*³ –, si osserveranno altrettante differenze rilevanti.

Si ricercheranno, dunque, queste similitudini e queste differenze, andando a individuare le ragioni che hanno portato all'attuale conformazione delle due discipline. L'analisi sarà sviluppata tenendo presente il diritto dell'Unione europea e si svolgerà su più livelli: costituzionale, civile, penale (e contravvenzionale) e amministrativo.

² *Ibidem*.

³ Cfr. J. BELL, *Path Dependence and Legal Development*, in *Tulane Law Review*, 2013, vol. 87, fasc. 4, pp. 787 ss., spec. pp. 791 ss.

2. Costituzione e mercato: la diversa intensità di tutela della concorrenza.

Notoriamente, la Costituzione di uno Stato è il fondamento ultimo di ogni sua norma giuridica e, pertanto, di ogni branca del diritto. Perciò, anche il diritto commerciale – dal quale si deve partire per poter parlare di concorrenza sleale – trova un suo fondamento costituzionale. Infatti, tanto il Costituente italiano quanto quello romeno hanno provveduto, seppur in parte diversamente, in tal senso. Si consideri, a riguardo, l'impostazione economica delle Costituzioni italiana e romena per capire, poi, com'è disciplinato il diritto commerciale.

Nella Parte I, Titolo III, dedicato ai rapporti economici, la Costituzione italiana, nell'inserire il sistema economico italiano in uno di stampo prevalentemente mercantile⁴, si occupa di indicare i caratteri essenziali dell'economia: l'art. 41 stabilisce che «[l]'iniziativa economica privata è libera», indicando poi quali limiti essa incontra; l'art. 42 sancisce che «[l]a proprietà è pubblica o privata» e che «[i] beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati», prevedendo di seguito i casi nei quali l'appartenenza ai privati può essere espropriata. L'art. 43 prevede ulteriori casi di espropriazione.

La Costituzione romena, nel Titolo IV, che disciplina l'economia e le finanze pubbliche, regola giustappunto l'economia, definita all'art. 135 come economia di piazza, basata sull'iniziativa libera e sulla concorrenza e sancendo all'art. 136 che la proprietà è pubblica o privata⁵. Specificamente, nell'art. 135, co. 2, lett. a), si rinviene l'obbligo per lo Stato di assicurare la libertà di commercio, la protezione della concorrenza leale e la creazione di un quadro favorevole per la valorizzazione di tutti i fattori di produzione⁶.

Si nota in tal modo, a una prima lettura, che la Costituzione romena fa esplicito riferimento alla "concorrenza leale", mentre all'interno del testo costituzionale italiano non si ritrovano *in modo*

⁴ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, pp. 1-2.

⁵ Sull'art. 135 della Costituzione romena, v. S. TĂNĂSESCU, *Cât Costă Constituția României?*, in *Curierul Judiciar*, 2011, fasc. 2, pp. 63 ss.

⁶ Tale articolo è stato così modificato a seguito del referendum costituzionale del 2003. Cfr. S. FLOREA, *Issues on the Regulation Act in Unfair Competition in the Romanian Law and Foreign Law*, in *Romanian Journal of Intellectual Property*, 2013, fasc. 4, p. 111.

esplicito riferimenti né a un simile obbligo di protezione né alla concorrenza stessa⁷. La disciplina di quest'ultima è, invece, prevista in leggi ordinarie: per esempio, nel codice civile si ritrova la disciplina della concorrenza (artt. 2595 ss. cod. civ.) e la legislazione antimonopolistica, tesa anch'essa a tutelare la concorrenza, si rinviene nella l. n. 287/1990.

Questo non vuol significare, tuttavia, che il valore della concorrenza non è di rilevanza costituzionale nell'ordinamento italiano. Pur mancandone un esplicito riferimento, l'art. 41 Cost. contiene in sé anche il principio della concorrenza, laddove specifica, tra i limiti posti all'attività economica, che essa «[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da arrecare danno [...] alla dignità umana» e che «[l]a legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali [...]» (art. 41, co. 2 e 3, Cost.). È chiaro che l'utilità sociale, la dignità umana e il fine sociale dell'iniziativa economica sono volti a favorire lo sviluppo economico-sociale e che tale sviluppo si può avere solo in presenza di un mercato libero dove gli imprenditori concorrono tra di loro in maniera leale.

Inoltre, il principio della concorrenza assume valore centrale all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, il cui diritto ha valore primario rispetto alle norme interne italiane⁸, e dunque anche per questa via, per così dire indiretta, il valore della concorrenza assume rilevanza costituzionale in Italia (tale ultima osservazione è valida anche con riferimento alla Costituzione romena: art. 148, co. 2, 3, 4).

Si può affermare, perciò, che entrambe le Costituzioni si fanno portatrici del valore della concorrenza. *Sul piano formale*, tuttavia, la

⁷ L'unica parte della Costituzione italiana che fa esplicitamente riferimento alla concorrenza, e specificamente alla «tutela della concorrenza», è data dall'art. 117, co. 2, lett. e). Tale norma, tuttavia, non disciplina di per sé la concorrenza, ma si occupa solo di ripartire la competenza legislativa tra Stato e Regioni, e dunque non si può considerare un vero e proprio modo tramite il quale la Costituzione italiana vuole garantire quest'ultima, ma semplicemente un modo tramite il quale garantisce che la disciplina della concorrenza venga legiferata dallo Stato e non dalle Regioni. Si può aggiungere, poi, che anche questo riferimento alla concorrenza è il risultato di una modifica costituzionale, mancando nel testo originale del 1948 qualsiasi riferimento alla concorrenza.

⁸ E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, II ed., Giappichelli, Torino, 2018, pp. 293 ss.

Costituzione romena prevede una maggiore intensità di tutela – e, dunque, di garanzia – dell'attività economica di stampo liberale.

Avendo riguardo alla storia dello Stato romeno precedente all'adozione della Costituzione, avvenuta nel 1991, si può facilmente comprendere il motivo per cui quest'ultima presenti una forte affermazione dell'economia liberale. La Rivoluzione romena del 1989 si concluse con l'introduzione dell'iniziativa privata nell'economia romena⁹, a seguito della caduta del precedente regime comunista¹⁰. Quest'ultimo ebbe inizio nel 1948 con la nazionalizzazione e l'instaurazione delle relazioni "socialiste" di proprietà e dell'economia pianificata centralizzata. Durante tale periodo, il codice commerciale romeno cadde in desuetudine e venne usato solo per i rapporti di commercio esterno¹¹. Seguentemente alla Rivoluzione, dunque, il Paese si trovò in una nuova realtà politico-sociale ed economica: la Romania venne dichiarata Stato con economia di piazza e il codice commerciale romeno riacquisì il suo ruolo nella regolamentazione dei rapporti commerciali. Tuttavia, a causa della sua mancata applicazione per tutta la durata del periodo comunista, risultò essere un codice superato dallo sviluppo complesso della vita commerciale del tempo¹². In questa situazione era necessario, per poter mettere il Paese in competizione con il resto degli altri Paesi industrializzati, dare un forte segnale di recepimento del nuovo sistema economico: tale segnale venne dato nella Costituzione, nella maniera più esplicita possibile.

L'Italia, che nella sua storia non ha sperimentato un regime comunista ma fascista, non ha sentito di converso la necessità di dare disposizioni costituzionali, concernenti l'economia, di simile intensità, essendo il modello economico liberale, come detto, già insito, all'epoca, nella tradizione giuridica italiana, non completamente eroso dal regime fascista. Ne è prova anche il fatto che l'attuale codice civile del 1942, contenente norme sia di diritto civile sia di diritto commerciale, venne emanato durante tale regime. E le norme

⁹ Cfr. I. NEGRU, *Istoria Dreptului Românesc*, Nagard, Lugoj, 2014, pp. 9, 13.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cfr. V.D. ZLATESCU, *Transitional Law in Romania*, in *Drepturile Omului*, 1995, vol. 28, fasc. 1, p. 28; I. SCHIAU, *Drept comercial*, Hamangiu, București, 2009, pp. 11-12.

¹² *Ibidem*.

concernenti la disciplina della concorrenza non hanno mai subito modifiche, almeno fino al momento attuale.

Mentre l'ordinamento romeno ha cercato di ripudiare in tutti i modi gli ideali alla base del precedente regime comunista, la Costituzione italiana si è fatta invece carico di ripudiare gli ideali che furono alla base del precedente regime fascista, e la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione italiana ne è il risultato più evidente.

3. Il diritto commerciale.

Avendo preso in considerazione la differenza di intensità di tutela a livello costituzionale, si possono prendere in considerazione, ora, anche le somiglianze sostanziali, in riferimento al diritto commerciale, risultanti dall'attuale contesto internazionale nonché dal periodo precedente ai regimi dittatoriali a cui si è accennato.

Possono essere indicate tre ragioni principali che permettono di notare queste similitudini: il carattere proprio del diritto commerciale di tendere a uniformarsi a livello internazionale, le ragioni storico-giuridiche che portarono l'ordinamento romeno quasi a vedere un punto di riferimento nell'ordinamento italiano, la comune appartenenza dei due Stati all'Unione europea.

3.1. L'uniformità sovranazionale del diritto commerciale.

Si parta da una considerazione di carattere generale: il diritto commerciale è una branca del diritto caratterizzata dall'assenza di un contenuto giuridico di forte identità della tradizione giuridica e costituzionale di uno Stato. Aspetto quest'ultimo che può essere, invece, rinvenuto in altri ambiti del diritto¹³.

La ragione alla base di tale constatazione è che, innanzitutto, le esigenze del commercio sono pressoché identiche in tutti gli Stati del

¹³ E così si è espresso anche il Bundesverfassungsgericht nella sentenza del 2009 riguardante la costituzionalità del Trattato di Lisbona, dove, al par. 249, viene detto: «[l']unificazione europea sulla base di unione pattizia tra Stati sovrani, d'altra parte, non può realizzarsi in modo tale da lasciare agli Stati membri uno spazio insufficiente per la determinazione politica delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali». Il testo della sentenza, nella traduzione italiana qui riportata, è consultabile all'indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_sentenza.pdf.

mondo e dunque identiche sono le discipline a riguardo, a ragione della progressiva liberalizzazione dei rapporti commerciali internazionali, peculiarità della moderna civiltà industriale¹⁴.

Questi rapporti anzidetti – sempre più forti – richiedono, per la circolazione delle merci, che si abbia quantomeno un buon livello di uniformità sovranazionale delle regole in materia commerciale.

Un esempio è dato, a livello regionale, dal ruolo svolto da parte dell'Unione europea in tale prospettiva: l'ordinamento dell'Unione assicura la circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali al suo interno, così come previsto dall'art. 26, par. 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

L'importanza del commercio, e conseguentemente delle sue esigenze giuridiche, ha portato anche all'istituzione di molte organizzazioni internazionali che si facciano carico di queste ultime. Tra tali organizzazioni si rinvieni, innanzitutto, l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). All'interno dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), poi, degna di nota in questo senso è la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL).

Tante sono anche le convenzioni internazionali che hanno riguardato l'ambito del diritto commerciale: fra queste, la Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale del 1883, la Convenzione di Ginevra per l'unificazione internazionale del diritto cambiario del 1930, la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale del 1980.

Dimostrazione ulteriore della tendenza e della continua evoluzione del diritto commerciale sul piano internazionale si rinvieni nei Principi UNIDROIT, così come attesta soprattutto il loro frequente uso¹⁵.

E il recepimento sempre più frequente – comune al diritto italiano e romeno – di contratti impiegati per gli affari commerciali di origine straniera, per lo più statunitense, nelle discipline nazionali è forse la prova più chiara di quanto qui detto. Fra i vari contratti, come anche la stessa denominazione di questi ultimi dimostra, ne sono esempi: il *franchising*, il *leasing*, il *factoring*, la *joint venture*.

¹⁴ In questi termini, G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵ Cfr. M.J. BONELL, *The UNIDROIT Principles: First Practical Experiences*, in *European Journal of Law Reform*, 1999, vol. 1, fasc. 3, pp. 195 ss.

3.2. Il rapporto e l'influenza dell'ordinamento italiano sull'ordinamento romeno.

Vi sono, poi, ragioni storiche che sottolineano l'esistenza, nell'ambito del diritto commerciale e – come si vedrà – non solo, di similitudini tra i due ordinamenti e di un'influenza esercitata dall'ordinamento italiano sull'ordinamento romeno.

Già il diritto romano fu fonte comune di ispirazione per i due ordinamenti di cui trattasi, ponendo identiche fondamenta giuridiche in questi ultimi¹⁶. A riguardo, va ricordato che il diritto commerciale nel diritto romano non era considerato separatamente, ma era considerato quale componente del diritto civile. È durante il periodo medievale – specificamente con l'abbandono dell'economia feudale e con l'inizio dei traffici mercantili – che la disciplina commerciale fu presa in considerazione separatamente dal diritto civile: il *ius mercatorum* venne distinto dal *ius civile*¹⁷.

Tale distinzione venne mantenuta anche, a seguito della Rivoluzione francese, nell'Ottocento. E proprio nella Francia napoleonica si ha, prima d'altrove, l'emanazione di un *code civil* (1804) e di un *code de commerce* (1807)¹⁸. Napoleone, quindi, esportò tali codici nelle provincie italiane da lui conquistate, cosicché tali codici vennero tradotti ed entrarono in vigore, rispettivamente nel 1806 e nel 1808, in queste ultime¹⁹. È facile comprendere, alla luce di tali avvenimenti, l'influenza che il diritto e la codificazione francesi hanno avuto sul diritto italiano²⁰. Influenza che rimase forte anche dopo la caduta di Napoleone²¹ e che non riguardò solo l'Italia, bensì quasi tutto il

¹⁶ Sul punto, per approfondire, v. T. SÂMBRIAN, *Roma nella coscienza romena*, in *Revista de Științe Juridice*, 2007, fasc. 3, pp. 114 ss. Inoltre, in riferimento al diritto in Dacia in qualità di provincia romana, v. I. NEGRU, *op. cit.*, pp. 24 ss.

¹⁷ Per le ragioni che hanno portato a tale separazione, v. G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 5.

¹⁸ E non solo. A distanza di pochi anni vennero emanati, sempre in Francia, anche altri codici: il *code de procédure civile* (1806), il *code pénal* (1810), il *code d'instruction criminelle* (1808), v. G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3.

¹⁹ G. ASTUTI, *op. cit.*, pp. 4 ss.; G. ALPA, *Manuale di Diritto Privato*, X ed., Cedam, Milano, 2018, p. 24.

²⁰ G. ASTUTI, *op. cit.*, *passim*.

²¹ *Ibidem*.

mondo nel quale il *code civil* venne, più o meno evidentemente, imitato o dal quale quantomeno si prese spunto.

Dopo l'unificazione italiana del 1861, nel Regno d'Italia, avendo come modello sempre la codificazione napoleonica, vennero emanati nel 1865, insieme ad altri codici, il codice civile (c.d. codice Pisanelli, dal nome dell'allora ministro di grazia e giustizia Giuseppe Pisanelli) e il codice di commercio²². Data però l'inadeguatezza di quest'ultimo, venne sostituito da un altro codice di commercio nel 1882, il quale, più moderno, era un codice proprio dell'epoca in cui venne redatto. Infatti, esso portava notevoli innovazioni e favoriva i traffici e i commerci in un momento importante dell'economia italiana soddisfacendo le esigenze che l'industrializzazione fece emergere meglio del precedente codice²³. In entrambi questi due codici di commercio – quello del 1865 e quello del 1882 – si ritrova un'impostazione di disciplina di tipo oggettivo: essi non si occupano dei commercianti intesi quali soggetti del diritto commerciale, bensì si occupano degli «atti di commercio»²⁴ (cfr. art. 3 del codice di commercio del 1882) intesi quali oggetto del diritto commerciale.

La riforma legislativa del 1942 ha portato, notoriamente, all'unificazione dei codici civile e commerciale. Alla base dell'unificazione vi era l'esigenza, da parte del regime fascista del tempo, di concretizzare la concezione corporativa tramite l'unificazione, in un solo e unico codice, di tutte quelle regole inerenti ai comportamenti, giuridicamente rilevanti, dell'*homo oeconomicus*²⁵. Di conseguenza, si «cercava, attraverso la riconduzione a unità sotto il segno del *lavoro*, di comporre i conflitti di classe nel nome di una nuova pace sociale nella quale anche l'imprenditore doveva essere visto come un lavoratore»²⁶.

L'unificazione fu accompagnata da novità. Innanzitutto, il codice civile del 1942 abbandona la categoria degli atti di commercio, e così pure l'impostazione di tipo oggettivo del codice di commercio precedente a favore di un'impostazione di tipo soggettivo: non ci si

²² Tali codici, che sono appunto stati emanati nel 1865, entrarono in vigore l'anno seguente, cfr. *ivi*, p. 67.

²³ G. ALPA, *op. cit.*, pp. 27-28.

²⁴ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, pp. 6 ss.

²⁵ Così G. ALPA, *op. cit.*, p. 44.

²⁶ In termini, M. CIAN (a cura di), *Manuale di Diritto Commerciale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 4.

riferisce più, per esempio, tanto all'“impresa” quanto all'“imprenditore”²⁷ (cfr. artt. 2082 e 2083 cod. civ.). Altra novità è data dall'unificazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti²⁸: con la scomparsa della categoria degli atti di commercio, tutti gli atti sono regolati in maniera unitaria, e quindi unitaria è la disciplina generale dei contratti e delle obbligazioni e quella dei singoli contratti, senza più distinzioni tra diritto civile e diritto commerciale²⁹.

Anche nei territori dell'attuale Romania fu centrale l'ispirazione alla codificazione francese. Ma altrettanto centrale fu nel tempo – come si vedrà – l'ispirazione alla codificazione italiana.

L'importanza del *code civil* è venuta in rilievo con l'applicazione nei Principati romeni preunitari rispettivamente in Muntenia del codice *Caragea* (1817) e in Moldavia del codice *Calimach* (1818)³⁰, influenzati per l'appunto dal codice civile francese e anche dal codice civile austriaco³¹. Al codice civile austriaco si ispirava altresì il diritto civile applicato in Transilvania³². E seguentemente, con i regolamenti organici del 1831-1832 (*regulamentele organice*)³³, si ha ancora

²⁷ Questo esempio è presente in S.D. CĂRPENARU, *Dreptul comercial în condițiile Noului Cod civil*, in *Curierul Judiciar*, 2010, fasc. 10, p. 544.

²⁸ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, pp. 10-12.

²⁹ *Ibidem*; v. anche M. CIAN, *op. cit.*, pp. 5 ss.

³⁰ M.I. IACOB, *The Development of the Romanian Medieval Law towards the First Signs of Modern Law – The Phanariot Age*, in *Jurnalul de Studii Juridice*, 2010, fasc. 5, pp. 169 ss. Per la storia del diritto romeno prima dell'unione dei Principati, cfr. L.P. MARCU, *Istoria dreptului românesc*, București, 1997, pp. 174, 150 ss. Specificamente, per la storia del diritto commerciale romeno, v. I. SCHIAU, *op. cit.*, pp. 9 ss.

³¹ L.P. MARCU, *op. cit.*, p. 167; M.D. BOCȘAN, *Problema codificării civile în România*, in *Pandectele Române*, 2003, fasc. 1, pp. 173-174; M. DUȚU, *Noul Cod Civil: Etapă Importantă în Dezvoltarea Dreptului Privat Român*, in *Romanian Case Law Review*, 2011, fasc. 5, p. 14.

³² Cfr. L.P. MARCU, *op. cit.*, p. 208.

³³ I regolamenti organici, uno per ogni Principato, vennero emanati dalle autorità russe, che al tempo avevano il controllo sui due Principati, e introdussero in questi ultimi le stesse Istituzioni, di modo che venisse più facile controllarli. I due regolamenti sono estremamente simili, presentando solo poche differenze di rilevanza marginale, cfr. M.I. IACOB, *op. cit.*, pp. 277 ss.

Il valore di questi regolamenti, internamente ai due Stati, può essere considerato come quello di «constitutional papers»: cfr. C. BOCANCEA, *Elements of Romanian Constitutional History*, in *Jurnalul de Studii Juridice*, 2014, vol. 9, fasc. 1-2, pp. 135 ss.

l'applicazione in Muntenia e in Moldavia del *code de commerce*³⁴, recepito da questi ultimi.

La necessità di norme più avanzate nella materia commerciale, dovuta allo sviluppo dell'economia, portò all'adozione, nel 1840 in Muntenia, di un codice del commercio (*condica de comerčiu*), che aveva come modello, anch'esso, il *code de commerce*³⁵.

Dopo l'unificazione dei Principati della Muntenia e della Moldavia del 1859³⁶ (la Transilvania, successivamente, si unirà al resto della Romania nel 1918³⁷), nel nuovo Stato unitario romeno, che assunse la forma di Principati Uniti (*Principatele Unite Române*)³⁸, venne esteso nel 1864 il richiamato codice del commercio anche alla Moldavia³⁹, avendo così per la materia commerciale una disciplina unitaria data dal codice del commercio dei Principati Uniti Romeni (*condica de comerčiu a Principatelor Unite Române*), il quale, essendo un'estensione, guardava, come detto, al modello francese⁴⁰.

Sempre nello stesso anno venne adottato, in materia civile, il codice civile del 1864⁴¹, noto anche come *codul civil al lui Cuza*⁴², dal nome dell'allora sovrano romeno Alexandru Ioan Cuza, al quale si deve la riforma legislativa che portò a una legislazione unificata all'interno dello Stato⁴³. Ed è proprio in questo periodo che si può apprezzare un'ispirazione diretta al diritto italiano da parte di quello romeno, anche se pur sempre con la presenza del diritto francese,

³⁴ I. SCHIAU, *op. cit.*, p. 11.

³⁵ V. l'indirizzo: https://www.academia.edu/16421858/Istoria_Statului_si_Dreptului_Romanesc (pp. 80 ss.).

³⁶ Sull'unione dei Principati, v. I. NEGRU, *op. cit.*, pp. 7 ss.

³⁷ Nel 1918 ha infatti luogo la c.d. "Grande Unione" (*Marea Unire*) tra il Regno di Romania, la Transilvania e le altre Regioni storicamente abitate dai romeni.

³⁸ Sul punto, cfr. M. DUȚU, *op. cit.*, p. 14.

³⁹ N. PREPELITA, *A Brief History of Pre-Insolvency Proceedings in Romania (Part I)*, in *Phoenix Revista de Insolvență*, 2019, fasc. 67, p. 9.

⁴⁰ I. SCHIAU, *op. cit.*, p. 11.

⁴¹ Tale codice, che è stato adottato nel 1864, entrò in vigore nel 1865 (tant'è che viene indicato anche come codice civile romeno del 1865), cfr. L.P. MARCU, *op. cit.*, p. 208.

⁴² P. ANDREI, *Alexandru Ioan Romanian Codex. The First Edition of the Romanian Civil Code*, in *Analele Științifice ale Universității Al. I. Cuza din Iași Științe Sociale*, 1983, vol. 29, pp. 37 ss.

⁴³ M.D. RADU, *Știința dreptului în România în cea de-a doua jumătate a secolului al XIX-lea și până la Primul Război Mondial*, in *Fiat Iustitia*, 2013, fasc. 2, pp. 50 ss.

soprattutto – per quanto concerne quest'ultimo – in forza del suo prestigio e del suo consolidato utilizzo come modello di molti codici borghesi⁴⁴.

Cuza, dunque, deciso per una riforma radicale nel Paese, ordinò l'elaborazione di un codice civile che avesse come base e seguisse, tra l'altro, il modello del progetto del codice Pisanelli⁴⁵. Della sua elaborazione e redazione si occupò la Commissione centrale con sede a Focșani⁴⁶ (*Comisia centrală de la Focșani*), incaricata dal sovrano stesso.

La decisione di ispirarsi al progetto italiano fu presa poiché i redattori romeni ritennero che quest'ultimo, oltre a risultare una novità e a godere di un certo apprezzamento in Europa⁴⁷, tenesse conto dei cambiamenti avvenuti nella società e nell'economia europee nel tempo. In più, questo progetto tendeva a realizzare un codice civile che fosse un'opera legislativa a carattere unificatore⁴⁸ (anche l'Italia aveva da poco realizzato l'unificazione nazionale), il che corrispondeva perfettamente alle esigenze del giovane Stato romeno nonché alle intenzioni di Cuza.

Tuttavia, la Commissione si ispirò al progetto del codice italiano summenzionato fino al 1863-1864, per poi indirizzare la sua attenzione al *code civil*. Tale cambiamento fu il risultato di vari motivi. Innanzitutto, l'entrata in vigore del codice Pisanelli ritardò, e ciò indusse i redattori romeni a prediligere un codice, quale il *code civil*, già sperimentato⁴⁹. Inoltre, il presidente del Consiglio di Stato, Constantin Bosianu, giurista e dal 1865 primo ministro, aveva già mostrato una inclinazione filofrancese, motivata soprattutto dai suoi studi in Francia e dunque da una maggiore familiarità con la codificazione francese⁵⁰.

⁴⁴ V. l'indirizzo: <https://www.spiruharet.ro/facultati/drept-craiova/zone/d63899137f6be6abf156d816c523a3ed.pdf> (p. 136).

⁴⁵ Cfr. M.D. RADU, *op. cit.*, p. 50; L.P. MARCU, *op. cit.*, p. 208.

⁴⁶ *Ivi*, p. 154.

⁴⁷ V. l'indirizzo: <https://www.spiruharet.ro/facultati/drept-craiova/zone/d63899137f6be6abf156d816c523a3ed.pdf> (p. 136).

⁴⁸ V. l'indirizzo: https://www.academia.edu/16421858/Istoria_Statului_si_Dreptului_Romanesc (p. 91).

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ M.D. RADU, *op. cit.*, p. 50.

Ma questo cambio di rotta non rese il lavoro precedentemente fatto irrilevante, tant'è che il risultato finale fu un codice civile che ha combinato, al suo interno, tra gli altri, sia il diritto francese sia quello italiano.

La rilevanza del diritto italiano si può osservare, per esempio, nella disciplina del contratto: l'art. 1098 cod. civ. italiano del 1865 definisce il contratto, e identico a questo è l'art. 942 cod. civ. romeno del 1864⁵¹. In più, Vasile Boerescu, giurista e vicepresidente del Consiglio di Stato, precisa, per esempio, come l'art. 828, co. 2, e gli artt. 967, 1047 e 1080 cod. civ. romeno presentino testi presi dal progetto del codice Pisanelli⁵².

La forte ispirazione al *code civil*, invece, è rinvenibile molto chiaramente in tutto il codice. Un esempio ne è già la stessa struttura originaria del codice, che ricalcava esattamente quella francese: un titolo preliminare e tre libri, che trattavano gli stessi e identici argomenti del *code civil* (ma anche il codice Pisanelli conservava questa struttura).

Tuttavia, si deve anche dire che non si è di fronte solo a un'operazione di mera imitazione, poiché il codice civile romeno del 1864 è stato redatto tenendo conto della realtà politico-sociale ed economica romena del tempo, e quindi anche adeguando e adattando, dove necessario, le norme di ispirazione⁵³.

Per quanto riguarda la materia commerciale, una svolta importante si ha nel 1887, quando venne adottato il codice commerciale romeno (*cod comercial român*). Nel 1883 il Ministero della giustizia aveva costituito una commissione per la redazione di un nuovo codice commerciale, composta da giuristi specialisti del tempo in diritto commerciale. I lavori durarono due anni e così nel 1885 venne presentato il progetto⁵⁴.

Da rimarcare è che il modello italiano, anche se passato in secondo piano in ambito civile, è rimasto comunque centrale in ambito commerciale⁵⁵, tant'è che fonte d'ispirazione per il *cod comercial* fu il

⁵¹ AA.VV., *Executarea în Natură a Obligațiilor Civile în Codul Civil și în Proiectul Noului Cod Civil*, in *Revista de Științe Juridice*, 2006, fasc. 1, p. 44.

⁵² P. ANDREI, *op. cit.*, p. 38.

⁵³ Per ulteriori informazioni, v. l'indirizzo: https://www.academia.edu/16421858/Istoria_Statului_si_Dreptului_Romanesc (p. 91).

⁵⁴ M.D. RADU, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁵ M.D. BOCȘAN, *op. cit.*, p. 177.

codice di commercio italiano del 1882⁵⁶, poiché influenzato dal prestigioso *code de commerce*, ma che rispetto a questo risultava essere – come si è detto – più moderno. Il *cod comercial* rimase in vigore, seppur modificato nel tempo, fino al 1948, quando il Paese – come già evidenziato – passò a un'economia centralizzata⁵⁷ e il *cod comercial* si ritenne caduto in desuetudine rimanendo applicato solo ai rapporti di commercio esterno⁵⁸.

Nel caso del *cod comercial* l'ispirazione alla codificazione italiana è rinvenibile, per esempio, già nelle prime disposizioni. Si prenda come esempio l'art. 1 dei rispettivi codici.

L'art. 1 del codice di commercio italiano così recitava: «(1) [i]n materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali. (2) In mancanza si applica il diritto civile».

L'art. 1 del *cod comercial* disponeva che nel commercio si applicava il codice medesimo e che dove esso non disponeva si applicava il codice civile.

Entrambi gli articoli richiamaavano la disciplina civile ove i codici in materia commerciale nulla disponessero: anche quando il diritto commerciale, in tali ordinamenti, risultò formalmente separato dal diritto civile, quest'ultimo trovò sempre un'applicazione, un'"intromissione" nel diritto commerciale, anche se in via residuale⁵⁹.

Ancora. Il codice di commercio italiano prevedeva, in materia di fallimento, l'istituto della moratoria. Quest'ultimo venne ripreso anche dal *cod comercial*⁶⁰.

Tuttavia, il *cod comercial*, come detto anche per il codice civile romeno del 1864, mantiene comunque un'autonomia dalle sue fonti di ispirazione: a differenza tanto del *code civil* quanto del codice di

⁵⁶ Cfr. L.P. MARCU, *op. cit.*, p. 212; I. NEGRU, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁷ I. SCHIAU, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Un esempio concernente l'applicazione del diritto civile (in via sussidiaria, si potrebbe dire) riguardava proprio la concorrenza sleale: il codice di commercio italiano non conteneva norme riguardo a quest'ultima, cosicché la giurisprudenza, all'occorrenza, applicò il diritto civile, e specificamente la disciplina generale dell'illecito civile: così G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 244. V., poi, anche AA.VV., «*Afferrare... l'inafferrabile*». *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 115 ss.

⁶⁰ N. PREPELITA, *op. cit.*, p. 9.

commercio italiano, nel *cod comercial* è presente la categoria dei *fatti di commercio* (cfr. art. 3 di quest'ultimo), mentre i primi due codici conoscono la categoria, che si è già richiamata, degli *atti di commercio*⁶¹.

Seguentemente, nel 1940 venne adottato il codice commerciale di re Carlo II (*cod comercial Carol al II-lea*), il quale doveva, alla luce della creazione del Regno di Romania e dell'espansione dei territori romeni, risultare un codice attualizzato e a carattere unificatore. Tuttavia, nonostante l'adozione, la pubblicazione e perfino la sua modificazione, non venne mai applicato a causa di continui rinvii di tale momento⁶².

Si è detto prima che l'Italia ha adottato un sistema unico di disciplina di diritto civile e di diritto commerciale nel 1942. In Romania si ha un sistema dualistico fino al 2011, anno in cui è entrato in vigore il nuovo codice civile romeno (l. n. 287/2009: *nou cod civil*), che regola la materia civile e la materia commerciale unitariamente. Con la l. n. 71/2011 venne quindi abrogato il *cod comercial* del 1887 e il *cod comercial Carol al II-lea*. Nella stessa legge furono previste norme di transizione e norme per mettere in applicazione il nuovo codice.

L'art. 3 *nou cod civil* – nel Libro I (sulle persone) – dimostra questa unificazione delle norme di diritto commerciale con quelle del diritto civile anche nell'ordinamento romeno⁶³, sancendo l'applicazione delle norme del codice civile anche agli imprenditori⁶⁴.

Punto di ispirazione principale, questa volta, come si può notare anche dall'esposizione dei motivi che hanno accompagnato il progetto del nuovo codice, è stato il codice civile del Québec (*code civile*

⁶¹ Si rinvia a I. SCHIAU, *op. cit.*, pp. 353 ss.

⁶² P.G. BUTA, *Protection of the Company and the Logo in the Charles the II Commercial Code*, in *Romanian Journal of Intellectual Property Law*, 2012, fasc. 4, p. 158.

⁶³ G. PIPEREA, *Dreptul Civil Comercial – Specie a Dreptului Civil*, in *Curierul Juridic*, 2011, fasc. 7-8, pp. 363 ss.

⁶⁴ L'art. 3, co. 1 e 2, prevedono che le disposizioni del presente codice si applicano ai rapporti tra professionisti, così come ai rapporti tra questi e ogni altro soggetto di diritto civile, e che sono considerati professionisti tutti coloro che gestiscono un'impresa. L'art. 3, co. 3, precisa che cosa, per la legge, si intende con "gestione di un'impresa".

du Québec)⁶⁵, il quale promuove, infatti, una concezione monista, e dunque di regolamentazione unitaria di diritto privato. Nell'esposizione dei motivi addotti nel Parlamento romeno, si precisa che l'attività di redazione del progetto del nuovo codice civile ha beneficiato dell'aiuto della allora Canadian International Development Agency (CIDA) tramite gruppi di esperti provenienti dal Québec. Il loro aiuto consistette essenzialmente in consulenza periodica riguardo al progetto romeno, nella partecipazione alle commissioni e nella trasmissione di materiale documentario di studi di diritto comparato⁶⁶.

Ulteriore fonte di ispirazione è stato il codice civile italiano⁶⁷. Anche per la l. n. 71/2011 ci si è ispirati, come risulta anche in questo caso dall'esposizione dei motivi riguardante la legge ora richiamata, oltre che ovviamente alla legge sull'applicazione del codice civile del Québec, alle disposizioni di attuazione e transitorie per mettere in applicazione il codice civile italiano (r.d. n. 318/1942).

Con l'introduzione di istituti di diritto commerciale nel *nou cod civil* si è avuta la c.d. commercializzazione del diritto privato⁶⁸: le previsioni di diritto commerciale sono state estese a tutte le relazioni rette dal diritto privato⁶⁹.

Lo stesso è avvenuto, come si è avuto modo di vedere, in Italia nel 1942: il fenomeno della commercializzazione del diritto privato ha portato all'applicazione dei principi di diritto commerciale al diritto civile anche nell'ordinamento italiano.

Queste conclusioni trovano facile riscontro, per esempio, nel modo in cui le norme derogatorie delle obbligazioni commerciali sono state riprese nel *nou cod civil* dal *cod comercial* del 1887⁷⁰. Non si può, a questo punto, non notare che – come detto

⁶⁵ Per approfondire il punto, v. AA.VV., *Codul Civil din Quebec: Sursă de Inspirație în Procesul de Recodificare a Dreptului Civil Român*, in *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Jurisprudentia*, 2011, fasc. 1, pp. 5 ss.

⁶⁶ Il testo dell'esposizione dei motivi è consultabile su: <http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/5/em305.pdf>.

⁶⁷ I. NEGRU, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁸ Per tale espressione, *ex plurimis*, cfr. G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, pp. 7 ss.

⁶⁹ L.B. SĂULEANU, *Legal Status of Professionals and Companies under the Sway of The New Romanian Civil Code*, in *Journal of Law and Public Administration*, 2015, vol. 1, fasc. 2, p. 66. Per un approfondimento, v. L.E. SMARANDACHE, *The Transition of Commercial Law in the National Legal System under the Influence of the Romanian Civil Code*, in *Revista de Științe Juridice*, 2016, fasc. 1, pp. 40 ss.

⁷⁰ L.B. SĂULEANU, *op. cit.*, p. 66.

precedentemente – anche in Italia nel 1942, con la scomparsa degli atti di commercio, si è avuta un'unificazione della disciplina delle obbligazioni e dei contratti.

Si è anche notato che, pure in presenza di quest'ispirazione alla codificazione italiana, nel passato vi furono comunque differenze tra i codici dei due ordinamenti. Differenze, a maggior ragione questa volta per la più “debole” ispirazione, sono rinvenibili anche in questo caso.

Mentre, per esempio, nel codice civile italiano è rinvenibile una trattazione più ordinata della materia commerciale, nel *nou cod civil* questa risulta essere rintracciabile “a tratti” e incompleta, non bastando il solo codice per regolare, neanche nelle sue linee generali, tutta la materia commerciale. La disciplina italiana in materia commerciale si esplica, specialmente ma non solo⁷¹, nel Libro V («Del lavoro»): il legislatore si è occupato in questa sede di dare la nozione di imprenditore e di disciplinare la rappresentanza commerciale, la disciplina del contratto di società e delle società, la disciplina dei segni distintivi, la concorrenza sleale, ecc. Tra le fonti più importanti fuori dal codice civile si annotano il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (che ha sostituito la precedente legge fallimentare, cioè il r.d. n. 267/1942) e le fonti europee, come gli artt. 101 e 102 TFUE in materia di diritto *antitrust*. Non tutto si riduce, pertanto, al codice civile, ma la parte generale della disciplina è comunque in quest'ultimo.

La disciplina romena non si esplica, invece, in un libro specifico del *nou cod civil*: la definizione di imprenditore – si è visto – si trova nel Libro I (art. 3), la disciplina della rappresentanza commerciale e del contratto di società (immesso nella disciplina dei contratti, contrariamente a quanto avviene nel codice civile italiano⁷²) si ritrovano nel Libro V (sulle obbligazioni), rispettivamente all'art. 1297 e agli artt. 1881-1954, mentre le discipline delle società, dei segni distintivi, della concorrenza e della concorrenza sleale si ritrovano tutte in leggi

⁷¹ Per esempio, i contratti di natura commerciale sono rinvenibili nel Libro IV («Delle obbligazioni») e sempre al diritto commerciale si riferiscono gli artt. 2709-1710 (sull'«[e]fficacia probatoria contro l'imprenditore» e sull'«[e]fficacia probatoria tra imprenditori») del Libro VI («Della tutela dei diritti»).

⁷² Il contratto di società in Italia è disciplinato dall'art. 2247 cod. civ., nel Libro V, e non nel Libro IV.

separate, rispettivamente le leggi nn. 31/1990, 84/1998, 21/1996 e 11/1991.

3.3. Il diritto commerciale e l'Unione europea.

L'Unione europea ha avuto e attualmente ancora ha senza alcuna ombra di dubbio il merito di armonizzare in vari campi – ivi incluso quello commerciale – le legislazioni nazionali degli Stati membri dell'Unione⁷³, tra cui si annoverano l'Italia e la Romania. La stessa origine dell'Unione si rinviene in organizzazioni internazionali che hanno avuto finalità economiche⁷⁴.

È da tenere in considerazione, ulteriormente, che l'art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea (TUE) istituisce, nel territorio dell'Unione europea, un *mercato interno*, nel quale possono circolare merci, persone, servizi e capitali⁷⁵ (art. 26, par. 2, TFUE). In aggiunta a ciò, la definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno e la politica commerciale comune sono settori di competenza esclusiva dell'Unione europea (art. 3, par. 1, lett. b) ed e), TFUE). Già da questo si desumono l'importanza che l'Unione europea svolge nei campi economico e commerciale e la forte intensità con cui può agire.

L'intervento europeo si esplica in maniera molto ampia nell'ambito commerciale.

Per fare un esempio in campo societario, si pensi al regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società europea (SE) e alla direttiva 2001/86/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori⁷⁶.

⁷³ M. CIAN, *op. cit.*, pp. 9 ss.

⁷⁴ Com'è noto, esse sono la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), la Comunità economica europea (prima CEE, poi CE), e la Comunità europea per l'energia atomica (CEEa o Euratom).

⁷⁵ Per un approfondimento, v. G.M. RUOTOLO, *La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale*, 2012, fasc. 2-3, pp. 433 ss., spec. pp. 436 ss.

⁷⁶ Sul regolamento e sulla direttiva richiamati, v. D. CORAPI, F. PERNAZZA (a cura di), *La Società Europea. Fonti comunitarie e modelli nazionali* (Estratto), Giappichelli, Torino, 2017.

Altro esempio è rinvenibile nella regolamentazione dei marchi, alla cui disciplina nazionale se ne aggiunge giustappunto una europea. Ed è quest'ultima che sostanzialmente disciplina attualmente i marchi, dal momento che l'evoluzione del rapporto tra Stati membri e Unione è arrivata al punto che la linea tra l'autonomia degli Stati membri e la centralizzazione europea, in materia di marchi, si è spostata nel tempo a favore di quest'ultima⁷⁷.

Va anche evidenziata l'importante attività dell'Unione europea in materia di diritto *antitrust*, la cui base è rinvenibile nei già richiamati artt. 101 e 102 TFUE⁷⁸. Per l'attuazione di questi ultimi, è richiesto il coordinamento delle Autorità nazionali degli Stati membri che si occupano di tutelare la concorrenza con la Commissione europea⁷⁹, favorendo evidentemente e conseguentemente in questo modo la stessa integrazione europea. Tali Autorità sono l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) in Italia e il Consiglio della Concorrenza (*Consiliul Concurenței*) in Romania, su cui si ritornerà. Tuttavia, poiché questa disciplina è applicabile solo al fine di evitare che pratiche anticoncorrenziali possano pregiudicare il commercio *tra* Stati membri e che possano sostanzialmente falsare la concorrenza (solamente) nel mercato interno (artt. 101, par. 1, e 102, par. 1, TFUE), la disciplina europea può essere applicata solo laddove la pratica anticoncorrenziale rilevi a livello europeo, mentre nei casi di rilevanza meramente nazionale si applicherà esclusivamente la normativa interna sulla concorrenza, che principalmente si rinviene negli artt. 2595-2597 cod. civ. e nella l. n. 287/1990 in Italia e che è fondamentalmente regolata dalla l. n. 21/1996 in Romania⁸⁰.

⁷⁷ Così G.B. DINWOODIE, *The Europeanisation of Trade Mark Law*, in *Legal Research Papers Series*, 2013, fasc. 54, pp. 1 ss., spec. pp. 15 ss.

⁷⁸ Per il diritto *antitrust* si rinvia a G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2021, pp. 329 ss.

⁷⁹ G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale* (Estratto), V ed., Giappichelli, Torino, 2017, pp. 263 ss.

⁸⁰ Tuttavia, le leggi n. 287/1990 (in Italia) e n. 21/1996 (in Romania) sostanzialmente ricalcano le menzionate norme del TFUE, rendendo dunque omogenea la disciplina sovranazionale con quella nazionale nei due ordinamenti.

4. La concorrenza sleale. Individuazione.

Le fonti attuali della disciplina della concorrenza sleale sono gli artt. 2598-2601 cod. civ. in Italia e la l. n. 11/1991 in Romania⁸¹. La concorrenza sleale non trovava disciplina né nel codice di commercio italiano del 1882 né nel *cod comercial* del 1887.

L'art. 2598 cod. civ. e l'art. 2, l. n. 11/1991, individuano le fattispecie in cui si concretizza la concorrenza sleale. Dopo aver previsto due fattispecie tipiche di concorrenza sleale, entrambi gli articoli prevedono un criterio generale di individuazione di quest'ultima.

Entrambe le disposizioni si rifanno alla Convenzione di Parigi sulla protezione della proprietà industriale del 1883⁸², e specificamente all'art. 10 *bis*, par. 2, che configura quale atto di concorrenza sleale ogni atto di concorrenza contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale: e ciò è previsto, in sostanza, sia dall'art. 2598, co. 2, n. 3, cod. civ. sia dall'art. 2, co. 2, lett. c), l. n. 11/1991.

Comune alle due discipline è il requisito della sola potenzialità – non è richiesta l'attualità – delle fattispecie al fine di applicare la disciplina prevista: l'art. 2598 parla di atto di concorrenza sleale *idoneo* a danneggiare l'altrui azienda; l'art. 2 prevede che costituiscono concorrenza sleale (*concurență neloială*) le pratiche commerciali che producono o *possono* produrre danni a ogni partecipante sul mercato (cfr. anche l'art. 7, co. 3, l. n. 11/1991).

Come già sottolineato, gli articoli del codice civile italiano in questione non hanno mai subito modifiche.

La legge romena, invece, è stata sottoposta a modifiche nel corso degli anni. Quelle più importanti sono avvenute tramite l'ordinanza n. 12/2014 del Governo, successivamente convertita nella l. n. 117/2015⁸³. Le modifiche sono state motivate dalla necessità di

⁸¹ Come detto, la Costituzione romena è stata adottata nel 1991, successivamente alla Rivoluzione romena del 1989. La legge qui richiamata è la n. 11 dell'anno di adozione della Costituzione: la concorrenza sleale è stata disciplinata in una delle primissime leggi adottate nel periodo immediatamente successivo alla caduta del regime comunista, poiché giustappunto era nata un'esigenza prima sconosciuta, cioè quella della tutela degli imprenditori in un mercato libero.

⁸² G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 245. Inoltre, per approfondire l'argomento, v. S. TORRE, *The International Paris Convention of 1883 and the Protection of the Industrial Property*, in *Historia et ius*, 2017, fasc. 12, pp. 1 ss., spec. pp. 23 ss.

⁸³ Sulle varie modifiche apportate alla l. n. 11/1991 nel corso degli anni nonché sulla stessa modifica apportata con l'ordinanza del Governo richiamata, v. A. COTUȚIU,

maggiore armonizzazione della disciplina nazionale nel contesto dell'Unione europea⁸⁴, nonché per una modernizzazione della disciplina stessa così come richiesto dal Consiglio della Concorrenza⁸⁵.

4.1. La disciplina di diritto civile.

Una volta individuate le fattispecie di concorrenza sleale, sono previste sanzioni di diritto civile da parte di entrambi gli ordinamenti. Nell'ordinamento italiano, l'art. 2599 cod. civ. prevede come sanzione, tramite la sentenza che accerta gli atti di concorrenza sleale, l'inibizione della continuazione degli atti stessi per il futuro⁸⁶ e la rimozione degli effetti da questi creati.

La sentenza deve dunque solamente accertare l'esistenza di atti di concorrenza sleale per l'applicazione dell'inibizione, indipendentemente dal fatto che questi abbiano o meno già prodotto danni. Questo perché – come accennato – basta solo la potenzialità affinché si accerti ex art. 2598 cod. civ. che si è in presenza di un atto di concorrenza sleale e che esso, quindi, per ciò stesso vada sanzionato. Né vi è bisogno che vi sia colpa o dolo per l'applicazione dell'inibizione⁸⁷. Dunque, la soggettività dell'atto non ha rilevanza: oggettivamente vi è l'atto di concorrenza sleale, oggettivamente questo viene inibito.

Nell'ordinamento romeno, una disposizione di simile portata è rinvenibile nell'art. 7, co. 1 e 3, l. n. 11/1991, il quale prevede giustappunto la cessione e l'interdizione – valida, come per la disciplina italiana, per il futuro – di pratiche di concorrenza sleale. Non si fa poi riferimento, in nessuna parte della legge romena, alla necessità della

Studiu asupra Evoluției Concurenței Neloiale privind Răspunderea Contravențională și Răspunderea Penală, in *Curierul Judiciar*, 2016, fasc. 5, pp. 251 ss.

⁸⁴ Per l'esposizione dei motivi e per quanto si verrà a dire a proposito, v. l'indirizzo: <http://www.cdep.ro/proiecte/2014/500/40/9/em768.pdf>.

⁸⁵ P.G. BUTA, *Analysis of the Amendments to Law No. 11/1991 on Unfair Competition by Government Ordinance No. 12/2014*, in *Romanian Journal of Intellectual Property Law*, 2015, fasc. 1, p. 102.

⁸⁶ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 258. Sul piano processuale, il giudice, con la sentenza, specificherà le condotte che in concreto la parte soccombente non dovrà più tenere in futuro (c.d. efficacia determinativa dell'obbligo generico violato): C. CONSOLO, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, vol. I, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, XII ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 80.

⁸⁷ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 258.

presenza della colpa o del dolo, che sono quindi, nel silenzio del legislatore, irrilevanti così come anche nella disciplina italiana.

L'art. 2600 cod. civ. prevede il risarcimento del danno, che, diversamente dall'inibizione, si ha solo in presenza di colpa o di dolo e, ovviamente, solo per gli atti di concorrenza sleale *già posti in essere*. Sempre in presenza di colpa o di dolo, si sancisce che può essere ordinata la pubblicazione della sentenza, a spese del soccombente, come effetto pubblicitario a favore del concorrente vittorioso⁸⁸.

Riguardo a quest'ultimo punto, anche la legge romena prevede la possibilità della pubblicazione della sentenza, totale o parziale, su un giornale di larga circolazione, a spese della parte soccombente (art. 7, co. 5). Diversamente dall'art. 2600 cod. civ., nessun articolo della legge romena fa direttamente riferimento al risarcimento del danno. L'art. 3 della stessa legge, tuttavia, prevede che il mancato rispetto dell'obbligo previsto dall'art. 1 – cioè del rispetto della concorrenza leale – attira la responsabilità civile, contravvenzionale o penale, nelle condizioni previste dalla medesima legge. Si fa così un richiamo alla responsabilità civile, disciplinata nel *nou cod civil*. L'art. 1349, co. 1, di quest'ultimo sancisce che ogni persona ha il dovere di rispettare le regole di condotta che la legge o l'usanza del luogo impone e di non toccare, tramite le sue azioni o inazioni, i diritti o gli interessi legittimi di altre persone. Inoltre, l'art. 1357, co. 1, del medesimo codice prevede che colui che causa un pregiudizio, tramite un fatto illecito compiuto con intenzione o con colpa, è obbligato a ripararlo. Il risarcimento del danno viene dunque garantito grazie al combinato disposto degli artt. 1349 e 1357 *nou cod civil*, poiché in caso di mancato rispetto di regole imposte dalla legge – quale il rispetto della concorrenza leale previsto dalla l. n. 11/1991 – si ha l'obbligo di riparare integralmente tutti i pregiudizi causati, con intenzione o con colpa, al concorrente leso.

Si può apprezzare in questo modo come nell'ordinamento romeno la materia del diritto commerciale, pur se regolata in alcuni casi fuori dal codice civile (come nel caso della concorrenza sleale), è comunque, come nell'ordinamento italiano, materia unita a quella di diritto civile. D'altronde, si è detto della regolamentazione unitaria della disciplina delle obbligazioni e, in generale, dell'unificazione –

⁸⁸ *Ibidem*.

presente in tutt'e due gli ordinamenti – nel codice civile del diritto commerciale e del diritto civile.

Le sanzioni previste dalle due discipline, e messe ora a confronto, mostrano come, in materia civile, queste prevedano una regolamentazione ad ogni modo molto simile.

4.1.1. Le associazioni e le organizzazioni professionali.

L'art. 2601 cod. civ. prevede la possibilità che l'azione per reprimere gli atti di concorrenza sleale, di cui si è detto ora, possa essere esercitata, oltre che dall'imprenditore danneggiato, anche dalle associazioni professionali e dagli enti che rappresentano le varie categorie professionali. Vi è, tuttavia un limite: tale azione è limitata al caso in cui gli atti di concorrenza sleale pregiudicano gli interessi di queste associazioni e di questi enti, poiché la loro legittimazione ad agire per la repressione della concorrenza sleale *ex art.* 2601 cod. civ. è retta da un *interesse diverso* rispetto a quello dell'imprenditore che subisce l'atto⁸⁹.

Con tale articolo si chiude la disciplina italiana, di diritto civile, inerente alla concorrenza sleale.

Una simile disposizione è prevista anche nell'ordinamento romeno. L'art. 7, co. 1, della legge richiamata prevede che ogni persona che abbia un *interesse legittimo* può richiedere la cessazione e l'interdizione delle pratiche di concorrenza sleale e la riparazione dei danni patrimoniali e morali sofferti a causa della pratica di concorrenza sleale. Poiché la stessa legge nell'art. 1¹ dà una definizione di persona fisica e nell'art. 7 non specifica che si tratti di quest'ultima, si può ritenere che nell'art. 7 si possa ricomprendere anche una persona giuridica quale, possibilmente, un'organizzazione professionale. Non si vedrebbe, d'altra parte, la ragione di un'interpretazione restrittiva, data la forte volontà di reprimere i fenomeni di concorrenza sleale: una simile interpretazione sarebbe sistematicamente poco convincente.

⁸⁹ E, infatti, la legittimazione processuale attiva in questo caso si ravvisa in un'azione che viene esperita dall'associazione giustappunto *iure proprio* (e non nel nome dell'imprenditore che subisce gli effetti dell'atto di concorrenza sleale): v. C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 21.

Inoltre, l'art. 8 prevede la possibilità di promuovere l'azione penale nei casi previsti dall'art. 5 anche con il reclamo di un'organizzazione professionale. Le organizzazioni professionali, quindi, possono agire anche in presenza di atti di concorrenza sleale a livello penale, ma solo limitatamente ai casi previsti dall'art. 5, e quindi solo se la pratica di concorrenza sleale rileva come infrazione. Per gli atti di concorrenza sleale costituenti contravvenzioni, saranno i c.d. ispettori della concorrenza (*inspectorii de concurență*) – di cui si dirà – a doverli constatare e sanzionare (art. 4¹, co. 3).

4.2. La disciplina di diritto penale e contravvenzionale.

Se si è avuto modo di vedere come l'ordinamento italiano e quello romeno convergono in riferimento all'individuazione delle fattispecie di concorrenza sleale e alle sanzioni civili da applicare, ora si potrà notare una loro divergenza in materia penale.

Nell'ordinamento italiano non sono previste sanzioni penali in caso di atti di concorrenza sleale. Quest'ultima, infatti, rimane una vicenda inerente soltanto al diritto civile.

Si potrebbe richiamare l'art. 513 *bis*, co. 1, cod. pen., il quale fa riferimento alla concorrenza: «[c]hiunque nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, compie atti di concorrenza con violenza o minaccia è punito con la reclusione da due a sei anni».

La disposizione, tuttavia, parla di «atti di concorrenza», senza qualificare quest'ultima come «sleale». Inoltre, affinché possa essere applicata, è richiesto che tali atti si svolgano «con violenza o minaccia», elementi non sempre (anzi, forse mai) presenti in atti di concorrenza sleale. Mancando tale elemento di violenza o minaccia non si viene neppure a costituire il fatto tipico della norma richiamata. Dunque, è chiaro che quest'ultima esula dal presente campo di analisi⁹⁰.

⁹⁰ Va comunque sottolineato che, in tema di delitti contro il patrimonio, i delitti a contrasto della circolazione illecita dei beni (artt. 648 ss. cod. pen.), predisposti appunto per la tutela del patrimonio, possono assumere anche una funzione di tutela dell'attività economica e della concorrenza leale; così, per esempio, viene data una simile interpretazione al delitto di riciclaggio (art. 648 *bis* cod. pen.). V., in generale su tali delitti, R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 367 ss. e, per l'interpretazione richiamata del riciclaggio, spec. pp. 382 s.

Nell'ordinamento romeno, invece, l'art. 3, l. n. 11/1991, prende in considerazione, oltre alla responsabilità civile, anche la responsabilità contravvenzionale e quella penale⁹¹, così come disciplinate dalla stessa legge rispettivamente all'art. 4 e all'art. 5, quest'ultimo già richiamato.

L'art. 4 disciplina i casi di contravvenzione (*contravenție*): sono contravvenzioni il mancato rispetto dell'art. 2, co. 2, lett. *a*) e *b*), ossia delle due fattispecie tipiche di concorrenza sleale secondo la disciplina romena in materia, che sono la denigrazione e l'appropriazione indebita di clienti. La sanzione prevista è quella di un'ammenda dai 5.000 ai 50.000 lei⁹², la quale varia a seconda che la contravvenzione sia stata compiuta da una persona fisica o da una persona giuridica (art. 4, co. 2). È, per la legge, contravvenzione anche la fornitura di informazioni false o incomplete e il rifiuto da parte delle imprese di sottoporsi ai controlli degli ispettori della concorrenza. Sul punto si ritornerà a breve.

L'art. 5 prevede invece i casi di infrazione (*infrațiune*), presentando un elenco di varie fattispecie riconducibili: agli atti di confusione (lett. *a*), co. 2); alla divulgazione di segreti commerciali (lett. *b*)-*e*), co. 2); alle menzioni false sui brevetti, ecc. (lett. *f*), co. 2). La sanzione in questo caso passa da un'ammenda alla reclusione dai 3 mesi ai 2 anni.

Tra gli atti di confusione rientrano, per esempio, l'imitazione di emblemi o imballaggi di altre imprese; non rientrano, invece, gli atti di confusione dei marchi, poiché la disciplina dei marchi è interamente prevista dalla l. n. 84/1998: l'art. 90 di tale legge prevede i casi in cui si ha infrazione in relazione a comportamenti non ammessi che concernono i marchi, tra cui giustappunto la loro confusione, punita

⁹¹ Si distingue, nel diritto romeno, in maniera marcata tra diritto penale, che ricomprende nella parte speciale del codice penale romeno solo la categoria delle infrazioni (*infrațiuni*) corrispondente alla categoria dei delitti del codice penale italiano, e diritto contravvenzionale: l'art. 1 dell'ordinanza n. 2/2001 del Governo, sul regime giuridico delle contravvenzioni, prevede che la legge contravvenzionale protegge i valori sociali che non sono tutelati tramite la legge penale e che – si può dire – risultano essere quei valori la cui violazione comporta un allarme sociale di rilevanza attenuata.

⁹² Il cambio di valuta, al 5 gennaio 2022, tra euro e leu è di 1 euro ogni 4,9460 lei. Il cambio di valuta indicato è consultabile su: https://www.bancaditalia.it/com-piti/operazioni-cambi/cambio/cambi_rif_20220105/.

con ammenda o con la reclusione da 3 mesi a 2 anni. E dunque viene di fatto riproposta la stessa sanzione di cui all'art. 5, l. n. 11/1991.

Di tutto ciò non si trova corrispondenza nell'ordinamento italiano. È oggettivo, quindi, che l'ordinamento romeno è molto più intollerante sul punto. La disciplina più severa del legislatore romeno nei confronti della concorrenza sleale, finanche ad arrivare a una disciplina penale, non sorprende se si tiene presente quanto già detto riguardo alle intenzioni, incise anche in Costituzione, di dare una sicura garanzia all'economia liberale. Le sanzioni penali costituiscono, poi, anche un modo efficace per disincentivare pratiche di concorrenza sleale⁹³. E certamente, a maggior ragione per il fatto che si è dinanzi a una legge entrata in vigore poco dopo la caduta di un regime quale quello comunista, non può sorprendere la sentita necessità di dare la protezione più ampia possibile al mercato liberale.

4.3. La disciplina di diritto amministrativo.

L'Autorità amministrativa romena che ha il compito di sorvegliare sul rispetto della disciplina della concorrenza sleale – e che si è già richiamata – è il Consiglio della Concorrenza.

Esso è istituito e funziona secondo la l. n. 21/1996. Il Consiglio della Concorrenza fu previsto, all'inizio, per l'applicazione della stessa l. n. 21/1996, inerente al diritto *antitrust*, così come l'art. 3 della legge stessa specifica. Seguentemente, sempre a tale Autorità sono stati conferiti funzioni anche in materia di concorrenza sleale: l'art. 3¹, l. n. 11/1991, prevede che essa possa decidere, con provvedimento amministrativo, sulla cessazione e sull'interdizione di pratiche di concorrenza sleale e sull'applicazione delle ammende previste all'art. 4, anche d'ufficio.

E non solo. Alla richiesta scritta da parte del Consiglio della Concorrenza, nei casi in cui si sospetta una pratica commerciale di concorrenza sleale, a disposizione di quest'ultimo vanno messi tutti i documenti e tutte le informazioni sollecitati (art. 3², co. 2).

Inoltre, la modifica della l. n. 11/1991, avvenuta tramite la richiamata ordinanza n. 12/2014 del Governo, non ha preso in

⁹³ Non tutti, ad ogni modo, ritengono che le sanzioni penali siano deterrenti efficienti: *contra* A. ALMĂȘAN, *(Un)fair Competition*, in *Romanian Competition Journal*, 2014, fasc. 1-2, pp. 3 ss.

considerazione di “alleggerire” la disciplina attualmente esistente. Anzi, si è visto come la modifica ha avuto come obiettivo quello di rafforzare la disciplina della concorrenza sleale piuttosto che quello di allentarla. Esempio di questo maggior rafforzamento è dato dall'art. 3⁴, il quale prevede funzioni e compiti in capo agli ispettori della concorrenza – già previsti dalla l. n. 21/1996 – per il mantenimento di una concorrenza leale.

Subordinati al Consiglio della Concorrenza, gli ispettori godono di un grande potere, poiché possono richiedere informazioni e documenti tanto a imprese e persone fisiche quanto ad autorità e istituzioni pubbliche riguardo a casi in cui vi possa essere una fattispecie di concorrenza sleale (art. 3⁴, co. 1).

I loro poteri rimangono comunque vincolati a fini specifici: documenti e informazioni richiesti devono essere necessari per risolvere il caso di concorrenza sleale e nel sollecitarli gli ispettori devono indicare la base legale, lo scopo, i termini e le sanzioni previste dalla legge (art. 3⁴, co. 1). Inoltre, le informazioni sono raccolte solo al fine di applicare la legislazione sulla concorrenza (art. 3⁴, co. 2). Il fornimento di informazioni false o incomplete e il rifiuto da parte delle imprese di sottoporsi ai controlli degli ispettori vengono considerate contravvenzioni e sanzionate dai co. 3, 4 e 5 dell'art. 4.

Nell'ordinamento italiano non sono previste simili disposizioni. Non vi è un'Autorità che si occupi di contrastare il fenomeno della concorrenza sleale: ogni imprenditore deve avere cura di rivolgersi da sé all'autorità giurisdizionale perché questa venga rimossa, e dunque procedendo per la cura di un interesse privato si avrà indirettamente anche la tutela dell'interesse pubblico al mantenimento di una concorrenza leale. Al Consiglio della Concorrenza, comunque, corrisponde l'AGCM in materia di diritto *antitrust*. Entrambe le Autorità, infatti, si occupano di applicare, insieme alla Commissione europea e coordinandosi con quest'ultima all'interno della Rete delle autorità garanti della concorrenza, gli artt. 101 e 102 TFUE⁹⁴. Gli

⁹⁴ Per l'AGCM v. art. 10, l. n. 287/1990; per il Consiglio della Concorrenza v. art. 3, l. n. 21/1996; per entrambe le Autorità v. altresì il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (attualmente corrispondenti agli artt. 101 e 102 TFUE). Per il coordinamento tra Commissione europea e Autorità nazionali, si rinvia a G. STROZZI, *op. cit.*, pp. 256 ss.

ispettori previsti nell'ordinamento romeno, invece, risultano completamente estranei alla legge italiana.

Dunque, l'energica avversione contro la concorrenza sleale è data, nella legge romena, non solo da una disciplina penale e contravvenzionale, ma anche da una disciplina attiva a livello amministrativo che coinvolge e vede funzionare il Consiglio della Concorrenza e gli ispettori, denotando l'importanza della concorrenza leale quale interesse, oltre che privato, anche pubblico.

5. Conclusioni.

Alla luce di quanto esposto, nella comparazione fra l'ordinamento giuridico italiano e quello romeno, in riferimento alla disciplina della concorrenza sleale, si possono trarre le seguenti conclusioni.

Tra le due discipline vi sono similitudini, che sono il frutto: del carattere proprio del diritto commerciale a tendere a uniformarsi nei vari Stati a livello internazionale; delle ragioni storiche che permettono di mettere in rapporto i due ordinamenti, per quel che qui concerne, in campo civile e commerciale, a ragione dell'importanza della codificazione italiana, quest'ultima ripercuotendosi anche sull'ordinamento romeno; della comune appartenenza dei due Stati all'Unione europea e dell'influenza di quest'ultima in campo economico-commerciale.

Sono presenti, tuttavia, anche significative differenze, che trovano una ragione d'essere nel diverso passato politico-economico dei due Paesi in relazione alle rispettive epoche dittatoriali, di stampo comunista e fascista. Infatti, il regime comunista romeno ha avuto come effetto, riflesso nella Costituzione del 1991, quello di portare a prevedere una vasta garanzia di tutela dell'economia liberale. Ciò si è tradotto, nella disciplina della concorrenza sleale, in un'elevata avversità contro quest'ultima.

Su tale sfondo si è sviluppata una disciplina della concorrenza sleale in materia di diritto civile molto simile negli ordinamenti romeno e italiano, la quale risulta essere allo stesso tempo la sola disciplina inerente alla concorrenza sleale che è presente nella legislazione italiana. Nella legislazione romena, invece, tale disciplina si espande in più campi del diritto.

Un simile ampliamento di disciplina, oltre al diritto civile, che prende in considerazione gli effetti e i vantaggi che una corretta concorrenza comporta non solo a livello privatistico ma anche a livello pubblicistico, potrebbe essere auspicabile anche nell'ordinamento italiano dove negli ultimi anni si è notato un aumento di attività di concorrenza sleale⁹⁵.

⁹⁵ Cfr. C. ARENA (2022, 07 maggio), *Artigiani a rischio estinzione per la concorrenza sleale*, in *Avvenire*, p. 18, e, poi, v. anche l'indirizzo: <https://www.confartigianato.it/2022/05/studi-459-artigianato-in-settori-esporti-a-concorrenza-sleale-dellabusivismo-key-data-su-sommerso-e-indipendenti-irregolari/>.

V., poi, C. TUCCI (2018, 07 dicembre), *Lavoro, emergenza giovani tra sottoccupati e concorrenza sleale*, in *Il Sole-24 Ore*, disponibile all'indirizzo: https://www.ilsole24ore.com/art/lavoro-emergenza-giovani-sottoccupati-e-concorrenza-sleale-AEneGRvG?refresh_ce=1.

V., inoltre, l'indirizzo: https://www.adnkronos.com/molti-casi-di-concorrenza-sleale-nelle-aziende-fabio-di-venosa-se-si-fanno-investigazioni-in-tempi-rapidi-si-limitano-danni_6FiaYe4nazni3XPxjFLj7.

E, ancora, v. l'indirizzo: <https://confcommercio.firenze.it/news/sindacati/mariononi-confcommercio-una-disparita-C3%A0-inaccettabile-cos-C3%AC-si-favorisce-la-concorrenza>.

MARIA GIACALONE*

DISINFORMAZIONE ONLINE: LA NORMATIVA EUROPEA E IL RAPPORTO CON LA LIBERTÀ D'ESPRESSIONE

The digital revolution has radically changed the scope of the right to information. The 2016 US elections, the Covid-19 pandemic and the war in Ukraine demonstrate the centrality of the issue of disinformation in our democracies. Disinformation is a sensitive issue because of its necessary balance with freedom of expression. The article starts from these two premises: the impact that the Internet has had on the spread of fake news and how this has affected the exercise and protection of freedom of expression. The US context and the European context will be analyzed and, finally, the last paragraph will examine the legislation adopted by the EU to combat the phenomenon of disinformation.

SOMMARIO: 1. Il ruolo del web nella diffusione delle *fake news*. – 1.1. Definizione di *fake news*. – 2. *Fake news* e libertà d'espressione: in che modo l'avvento di Internet ha influito sull'esercizio e sulla tutela della libertà di espressione? – 2.1. La libertà d'espressione nel costituzionalismo statunitense. – 2.2 La libertà d'espressione nel costituzionalismo europeo. – 3. Normativa europea contro la disinformazione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il ruolo del web nella diffusione delle fake news.

Internet è l'epicentro del mondo in cui viviamo. Quest'ultimo, fin dalla sua apparizione, ha avuto un impatto rivoluzionario nelle nostre società, andando a modificare anche l'ambito del diritto all'informazione. Invero, la comunicazione tramite media tradizionali (stampa, televisione e radio) è stata ampiamente superata dalla comunicazione tramite social media ¹. Tale rivoluzione ha avuto,

* Dottoressa in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Gianluca Scarchillo, docente di Sistemi giuridici comparati presso Sapienza Università di Roma.

¹ G. GAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Service Act e della co-regolamentazione*, in *Papers di Diritto Europeo*, ISSN 2038-0461, 2021.

certamente, degli effetti positivi, primo fra tutti la diffusione del pensiero alternativo e della c.d. controinformazione, permettendo lo sviluppo della democrazia “partecipativa”², ma ha incrementato la diffusione di false informazioni³. Il fenomeno delle false informazioni, seppur non sconosciuto⁴, ad oggi assume una rilevanza importante per diverse ragioni. Innanzitutto, la comunicazione mediante media tradizionali garantisce qualità e affidabilità⁵, dato che i giornalisti devono sottostare alle regole sul diritto di cronaca, esercitano la loro attività alle dipendenze di un’impresa editoriale, filtrano le notizie e si assumono la responsabilità dei loro scritti; dunque, «diffondere notizie deliberatamente falsificate o manipolate può provocare loro gravi danni reputazionali»⁶. Al contrario, nelle comunicazioni online, l’assenza di meccanismi di selezione dei contenuti o di controllo e, soprattutto, la garanzia dell’anonimato, fanno sì che «chiunque può produrre informazioni nella rete, reagire all’informazione immessa da altri, proporre fatti, idee, critiche, nuovi punti di vista, foto, video»⁷. Ne consegue un’immensa quantità di notizie che vengono ordinate e veicolate dai *gatekeepers* dell’informazione nel cyberspazio⁸, ossia *tech companies* globali che assumono il ruolo di intermediari

² F. COLOMBO, *Web 2.0 e democrazia: un rapporto problematico*, in P. AROLDI (a cura di), *La piazza, la rete e il voto*, Roma, 2014, pp. 32 ss., F. SCIACCHITANO, A. PANZA, *Fake news e disinformazione online: misure internazionali*, in www.medialaws.eu, 2020.

³ M. MONTI, *Fake News e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in www.medialaws.eu, 1/2017.

⁴ Secondo un articolo pubblicato nel 2017 da R. DARNTON nel *The New York Review*, tantissimi sono gli esempi di disinformazione nel passato: Procopio, lo storico bizantino che raccolse delle informazioni non veritiere (definite “*Anecdota*”) sull’imperatore Giustiniano; un altro è la lettera falsa che lo Spartano Pausania inviò al re persiano Serse; famosissime sono anche le “pasquinate”. Il nome deriva da quella di una statua situata a Roma voluta dal cardinale Oliviero Carafa su cui dalla metà del XVI secolo in avanti apparivano epigrammi e motti satirici che colpivano i protagonisti della vita politica romana: si utilizzerà il termine “Pasquinata” per definire il fare comune di diffondere notizie e insulti, spesso falsi, per screditare figure al centro del dibattito pubblico. In questo senso anche L. CANFORA, *La storia falsa*, Milano, 2008.

⁵ G. GAGGIANO, *op. cit.*

⁶ C. PINELLI, “*Postverità*”, *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Rivista di diritto dei media*, 1/2017, p. 43.

⁷ G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, 1/2018, p. 3.

⁸ Espressione usata da E.B. LAIDLAW, *Regulating Speech in Cyberspace*, Cambridge, 2015, pp. 44 ss.

tra chi riceve l'informazione e chi la produce. La rete, dunque, come sostiene Pitruzzella, «ha una doppia anima o una congenita ambiguità»⁹, nel senso che «da un lato, c'è il massimo di decentramento e di apertura nella produzione di informazioni, ma, dall'altro lato, c'è una forte spinta alla concentrazione dei servizi che rendono effettivamente disponibile e utilizzabile questa informazione nelle mani di poche compagnie multinazionali»¹⁰. Così facendo, queste piattaforme determinano la visibilità dell'informazione e, tramite gli algoritmi, contribuiscono allo sviluppo di un fenomeno estremamente nocivo non solo per i singoli utenti ma per la democrazia stessa: la c.d. *filter bubble*¹¹, ossia la chiusura dell'utente dentro una bolla costruita dai social network che, sfruttando gli algoritmi, propongono all'utente le informazioni più in linea con le sue preferenze, pregiudizi e gusti, portando alla frammentazione del discorso pubblico. Di conseguenza, sul web si creano dei gravissimi problemi di polarizzazione delle idee e perdita di credibilità delle istituzioni.

Negli ultimi anni diversi sono stati gli esempi di *fake news* mirati ad orientare l'informazione politica e scientifica. Con riferimento alla disinformazione politica possiamo ricordare l'elezione del presidente Trump nel 2016 che, soprattutto grazie alla notevole campagna di disinformazione attuata dal Cremlino, avrebbe utilizzato i *social network* al fine di raccogliere voti per le elezioni e influenzare l'elettorato. Infatti, è proprio in Russia che nascono le c.d. «fabbriche di troll»¹², la cui punta di diamante è *Internet Research Agency* di San Pietroburgo¹³ che, secondo il Dipartimento di Giustizia statunitense, interferì nella campagna elettorale del 2016. Un altro esempio è il conflitto in Ucraina: dall'inizio della guerra circolano, sulle diverse piattaforme social, molteplici *fake news*: alcune con scopo di propaganda, come nel caso di una pagina dedicata ai *meme* che dal sorgere del

⁹ G. PITRUZZELLA, *op. cit.*

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Espressione coniata da E. PARISER, *Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and how We Think*, New York, 2011.

¹² Sky Tg24, *Bot, meme, troll, 4chan: cosa sono. FAQ*, "Sky Tg24", 1 marzo 2018.

¹³ *Dentro la «fabbrica di troll» russi*, ne *Il Post*, 20 febbraio 2018. Nella campagna elettorale del 2016 in particolare, lo scopo dell'IRA (come spiegano in maniera molto approfondita dei reportages realizzati da giornalisti del New York Times), era quello di inondare il Web di contenuti a favore di Trump, il candidato preferito dell'amministrazione Putin.

conflitto ha cambiato radicalmente il proprio profilo fingendosi un gruppo di persone impegnate fisicamente sul terreno di scontro¹⁴; altre, invece, con scopo di lucro, infatti, soprattutto sul social *TikTok*, sono sempre più frequenti finte dirette dai territori coinvolti nel conflitto con le quali si invita a donare attraverso il sistema interno del social network per sostenere la popolazione ucraina¹⁵.

Per quanto riguarda la disinformazione scientifica possiamo citare, come esempio, l'impatto che la diffusione di *fake news* ha avuto sulla nostra percezione dell'andamento dell'epidemia da Covid-19, specialmente con riguardo al dibattito sull'utilità o meno dei vaccini. Il direttore generale dell'OMS (l'agenzia delle Nazioni Unite specializzata nell'ambito sanitario), a febbraio 2020, durante la *Munich Safety Conference*, ha dichiarato che non si stava affrontando solo una pandemia ma "un'infodemia". Il termine "infodemiologia" è stato coniato dal professor Gunter Eysenbach nel 2002¹⁶ e fa riferimento ai «pericoli creati dai fenomeni misinformativi e disinformativi durante la gestione delle epidemie, che potrebbero addirittura accelerare il processo epidemico frammentando la risposta sociale»¹⁷.

Pertanto, il problema delle *fake news* online ha raggiunto una rilevanza tale da rendere necessario un intervento al fine di tutelare gli utenti e i valori costituzionali e democratici fondamentali¹⁸.

Partiamo col definire il fenomeno delle *fake news*.

1.1. Definizione di fake news.

Dare una definizione di *fake news* è estremamente complesso. Come si domanda Pizzetti, «per qualificare una notizia come *fake* è sufficiente che essa sia "falsa" o racconti in modo "falso" o

¹⁴ T. LORENZ, *Scammy Instagram 'war pages' are capitalizing on Ukraine conflict*, in www.inputmag.com, 2022.

¹⁵ F. MARINO, *La guerra alle fake news: cosa c'è dietro la disinformazione sui social e come funziona*, in www.repubblica.it, 2022.

¹⁶ G. EYSENBACH, *How to fight an Infodemic: the four pillars of infodemic management*, in *Journal of Medical Internet Research*, 2020 vol. 22 iss. 6, p. 2.

¹⁷ M. CINELLI, W. QUATTROCIOCCHI, A. GALEAZZI, e altri, *The COVID-19 social media infodemic*. *Sci Rep* 10, 16598, Ottobre 2020.

¹⁸ F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in www.medialaws.eu, Relazione introduttiva presentata al XXXII Convegno dell'Osservatorio "Giordano dell'Amore" sul tema "Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura", Milano, 5 maggio 2017.

“deformante” fatti realmente accaduti?». L’autore, inoltre, si chiede se accanto a tali elementi, in qualche modo “oggettivi”, debbano aggiungersi anche elementi “soggettivi”, quali la finalità perseguita e la consapevolezza della falsità della notizia o del modo con il quale essa è data¹⁹.

Secondo un report pubblicato nel 2019 dall’*High Level Group on Fake News and Online Disinformation*²⁰, il termine *fake news* è intrinsecamente impreciso; pertanto, la *task force* propone un termine più «onnicomprensivo»²¹: disinformazione. Suddetta espressione ha la capacità di comprendere non solo le notizie false, ma anche le notizie parzialmente o del tutto vere, tenendo in considerazione il fatto che non per forza la disinformazione è data da notizie ma può, invero, riguardare anche *fake users*, video modificati, numeri falsati o *target ads*²².

La disinformazione si distingue dalla misinformazione. La differenza si coglie nella volontarietà o meno della diffusione di informazioni false: la disinformazione è la creazione di informazioni false per il raggiungimento di un obiettivo specifico, mentre la misinformazione è involontaria²³.

Dunque, il termine *fake news* fa riferimento ad uno spettro amplissimo di fenomeni che assumono un valore e un significato diverso a seconda della finalità perseguita.

¹⁹ F. PIZZETTI, *op. cit.*

²⁰ *Task force* formata da 39 esperti, tra rappresentanti delle istituzioni, del mondo accademico e del giornalismo, creata dalla Commissione europea al fine di definire il concetto di disinformazione. Secondo il Report «per disinformazione si intende un’informazione rivelatasi falsa o fuorviante concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico, e che può arrecare un pregiudizio pubblico. Il pregiudizio pubblico include minacce ai processi politici democratici e di elaborazione delle politiche e a beni pubblici quali la tutela della salute dei cittadini, dell’ambiente e della sicurezza dell’UE. La disinformazione non include gli errori di segnalazione, la satira e la parodia, o notizie e commenti chiaramente identificabili come di parte».

²¹ A. TOSETTO, *Disinformazione: l’approccio europeo*, in www.pandorarivista.it, 2021, F. PIZZETTI, *op. cit.*, p. 52.

²² A. TOSETTO, *op. cit.*

²³ C. WARDLE, H. DERAKHSHAN, *Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*, Disponibile in <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>, 2017, il rapporto è stato commissionato dal Consiglio d’Europa. In questo senso anche G. GAGGIANO, *op. cit.*, p. 50.

Dal concetto di *fake news* devono essere differenziati i concetti di «*post truth*» e «*alternative facts*»²⁴. Il termine «*post truth*», seguendo la definizione data dall'Oxford Dictionary²⁵, si riferisce a circostanze rispetto alle quali «i fatti oggettivi influenzano l'opinione pubblica non per ciò che essi sono ma per il modo col quale vengono raccontati»²⁶. L'obiettivo è, quindi, quello di stimolare una partecipazione emotiva, suscitare emozioni nei confronti di chi riceve la notizia. La definizione di «*alternative facts*» è più controversa. Secondo Kellyanne Conway, consigliera del presidente Trump, il termine indicherebbe «affermazioni o notizie relative a fatti accaduti che presentano una visione della realtà propria di chi la esprime anche se diversa da come gli stessi fatti sono stati visti e raccontati dalla maggioranza dei media o da fonti istituzionali specificamente competenti»²⁷. Nonostante questa definizione sia stata ampiamente contestata, il termine rimane – nella sostanza – una sottospecie particolarmente interessante delle *fake news*.

Tutti questi concetti – “*fake news*”, “*post truth*”, “*alternative facts*” – rientrando nel *genus* informazione, comportano significativi problemi di armonizzazione con la libertà d'espressione in quanto, per evitare il propagarsi di falsità online, verrebbero adottate delle limitazioni, alla libertà in questione, probabilmente più rigorose di quelle codificate dalle costituzioni liberali²⁸.

2. Fake news e libertà d'espressione: in che modo l'avvento di Internet ha influito sull'esercizio e sulla tutela della libertà d'espressione?

Data l'enorme complessità della tematica, le istituzioni nazionali e sovranazionali possono adottare delle normative per «depurare il web dalle *fake news*»²⁹, soprattutto perché, come già detto, esse rappresentano un pericolo anche per la democrazia³⁰. In questo senso,

²⁴ F. PIZZETTI, *op. cit.*

²⁵ «*Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief*».

²⁶ F. PIZZETTI, *op. cit.*

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, 1/2018.

²⁹ F. PIZZETTI, *op. cit.*

³⁰ Così G. PITRUZZELLA, *op. cit.*; L. VIOLANTE, *Politica e menzogna*, Torino, 2013.

Haberle sostiene che lo Stato costituzionale si fonda sulla ricerca della verità, o, meglio, che deve esistere un dibattito pubblico in cui attraverso il confronto di idee è ricercata la verità, con la conseguenza che nello Stato costituzionale vigerebbe il «divieto della menzogna»³¹. Tuttavia, come emerso nel paragrafo precedente, il concetto di disinformazione è molto ampio e complesso e non può essere declinato a mera menzogna. Pertanto, è lecito chiedersi se la rimozione, da una piattaforma social, di una notizia falsa costituisca una limitazione alla libertà di espressione di chi l'ha pubblicata. Infatti, anche la libertà d'espressione è un elemento cardine dello Stato costituzionale e persino il falso può essere tutelato in un ordinamento costituzionale: anche le idee, informazioni od opinioni «non corrette»³² rientrano nella tutela della libertà di espressione.

In questo paragrafo analizzeremo in che modo l'avvento di Internet ha influito sull'esercizio e sulla tutela giudiziaria della libertà di espressione; sarà, a tal fine, necessario uno studio comparatistico data la natura transnazionale di Internet e in considerazione del fatto che «la libertà di espressione assume un paradigma complesso e diverso a seconda del sistema giuridico di riferimento, pur nella comune matrice liberale che contraddistingue Europa e Stati Uniti»³³.

2.1. La libertà d'espressione nel costituzionalismo statunitense.

Con riferimento agli Stati Uniti il fondamento giuridico del *freedom of speech* è il Primo Emendamento della Costituzione statunitense, ai sensi del quale:

«Il Congresso non potrà emanare leggi per il riconoscimento di una religione o per proibirne il libero culto, o per limitare la libertà di parola o di stampa o il diritto dei cittadini di riunirsi in forma pacifica e d'inviare petizioni al governo per la riparazione dei torti subiti»³⁴.

³¹ P. HABERLE, *Wahrheitsprobleme im Wefassungsstaat*, traduzione italiano in *Diritto e verità*, Torino, 2000, pp. 99 ss.

³² R.K. HELM, H. NASU, *Regulatory Responses to 'Fake News' and Freedom of Expression: Normative and Empirical Evaluation*, in *Human Rights Law Review*, vol. 21, 2021, pp. 302-328.

³³ O. POLLICINO, *op. cit.*

³⁴ «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right

Nel contesto statunitense, dunque, la libertà di espressione gode di una protezione rafforzata e quasi assoluta, dato che tale disposizione impone al Congresso il divieto di adottare qualsiasi legge che possa tradursi in una restrizione del *freedom of speech*³⁵ e non viene fatta menzione di eventuali limitazioni basate sulla protezione di altri diritti fondamentali che possono entrare in bilanciamento con la libertà di espressione³⁶. Sebbene il Primo Emendamento si riferisca unicamente al Congresso, grazie alla clausola di *equal protection* - contenuta nel Quattordicesimo Emendamento³⁷ - anche i singoli governi statali devono astenersi dall'interferire con l'esercizio di suddetto diritto³⁸.

La *ratio* sottesa al Primo Emendamento ha sicuramente una matrice storica e culturale³⁹, ma l'archetipo di questa disposizione si rinviene nella metafora del *free marketplace of ideas* coniata dal giudice Holmes⁴⁰ in due sentenze storiche: *Schenck c. United States*⁴¹ e *Abrams c. United States*⁴². Holmes sviluppò la dottrina del «*clear and present danger*»⁴³, teorizzando, dunque, le circostanze in cui la libertà di espressione può subire delle limitazioni, ossia, solo quando il suo esercizio potrebbe causare un pericolo chiaro e attuale⁴⁴, poiché «il

of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

³⁵ O. POLLICINO, *op. cit.*

³⁶ O. POLLICINO, M. BASSINI, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, A. SAVIN, J. TRZASKOWSKI (eds), *Research Handbook on EU Internet Law*, 2014, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2706112, disponibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2706112>, p. 7.

³⁷ La Sezione 1 del Quattordicesimo Emendamento recita: «*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*».

³⁸ O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. cit.*

³⁹ *Ivi.*, p. 8.

⁴⁰ C. PINELLI, *op. cit.*, p. 45.

⁴¹ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

⁴² *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

⁴³ Un'evoluzione di questo principio è rappresentato dai tre criteri (temporale, probabilistico e finalistico-psicologico) che un atto deve rispettare se andrà a regolare l'esercizio della libertà d'espressione. Suddetti criteri sono elencati nella sentenza *Branderburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁴⁴ O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. cit.*

bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, ch  la prova migliore della verit    la capacit  del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e ch  la verit    l'unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati»⁴⁵.

Il *free marketplace of ideas* di Holmes implica una partecipazione inclusiva: chiunque potrebbe proporre le proprie idee e scambiare idee con altri, cos  facendo, quest'ultime competerebbero e ognuno di noi potrebbe scegliere quale preferisce dal reciproco confronto⁴⁶. Come sostiene Pitruzzella, suddetta teoria che era dotata di «grande forza persuasiva» nel mondo dell'informazione tradizionale⁴⁷; al contrario, nel mondo di Internet mostra la sua debolezza. In primo luogo, per la quantit  abnorme di informazioni e lo sforzo eccessivo che dovrebbe svolgere il singolo utente nell'approfondire ogni notizia. In secondo luogo, a causa del fenomeno della *filter bubble*, all'utente vengono proposte informazioni coerenti con le sue convinzioni e risulta estremamente difficoltoso creare quella competizione che sorregge il mercato delle idee⁴⁸.

Nonostante ci , nell'ordinamento statunitense, continua ad essere garantito il *free marketplace of ideas*. Infatti, dalla giurisprudenza della Corte Suprema si evince come quest'ultima continui ad affermare che il tentativo di rimuovere o regolare le *fake news* non   conforme al Primo Emendamento⁴⁹; l'orientamento seguito ha come corollario la convinzione che la soluzione non sarebbe la censura ma il '*more speech*'. Dunque, la Corte Suprema considera Internet come il mezzo pi  idoneo a salvaguardare l'esercizio del *free speech*⁵⁰ e non

⁴⁵ C. PINELLI, *op. cit.*

⁴⁶ G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 18

⁴⁷ Un mondo dominato da un numero circoscritto di editori che alimentavano fonti di informazione in competizione tra di loro.

⁴⁸ Cos  G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 18; C. R. SUNSTEIN, *Voci, gossip e false dicerie. Come si diffondono, perch  ci crediamo come possiamo difenderci*, Milano, 2010.

⁴⁹ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), dove la Corte Suprema ha ritenuto incostituzionali le disposizioni contenute nel *Communication Decency Act* (CDA) che criminalizzavano la distribuzione online di materiali osceni o indecenti a qualsiasi persona sotto i 18 anni. Secondo la Corte Suprema, le restrizioni imposte dal CDA erano troppo vaghe e mancavano della precisione necessaria per limitare la libert  di espressione, in particolare, non definivano correttamente il contenuto indecente e palesemente offensivo. Cos  O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁰ Cos  O. POLLICINO, *op. cit.*, p. 22; O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. cit.*

come un rischio da governare. Come vedremo, le conclusioni sono opposte in Europa.

2.2. La libertà d'espressione nel costituzionalismo europeo.

Negli USA la libertà di parola rappresenta «*the paramount right within the American constellation of constitutional rights*»⁵¹, mentre nel contesto europeo lo scenario è radicalmente diverso. Sebbene il costituzionalismo europeo abbia sempre collocato la libertà di manifestazione del pensiero in una posizione centrale⁵², rendendola «caposaldo»⁵³ di ogni società democratica, la tutela apprestata è inferiore rispetto a quella accordata negli Stati Uniti. Inoltre, a differenza del contesto statunitense, dove il Primo Emendamento rappresenta l'unico e sacro riferimento per la libertà in questione, nel contesto europeo i parametri su cui si basa la tutela della libertà di manifestazione del pensiero sono due: art. 10 della CEDU e art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁴.

L'art. 10 CEDU si compone di due paragrafi: ad un primo paragrafo in cui viene affermata solennemente la libertà di espressione segue un secondo paragrafo dove vengono spiegati dettagliatamente i requisiti che ogni limitazione, a tale libertà, deve presentare. Nello specifico le limitazioni devono essere previste da una legge (principio di legalità), devono essere proporzionate (necessarie in una società democratica) e devono essere finalizzate al raggiungimento di uno degli obiettivi previsti dal paragrafo 2 («sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del

⁵¹ M. RONSENFELD, A. SAJO, *Spreading liberal constitutionalism: An inquiry into the fate of free speech in new democracies*, in *The Migration of Constitutional Ideas*, in www.cambridge.org, 2009, p. 146.

⁵² Così O. POLLICINO, *op. cit.*, B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *L'evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei media. Diritto dell'Unione europea e orientamenti giurisprudenziali*, in *Eurojus*, n. 4; R.A. JACCHIA, S. CAPRUZZI, *Fake news. La Commissione Europea presenta un piano d'azione contro la disinformazione*, in www.dejalex.com, 2019.

⁵³ O. POLLICINO, *op. cit.*

⁵⁴ O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. cit.*

potere giudiziario»). Ritroviamo un paradigma tipicamente europeo: «la libertà di espressione viene strutturata come un diritto suscettibile di bilanciamento e, dunque, talvolta, anche cedevole al manifestarsi di preminenti esigenze di tutela di diritti diversi»⁵⁵.

L'art. 10 CEDU è stato oggetto di interpretazione estensiva da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo che ne ha chiarito la portata. La Corte ha spiegato che le nozioni di "idea", "opinione" e "informazione" sono intese come «qualsiasi manifestazione del pensiero diffusa pubblicamente in qualsiasi forma e indipendentemente dalla loro natura»⁵⁶. Inoltre, con la sentenza *Handyside*⁵⁷, la Corte di Strasburgo ha precisato che l'art. 10 CEDU non tutela unicamente quelle "informazioni" o "idee" «che sono favorevolmente accolte o considerate inoffensive o indifferenti» ma anche quelle espressioni che «offendono, scuotono o disturbano lo Stato o qualunque settore della popolazione»⁵⁸. Nel contesto online, la Corte europea ha rimodulato la portata espansiva tipica della giurisprudenza precedente, presumibilmente a causa della convinzione che l'utilizzo delle tecnologie digitali presenta un grado di offensività maggiore⁵⁹. In questo senso, emblematica è la sentenza *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtetel c. Ucraina* del 2011⁶⁰. Diversamente dalla Corte Suprema degli Stati Uniti che, in *ACLU c. Reno*, ha presentato il contesto digitale come capace, potenzialmente, di espandere lo spazio di esercizio della libertà di pensiero, la Corte di Strasburgo, nella sentenza citata, si preoccupa dei rischi connessi al contesto digitale, sostenendo che i contenuti e le comunicazioni su Internet danneggiano l'esercizio e il godimento di altri diritti fondamentali.

⁵⁵ Così R.K. HELM, H. NASU, *op. cit.*, vol. 21, pp. 302-328, 2021; vedi anche O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. cit.*

⁵⁶ B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*

⁵⁷ Corte EDU, sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso no. 5493/72.

⁵⁸ *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, § 49. Principio che, tuttavia, con la successiva pronuncia *Jersild* (*Jersild c. Danimarca*, ricorso n. 15890/89) concernente un caso di c.d. "hate speech", è stato ridimensionato dalla necessità di tenere in considerazione lo specifico contesto entro cui le espressioni offensive vengono formulate.

⁵⁹ O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. cit.*

⁶⁰ Corte EDU, sentenza del 5 maggio 2011, *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtetel c. Ucraina*, ricorso n. 33014/05.

Anche l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si struttura su due paragrafi ma, a differenza dell'art. 10 CEDU, nel secondo paragrafo non vengono enunciate le limitazioni della libertà di espressione bensì il pluralismo dei media⁶¹. Il collegamento tra la libertà di espressione e il pluralismo dei media costituisce una novità rispetto sia all'art. 10 CEDU sia alle precedenti Convenzioni internazionali in materia di diritti fondamentali, ponendosi come «corollario del diritto all'informazione»⁶². Tuttavia, la mancanza di un esplicito riferimento alle limitazioni della libertà in discussione non deve suggerire un ambito di applicazione senza limiti o senza restrizioni, in quanto trova applicazione l'art. 52, par. 3 della Carta ai sensi del quale «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Di conseguenza, le potenziali limitazioni all'art. 11, par. 1 della Carta non possono andare oltre quelle ammesse dall'art. 10 par. 2 CEDU, senza però trovare corrispondenza con le suddette poiché si applicheranno quelle dell'art. 52, par. 1 della Carta.

La Corte di giustizia, così come la Corte EDU, tenta di operare un bilanciamento che sia il più equo possibile tra la libertà di espressione e altri diritti fondamentali. Tuttavia, dalle argomentazioni della Corte emerge una cedevolezza della libertà in questione nel contesto delle comunicazioni online. Nella sentenza *Google Spain*⁶³, ad esempio, la Corte ha riconosciuto, nei confronti dei gestori dei motori di ricerca, la responsabilità del trattamento dei dati e l'operazione di deindicizzazione: nel ragionamento seguito dalla Corte «la soppressione dei link dall'elenco di risultati potrebbe ripercuotersi sul legittimo interesse degli utenti di internet interessati ad avervi un più agevole accesso. Tuttavia, siffatto interesse 'indubbiamente' cede di fronte ai diritti della persona interessata tutelati dagli articoli 7 e 8 della Carta»⁶⁴.

⁶¹ L'art. 11 par. 2 recita: «La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

⁶² B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*, p. 12.

⁶³ Causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, 13 maggio 2014 (Grande Sezione).

⁶⁴ B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*

Notiamo, dunque, che le due Corti europee, pur riconoscendo la libertà di espressione come diritto fondamentale e garantendola ad ogni persona anche dalle ingerenze da parte delle pubbliche autorità, hanno sempre sottolineato come questa sia soggetta a deroghe in determinati casi, e questo dogma si è rafforzato con l'avvento del digitale.

Proprio in considerazione del fatto che il contesto digitale potrebbe contribuire ad una diffusione delle *fake news* su larghissima scala, in Europa si è affermata la necessità di regolamentare questo ambito.

3. La normativa europea contro la disinformazione.

Nella Comunicazione «*Tackling online disinformation: a European approach*»⁶⁵ del 2018, la Commissione europea sottolinea la pericolosità della disinformazione per la tenuta democratica della società europea, una società sempre più connessa e dove la maggior parte dei cittadini si informa online. L'esecutivo europeo ritiene che la risposta politica debba essere globale e adeguata all'evoluzione del fenomeno: in questo senso, detta gli obiettivi e i principi entro cui deve essere orientata l'azione volta a contrastare la disinformazione⁶⁶.

La domanda da porsi è: a chi spetterebbe il compito di vigilare sulla circolazione di notizie al fine di evitare la diffusione di notizie false? La Commissione, e più in generale le Istituzioni europee⁶⁷, sottolineano il ruolo fondamentale svolto dal settore privato – in particolare le piattaforme dei *social media* – nell'affrontare il problema della disinformazione. Invero, nella Comunicazione precedentemente citata, la Commissione invita «le piattaforme a intensificare in maniera decisiva gli sforzi per contrastare la disinformazione online»⁶⁸.

⁶⁵ Commissione europea, Comunicazione, *Tackling online disinformation: a european approach*, COM(2018) 236, 26 aprile 2018

⁶⁶ *Ivi*, paragrafo 3.

⁶⁷ Emerge, infatti, anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare *Google Spain*, come la Corte riconosca l'eventuale responsabilità del gestore del portale online.

⁶⁸ COM (2018) 236, 26 aprile 2018, paragrafo 3.1.1.

A tal scopo, nel 2018, è stato adottato il *Code of practice on disinformation*⁶⁹.

Il Codice riunisce su base volontaria le c.d. piattaforme OTP, giganti del panorama digitale⁷⁰, e delinea una serie di principi comuni che possono orientare l'azione di suddetti *Internet service providers* nel contrasto alla disinformazione.

Mediante l'adesione al Codice, i firmatari si impegnano a intervenire in cinque macroaree: a) blocco delle entrate pubblicitarie di determinati account e siti che diffondono disinformazione; b) maggiore trasparenza nella pubblicità politica; c) risolvere la questione degli account falsi e dei *bot* online; d) diversificare le fonti di informazione così da migliorare la visibilità dei contenuti autorevoli e rendere più semplice la segnalazione di false notizie; e) responsabilizzare la comunità di ricerca al fine di monitorare la disinformazione online attraverso modalità conformi alle norme sulla *privacy*⁷¹. Ad ogni modo, data la diversità dei vari firmatari, il Codice consente a ciascuno di essi di applicare i principi *ivi* citati nella maniera che ritiene più consona⁷²: si afferma, infatti, che quest'ultimi attuano, nella loro buona fede, misure per rendere applicabili le policy europee⁷³. Ne consegue un insieme di misure eterogenee dove le piattaforme si impongono da sé delle regole e dei procedimenti da applicare per contrastare il

⁶⁹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>. Per un approfondimento si veda M. MONTI, *The Eu Code of practice on disinformation and the risk of the privatization of censorship*, in AA.VV. *Democracy and Fake News*, a cura di Serena Giusti e Elisa Piras, Routledge, Londra, 2020.

⁷⁰ I firmatari iniziali del Codice furono Facebook, Google, Twitter e Mozilla, l'associazione del Commercio che rappresenta le piattaforme online (EDIMA), e le associazioni di commercio che rappresentano l'industria pubblicitaria (EACA, *IAB Europe*, e la *World Federation of Advertisers*).

⁷¹ Così F. SCIACCHITANO, A. PANZA, *op. cit.*; Dipartimento per le Politiche europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Disinformazione online, codice di condotta per le piattaforme digitali <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/comunicazione/notizie/disinformazione-online-codice-di-condotta-per-le-piattaforme-digitali/>

⁷² Code of Practice on Disinformation, paragrafo 2: «*The signatories recognize that because the various signatories operate differently, with different purposes, technologies and audiences, the Code allows for different approaches to accomplishing the spirit of the provisions herein*».

⁷³ F. SCIACCHITANO, A. PANZA, *op. cit.*, p. 113.

fenomeno. Il Codice, dunque, propone alle piattaforme firmatarie un'autoregolamentazione secondo le linee predeterminate dall'UE⁷⁴.

Delegare *in toto* agli *Internet service providers* il monopolio in ordine al contrasto alla diffusione della disinformazione online appare opinabile⁷⁵. Come evidenziato anche dal Report di monitoraggio presentato nel 2019 dall'ERGA (*European Regulation Group on Audiovisual and Media Services*)⁷⁶ le azioni e le valutazioni compiute dalle piattaforme sono molto sfumate ed estremamente delicate in quanto attuano il bilanciamento tra libertà d'espressione e contenuti falsi o illeciti di cui abbiamo parlato nel paragrafo precedente. A titolo esemplificativo, esse possono stabilire, attraverso gli *indicators of trustworthiness*, cosa sia verisimile e attendibile e cosa no e aumentare la visibilità dei contenuti da loro ritenuti più affidabili. Nonostante le piattaforme debbano farsi aiutare da altri soggetti come le reti di *fact-checkers*, le istituzioni editoriali e *stakeholders*, detengono, *de facto*, un amplissimo potere discrezionale che può tramutarsi in abuso⁷⁷.

Qualora una piattaforma decidesse di non rispettare gli impegni presi con la sottoscrizione del codice a quali sanzioni andrebbe incontro? Nessuna. Il Codice di condotta è uno strumento di *soft law*; pertanto, non implica l'assunzione di nessun obbligo giuridico vincolante tra le parti. Uno dei limiti principali del Codice sembra essere la natura giuridica dello stesso: il sistema di autoregolamentazione tenderebbe a realizzare una «privatizzazione della censura»⁷⁸, dove le piattaforme – dopo aver ricevuto una segnalazione dagli utenti – potranno discrezionalmente rimuovere i contenuti senza necessariamente un controllo da parte dei pubblici poteri. Questo approccio, oltre ad essere stato criticato da molti, è emerso dalla valutazione

⁷⁴ G. GAGGIANO, *op. cit.*

⁷⁵ Così M. MONTI, *Il Code of Practice on Disinformation dell'UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in www.medialaws.eu, 1/2019; v. anche G. PITRUZZELLA, *op. cit.*

⁷⁶ *European Regulators Group for Audiovisual Media Services*, ERGA Report on Disinformation: *assessment on the implementation of the Code of Practice*, 4 Maggio 2020. L'ERGA è stato istituito dalla Commissione nel 2014, si compone di rappresentanti di alto livello di corpi nazionali e indipendenti che si occupano di regolazione nell'ambito dei servizi audiovisivi.

⁷⁷ F. GRAZIADEI, *Disinformazione e piattaforme online. Riuscirà il Digital Service Act della UE a risolvere le criticità?*, in www.key4biz.it, 28 gennaio 2021.

⁷⁸ G. PITRUZZELLA, *op. cit.*; M. MONTI, *op. cit.*

effettuata dalla Commissione nel 2020⁷⁹, a seguito della quale la Commissione, nell'anno successivo, ha presentato una Guida per rafforzare il Codice⁸⁰. Nella guida la Commissione propone di rafforzare il Codice in vari settori per renderlo più stabile. Tra le modifiche troviamo: a) cambiamento della natura del Codice da un sistema di autoregolamentazione ad un sistema di co-regolamentazione⁸¹; b) adesione di altri firmatari; c) rafforzamento degli impegni per conseguire gli obiettivi del Codice; d) la presentazione di relazioni in formati standardizzati, disaggregati per Stati membri; e) creazione di un centro per la trasparenza e creazione di una *task force* permanente per l'evoluzione e l'adeguamento del codice⁸².

Il *Code of Practice on Disinformation*, inoltre, viene rafforzato nel quadro della legge sui servizi digitali (*Digital Services Act*), proposta dalla Commissione nel dicembre del 2020 e approvata il 23 aprile 2022.

Il *Digital Services Act* (DSA)⁸³ è una delle due parti di un importante pacchetto legislativo⁸⁴ che mira a riformare ambiziosamente lo spazio digitale prevedendo una serie completa di nuove norme per tutti i servizi digitali.

⁷⁹ Commission Staff Working Document, Assessment of the Code of Practice on Disinformation - Achievements and areas for further improvement SWD/2020/180 final.

⁸⁰ Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, Orientamenti della Commissione europea sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione, COM/2021/262 final.

⁸¹ Per un approfondimento sulla differenza tra autoregolamentazione e co-regolamentazione si veda il Parere del comitato economico e sociale europeo sul tema (INT/754) del 22 Aprile 2015

⁸² Commissione europea, Rafforzare il codice di buone pratiche dell'UE sulla disinformazione, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/european-democracy-action-plan/strengthening-eu-code-practice-disinformation_it#rafforzare-il-codice-di-buone-pratiche-sulla-disinformazione.

⁸³ *Proposal for a Regulation of the European parliament and of the council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, COM/2020/825 final

⁸⁴ Il pacchetto si compone di una legge sui servizi digitali e una legge sui mercati digitali (*Digital Markets Act*). Al centro di entrambe le proposte vi sono i valori europei: le nuove norme proteggeranno in modo più efficace i consumatori e i loro diritti fondamentali online e renderanno i mercati digitali più equi e più aperti per tutti.

Con il *Digital Services Act* termina l'era dell'autoregolamentazione online: esso propone un sistema di co-regolamentazione che «include le parti interessate nella definizione di criteri minimi»⁸⁵, sfruttando la flessibilità per ridurre i rischi in un contesto digitale in rapida evoluzione.

Il DSA sostituisce la Direttiva 2000/31/CE sull'*e-commerce*⁸⁶: la differenza prioritaria tra le due normative riguarda la responsabilità degli *Internet Service Providers*. Mentre la Direttiva, agli artt. 14 e 15, escludeva la responsabilità degli ISP per i contenuti caricati dagli utenti per il loro tramite, il DSA prevede una disciplina a «cerchi concentrici»⁸⁷: il primo cerchio incorpora tutti i prestatori di servizi intermediari nei cui confronti da un lato viene ribadita la regola di esenzione da responsabilità prevista dalla direttiva, dall'altro vengono introdotti nuovi obblighi di diligenza; nel secondo cerchio troviamo i prestatori di servizi di *hosting* nei cui confronti vengono stabiliti obblighi più puntuali; nel terzo cerchio, infine, troviamo le piattaforme di dimensioni molto grandi (piattaforme OTP), ossia quelle che raggiungono più del 10% della popolazione europea (circa 45 milioni di persone), per le quali sono previsti obblighi più stringenti⁸⁸.

Quest'ultime dovranno: i) valutare ogni anno i rischi derivanti dalla diffusione di false informazioni, gli effetti negativi del fenomeno sull'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare libertà di espressione e di informazione, la manipolazione del servizio e gli effetti prodotti dai sistemi di moderazione e raccomandazione dei contenuti; ii) adottare misure al fine di limitare suddetti rischi; iii) mirare all'*empowerment* degli utenti, che dovranno essere in grado di vedere se un contenuto viene pubblicizzato, chi è l'inserzionista e perché quel

⁸⁵ L. BERTUZZI, *Fake news: le proposte Ue contro la disinformazione nella legge sui servizi digitali*, in www.euroactiv.it, 17 maggio 2021.

⁸⁶ La direttiva in questione è stata oggetto di diversi studi, a titolo esemplifico e per un approfondimento si veda R. BROWNSWORD, *The E-Commerce Directive, Consumer Transactions, and the Digital Single Market – Questions of Regulatory Fitness, Regulatory Disconnection and Rule Redirection*, in *European Contract Law in the Digital Age*, III ed., a cura di S. GRUNDMANN, Cambridge University Press, 2018, pp. 165-204.

⁸⁷ O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1, 2022.

⁸⁸ In questo senso si veda anche I. MERGEL, *Digital service teams in government*, in *Government Information Quarterly*, n. 36, 2019, 101389.

contenuto viene loro presentato⁸⁹; iv) redigere e rendere accessibile al pubblico un registro relativo al contenuto delle pubblicità.

Nel caso in cui le piattaforme OTP non dovessero rispettare gli obblighi previsti dal DSA rischiano sanzioni fino al 6% delle loro vendite annuali.

4. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, il DSA costituisce un primo tentativo di regolazione del potere privato delle piattaforme online. Quest'ultimo, infatti, impone obblighi asimmetrici agli *Internet Service Providers* a seconda della loro natura e dimensione, al fine di assicurare che i cittadini europei possano esercitare la loro libertà di espressione e di informazione.

Tuttavia, il DSA propone delle innovazioni ambiziose che sono di difficile attuazione e, soprattutto, divergono notevolmente dal modello statunitense di regolazione del fenomeno.

Data la natura trans-frontaliera di Internet e la conseguente facilità di circolazione dei contenuti, le due prospettive – quella europea e quella statunitense – sono presumibilmente destinate a scontrarsi: un contenuto, grazie alla diffusione online, potrà avere seguito sia in Europa che negli USA, ma ricevere un diverso tipo di trattamento. Lo stesso contenuto, dunque, potrà risultare conforme alla normativa statunitense e illecito nelle giurisdizioni degli Stati membri. In questa circostanza si annida il rischio del c.d. *forum shopping*.

Le due impostazioni esprimono due sensibilità diverse entrambe meritevoli di attenzione poiché da un lato, come sostiene Nielsen⁹⁰, è indubbio che affidare al governo o ad un gruppo di esperti privati il controllo della libertà di espressione è rischioso, dato che ad essere in pericolo è il pluralismo informativo. Per questo motivo, l'UE è sempre stata cauta nel dettare delle norme che regolassero l'informazione online e aveva, *ab origine*, adottato un codice di autoregolamentazione.

⁸⁹ L. BERTUZZI, *op. cit.*

⁹⁰ Direttore di ricerca presso il Reuters Institute for the Study of Journalism dell'Università di Oxford, durante una conferenza a Bruxelles nel 2018 dal titolo *Preserving democracy in the digital age*, Disponibile in <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/news/preserving-democracy-digital-age>.

Dall'altro lato, le criticità spiegate nei paragrafi precedenti dimostrano come un sistema di *soft law* possa risultare non sufficientemente adeguato ad arginare la disinformazione online, e che tale interesse giustifica un intervento regolatorio più incisivo.

Il *Digital Services Act* entrerà in vigore il 1° gennaio 2024 e vedremo come l'UE attuerà le ambiziose innovazioni presenti nel regolamento.

Senza alcun dubbio il DSA rappresenta una svolta epocale per la disciplina del contesto digitale, soprattutto perché ad una possibile privatizzazione della censura sostituisce una partnership pubblico-privata che, come sostiene Monti, «appare la soluzione più auspicabile per poter assicurare una corretta informazione»⁹¹. Inoltre, testimonia come l'UE, consapevole della trasformazione digitale, intenda creare un panorama online nel quale i diritti fondamentali dei cittadini continuino ad essere rispettati.

Citando le parole di Ewelina Jelenkowska-Lucà⁹², capo dell'unità comunicazione di DG Connect, «*in the European digital transformation people come first*».

⁹¹ M. MONTI, *op. cit.*

⁹² Intervento del 29 aprile 2022 al TedxSapienzaU.

FARSHBAF KHOSHNAZAR MAHSA
AGHAPOUR SABBAGH YOUNES*

COMPARATIVE ANALYSIS
OF PROCEDURAL GOOD FAITH
IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION
IN THE LIGHT OF IRANIAN AND ENGLISH LAW

Arbitration, the most preferred dispute resolution approach, achieves its effectiveness through the well-known principles. Parties' duty to act with procedural good faith is summarized in parties' cooperation to submit the relevant documents, clean hands theory, and prohibition of inconsistent behavior. There is no standard test to consider how parties have observed the principle, and cases show instances, including any attempt to mislead the court through the fabricated evidence, demonstrating the breach of the principle of good faith. The procedural good faith aims to administer the best and proper conduction of arbitration. This paper compares the party's duty to act with good faith in Iran and the English legal system by analytical and description methods.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Notion of procedural good faith. – 3. Parties' duties in respect of procedural good faith. – 3.1. Cooperation. – 3.2. Forbidden inconsistent behavior. – 3.3. Clean hands theory. – 4. Conclusion.

1. *Introduction.*

International arbitration has evolved into the prevalent method of settling disputes between states and individuals in mainly all

* Dottoranda e dottorando di ricerca in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Luca Di Donna, docente di Diritto privato europeo presso Sapienza Università di Roma.

aspects of international commercial and investment grounds.¹ The most important reason for the increasingly growing trend to apply arbitration is the globalization of trade involving parties from different legal systems and the private nature of arbitration which encourages parties to opt for it. The parties to the international commercial relationship prefer to provide a dispute resolution method through an arbitration clause in their contract as they can keep their control and authority over it.

It allows parties to determine which law would exercise in their dispute, the seat, and the language of the arbitration. High efficiency and speed are the other gains of arbitration. As one of the most prominent features of arbitration, party autonomy encourages parties to settle their dispute under the procedure parties prefer. Despite the role of party autonomy in arbitration there shall not assume a broad discretion for parties as they shall act in the legal framework and do their best to achieve the ultimate result.

The efficiency of arbitration is not achieved only through the arbitration acts; there is a need to exercise the general rules. The principle of procedural good faith is often invoked with a broad span from issues relating to formation and interpretation to the conduct of the arbitral proceeding. Furthermore, it is aimed to protect the party that seems not to have the same bargaining power. Under both Iran's arbitration act and the English arbitration act, the term of good faith does not exist. However, some aspects of acting under procedural good faith can be inferred from several parts of acts. The LCIA has provided the general duty to act in good faith in all processes in 2014.² However, it does not include any specific criteria to determine whether the party has acted with good faith or not. The innovation of LCIA has led to recognizing it as one of the general principles governing arbitration; all involving parties, including parties and the arbitral tribunal, shall observe it.

¹ A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, V ed., Oxford University press, New York, 2009.

² Article 32 § 2: «For all matters not expressly provided in the Arbitration Agreement, the LCIA, the LCIA Court, the Registrar, the Arbitral Tribunal, any tribunal secretary and each of the parties shall act at all times in good faith, respecting the spirit of the Arbitration Agreement, and shall make every reasonable effort to ensure that any award is legally recognized and enforceable at the arbitral seat».

Following Iran's legal system, the lack of express terms of good faith in arbitration has caused delay and burdensome dispute process, ultimately the loss of arbitration importance. By scrutinizing the legal status and arbitral awards, parties' conduct can be an excellent example of the duty to commit under good faith. To answer this question, is their duty to act in good faith in arbitration? If the answer is yes, what are the criteria to determine a party to the arbitral tribunal has acted with good faith? What is the legal remedy if a party fails to perform and breaches the duty? There is no choice other than invoking the arbitration acts under both legal systems, but it does not include any specific criteria to determine whether the party has acted with good faith or not. The innovative of LCIA has led to recognize it as one of the general principles governing on arbitration, all involving parties, including parties and arbitral tribunal, shall observe it.

In accordance with Iran's legal system, the lack of express term of good faith in arbitration has caused delay and burdensome on dispute process, ultimately the loss of arbitration importance. By scrutinizing at the legal status and arbitral awards, some conduct of parties can be good example to indicate the duty to commit in accordance with good faith. To answer to this question, that is their duty to act in good faith in arbitration? If the answer is yes, what are the criteria to determine a party to arbitral tribunal has acted with good faith? If a party fails to perform and breaches the duty, what is the legal remedy? There is no choice other than invoking to the arbitration acts under both legal systems³ and institutional rules, including LCIA and practice. There will be a comparison of the two legal systems to find the similarities and differences.

2. Notion of traditional good faith.

«As a “general principle”, good faith forms part of the sources of international law»⁴ which facilitates and improves the volume of

³ According to Iran's legal system, there are two set of rules governing on arbitration. International commercial arbitration act 1997 deals with international commercial arbitration, the code of civil procedure address issues related to the domestic arbitration. Under English legal system, there is arbitration act 1996 dealwith both domestic and international arbitration.

⁴ R. STEVEN, *Good Faith in International Law*, in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2013, p. 40.

international trade. There is no universally accepted definition of good faith, and there have been different attempts to provide what constitutes the term good faith. It originated from the Latin term *bona fide*, which is defined as «a sincere belief or motive without any malice or the desire to defraud others.»⁵ In essence, it is the principle of «fair and open dealing.»⁶ Under the Black law dictionary, good faith is defined from several perspectives: firstly, «a state of mind consisting in honesty in belief or purpose» secondly, «faithfulness to one's duty or obligation» thirdly, observance of reasonability and fair dealing of transaction and finally the absence of intent to defraud. It is defined as the general obligation of parties to be loyal and honest. However, it should be noted that good faith depends on the factual circumstances of each case, and an arbitral tribunal cannot order it without considering all issues, so it is a dynamic, moving, ever-changing concept.⁷

In order to get a fair trial, there is an absolute need to observe the aspects of good faith in international arbitration. In fact, parties to the contract shall act with good faith and fair dealing; in the case of gap or vague terms, it shall be supplemented and filled with observance of good faith, which is deemed its substantive function. If a party fails to perform the contract, there is a conflict of interest, and arbitration proceedings commence. The principle of good faith seems to have a twofold function, which can. Main task of parties under the arbitration process is the observance of good faith which constitutes a fair trial. Parties shall do their best to promote efficiency, speed, and fairness. The notion of procedural good faith consists of conducting reasonably, honestly, and fairly. Furthermore, delivery of related and relevant evidence at the earliest time and refusal to produce a document as a means of obstructing proceedings⁸ are categorized under procedural good faith.

⁵ M.S.A. WAHAB, *Diversity, legitimacy, innovation and the future of international arbitration*, in *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2019, p. 3.

⁶ *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes Ltd*, 1989, QB 433 per Bingham LJ.

⁷ S. WEBER, J. MARTINEZ, *Good faith in international arbitration, a comparative approach in ICC awards*, in *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2020, issue 2, p. 112.

⁸ R. BRANDAN, *Procedural good faith in international arbitration*, 2018, p. 1.

3. Parties' duties in respect of procedural good faith.

Although all legal scholars have vaguely referred to any act to promote efficiency, some standards specify the party's reliance on it. Parties to international commercial arbitration often insist on demonstrating their willingness to respect the fundamental principle of arbitration, which is summarized in acting consistently with morality and justice. Despite the lack of express duty, there is a presumption that parties shall respect and act honestly. The duty to cooperate, clean hands theory, and abstain from inconsistent behavior are those obligations that guarantee the full achievement of good faith.

3.1. Cooperation.

A valid arbitration agreement has «positive, negative»⁹ and «direct, indirect»¹⁰ effects.¹¹ The common essence of the effects is the best cooperation of parties under the supervision of good faith for a successful and effective means of dispute resolution method. Parties' cooperation in a legal proceeding is the main way to improve and facilitate the procedure by which parties seek to resolve the dispute. The term «cooperation» is literally defined as «a situation in which people work together to do something»¹². From a legal perspective, it addresses parties' cooperation in both processes, whether before and after the issuance of an award. Cooperation is a cornerstone principle of the dispute resolution method. When there is a dispute, both parties and arbitral tribunal or state courts seek to resolve a dispute under an expeditious process. Parties' cooperation with each other overall aspect of arbitration is a fundamental principle to facilitate the arbitration. Acting consistently with the arbitral tribunal's order and

⁹ N.R. SALAMA, *Nature, Extent and role of Parties' Autonomy in the Making of International Commercial Arbitration Agreements*, 2015, p. 96.

¹⁰ A.M. STEINGRUBER, *The Mutable and Evolving Concept of 'Consent' in International Arbitration – Comparing rules, laws, treaties and types of arbitration for a better understanding of the concept of 'Consent'*, Oxford University Comparative Law Forum 2, 2012. It is available at ouclf.law.ox.ac.uk.

¹¹ G. BORN, *International Arbitration law and practice*, 2012, p. 95.

¹² It is available at <https://www.merriamwebster.com/dictionary/cooperation#:~:text=1%20%3A%20the%20actions%20of%20someone,established%20trade%20and%20economic%20cooperations>.

submitting relevant documents to prove alleged claims in a reasonable manner at the earliest time illustrate the parties' best level of cooperation.

«The efficiency of arbitration depends on the cooperation of parties (and their lawyers and indeed the arbitrators) in preparing a case and minimizing the area of substantive dispute»¹³.

At first glance, parties' cooperation in disputing to settle it seems a bit confusing and unlikely because Parties' benefits are in contrast, and any party seeks to keep its benefits. The duty to act with good faith incur any party is banned from behaving fraudulently or causing a delay in the legal proceeding.

The English legal system has stipulated the necessity of parties' cooperation in the judicial process. In addition to the principle of speed, the civil procedure act 1998 encourages parties to cooperate to enhance arbitration proficiency.¹⁴ It requires parties to do all necessary steps to speed the process, including submission of all relevant documents and performance of all orders. Under Iran's legal system, seemingly, there is no reference to the principle of cooperation. However, the general governing spirit of the arbitration act¹⁵ and the civil procedure law¹⁶ represent the party autonomy which in its inherent there is a duty to cooperate.

The fair trial demands that parties' cooperation be based on honesty, good faith, and loyalty. «In the cooperation theory, parties to dispute act consistently with good faith and honestly with the judge to settle the dispute in the earliest time under reasonable manner»¹⁷.

According to procedural good faith, Parties to prove their claims are required to present their evidence, whether in oral or written form.¹⁸ The arbitral tribunal has wide discretion to order evidence,

¹³ C. AMBROSE, K. MAXWELL, M. COLLETT, *London Maritime Arbitration*, IV ed., Informa Law from Routledge, London, 2018, p. 1.

¹⁴ Article 1.3 of the Civil procedure act: «The parties are required to help the court to further the overriding objective».

¹⁵ For more details, refer to articles 11-19-20-21 of the International Commercial Arbitration law.

¹⁶ For more details, refer to articles 454 and 462 of the Civil procedural law code.

¹⁷ A.R. CHELKASARI. *The Cooperation Theory of Parties and Judge in the Dispute Resolution*. The comparative analysis. Vol 7, 2017, p. 2.

¹⁸ Article 15 § 6 LCIA: «No party may submit any further written statement following the last of these Statements, unless otherwise ordered by the Arbitral

and such broad discretion is to prepare a fair means for resolution. This discretion is limited to observing the prevention of unnecessary delays or expenses. Suppose the parties opt for another procedure that seems ineffective or costs less in the light of the arbitral tribunal. In that case, the priority is reserved for the party autonomy, and it seems no liability exists for the arbitral tribunal.

Another scope of parties' cooperation is on the recourse to state court when a question arises as to the preliminary point of jurisdiction or law, in the appropriate time to expedite the procedure. In some cases, after exchanging and discussing documents, the parties present a single set of documents accepted by the parties, which is not mean that they have accepted each other's claims. However, in this way, they inform the arbitral tribunal that the authenticity of these documents is not challenged, and the tribunal can decide based on its terms.

According to Iran's civil procedure act, which is derived from sharia's general principle, there is the principle that a party who raises a claim shall prove it.¹⁹ Even though international commercial arbitration law is derived from UNCITRAL model law, which encompasses the principle, it is absent under Iran's arbitration act. Seemingly, the absence is backed by its evident nature. Parties to render evidence may provide it while the plea is submitted or later. In the latter presumption, the list of documents to prove the claim must at least be submitted. According to the civil procedure act, parties shall submit all the relevant documents to the arbitral tribunal;²⁰ the arbitration act permits the relevant documents to be submitted by pleas or later.²¹ In the opposite side, under the English legal system, all relevant documents shall be submitted. At the same time, the plaintiff files the claim form²² and renders them to the defendant.

Sometimes the documents are in possession of one of the parties or a third-party. If the party or a third-party refuse to provide those documents, the arbitral tribunal may not compel the refused person to provide them. For example, inquiries from banks regarding the

Tribunal».

¹⁹ Article 179.

²⁰ Article 476 Iranian Civil procedure act.

²¹ Article 22 Iranian Arbitration act.

²² Article 8 § 5 Civil procedure act of 1998 of England.

number of deposits of individuals or inquiries from registries about the assets of individuals require a court order or competent authorities. There are no regulations that hold these governmental and public departments accountable to arbitrators. Similarly, the summoning of witnesses for testimony is that in the absence of cooperation with the arbitral tribunal, the absent witness cannot be summoned to testify. There is no provision in international commercial arbitration law by which the arbitral tribunal may make the necessary documents and inquiries or summon witnesses to testify. Therefore, the only way to solve this problem is to refer to the judicial authorities so that the court can access the documents or summon the witnesses. The possibility of going to court to access evidence in international commercial arbitration law is not specified; article 27 of the UNCITRAL Rules of Procedure explicitly addresses this issue. According to it, the arbitral tribunal or any of the parties, with the approval of the arbitral tribunal, may request assistance from a competent court to obtain evidence. The court shall act within the scope of its jurisdiction and comply with its rules on requesting the study of evidence. The exact reason for the omission of this article in the International Commercial Arbitration Law is not apparent. Perhaps its obviousness has led the Iranian legislature to remove it. The provisions relating to the issuance of an interim injunction, which has already been examined, may have been sufficiently comprehensive in the view of the Iranian legislature, including the study of evidence and the provision of evidence, and therefore did not need to be repeated in a separate article. Another reason that may be given for this omission is the strict enforcement remedy outlined in Article 33 (I) of the International Commercial Arbitration Law. According to this clause, if, after the issuance of the arbitral award, evidence is found that proves the party's legitimacy, and it is proved that those documents were concealed by the other party or caused them to be concealed, the arbitral award will be revoked. Therefore, if a party refuses to present evidence and conceal them, it is the ground for the challenge of the arbitral award. This is a legal remedy of strict enforcement of a severe warning to a party aware of the existence of evidence and conceals them from the arbitral tribunal.

Another aspect of parties' cooperation on evidence is the prohibition of any conduct of concealing the required documents.

Concealment of evidence is conceivable in two ways. The parties may have raised documents to initiate arbitration but refuse to disclose them at the hearing, or in some cases, the invoked evidence may be under the possession of another party, or a third-party refuse to present it. In such cases, procedural good faith requires the parties to cooperate with the arbitral tribunal to expedite the proceedings. Access to justice and the effectiveness of the arbitration process are increasingly dependent on the cooperation of the arbitral tribunals in the presentation of documents.

Accordingly, neither party has the right to disrupt the proceedings by concealing documents and information. Arbitration, in addition to confidentiality, requires transparency; this requirement can create reasonable and legitimate expectations of the parties in order to balance their interests. Good faith obliges the parties to show the relevant information they have, and in case of citation and refusal to show the documents, based on a special argument, the arbitrator has the right to draw an adverse inference (negative inference) which is known as a legal remedy of non-presenting documents. Under English arbitration act article 41, Section 7 (b) provides for an adverse inference if a party fails to provide information or proceed to an award on the base of provided materials. According to Articles 251 to 215 of the Code of Civil Procedure of Iran, concealment of evidence is forbidden, and the court can consider this evidence against the party. However, the attitude of arbitration law is different; it authorizes the arbitrator to issue an award on the base of available evidence without making adverse interferences. It reinforces this presumption that parties are allowed to introduce any evidence that they refer to and is more compatible with their interest; if a document contrasts with a party's benefit, silence is of no legal remedy. However, the only applicable exception to non-disclosure of evidence is the confidentiality character of documents in the legal proceeding.

3.2. Forbidden inconsistent behavior.

Like the judge of the court, the arbitrator shall also pay attention to the behavior of the parties when evaluating their statements and reasons. Within the limits of the principles governing arbitration, it shall examine the documents and reasons given by the litigants to

discover the truth through legal means. Non-conflict in behavior and honesty in the speech of the litigants are among the issues that the arbitrator and the judge should consider.²³ Prohibition of inconsistent behavior is a broad notion that is finally sought to prevent relitigating of the same dispute. The principle of good faith tries to make the procedural economy, decreasing the burden of the judicial system and expediting the arbitration process. Several pleas, including Cause of action estoppel, Issue estoppel, former recovery, and abuse of process, attempt to ban and prevent relitigating (the effects associated with the doctrine of *res judicata*). Most scholars believe that the prevention of inconsistent behavior is then categorized under the umbrella of the principle of good faith.²⁴

Although the term Estoppel is derived from the common law, its essential role has made it a universal legal principle in almost all legal systems. This principle has a broad notion and covers issues from different aspects. This paper focuses on the parties' conduct which is referred to as Equitable Estoppel.

Estoppel helps judges overcome deceit and hypocrisy in the trial and lead the trial to fairness and justice. This doctrine holds that inconsistent position and behavior may not be adopted to the loss or injury of another party. estoppel's theory forbids contradiction or deception that leads to injustice.²⁵

This term can be defined as a barrier that prevents a person from denying or claiming anything contrary to what has been said or denied and or is legally proven to be accurate, whether this is achieved by legal authorities or by an explicit or implicit document or statement, the conduct or omission of the individual. So, a party who claims or does something is not allowed to claim against it. The Estoppel is a broad notion and covers divergent fields, and the relevant types are discussed briefly.

Cause of action estoppel prevents either party from relitigating the same action among the identical parties when it has been determined or denied by the competent authority against the other party.

²³ A. KHODABAKHSH, *Arbitration law and relevant disputes under the precedent*, IV ed., 2016, p. 661.

²⁴ M. SHAHBAZINIA, E. JAHROMI, *Comparative Analysis of Estoppel rule Under English and United States*, in *International Law Journal* n. 30, 2004, p. 63.

²⁵ *Ivi*, p. 7.

Neither party can raise the same cause of action again.²⁶ Its relevance with the principle of good faith is summarized in the theory that when a party to a dispute has been under the arbitral proceeding for the same cause of action with the same party, it is incomplete opposite logic of good faith to commence a legal proceeding for the same cause of action against that party.

Issue estoppel prevents a party from questioning or denying an issue already decided in a previous proceeding between the same parties to the earlier trial. Former recovery is not easily described as species of estoppel as its function varies. It prevents a party whose favor decision has been rendered from relitigating the same cause of action against the party to receive more relief.²⁷ When the party has succeeded in the first tribunal and does not make any challenge and receives the final and conclusive award, it is not allowed to bring a second action. This principle is separated from the cause of action estoppel from this perspective that it aims to preclude the reasserting of the same cause of action against the same party, while the cause of action estoppel has a broader aim of avoiding the contradiction of cause of action.

Abuse of process is also known as the rule in *Henderson v Henderson*. It clarifies that, Whenever the subject matter of dispute has not been determined in the earlier occasion to give a final and binding decision, the party is not permitted to litigate the same issue. When the matter becomes the subject matter of litigation, the parties are required to present their cases completely and raise all their claims. The court will not permit to relitigate some issues which should and could have been brought but are not forwarded due to negligence, inadvertence, or accident. This theory is based on the general rule of public policy. According to this, anyone must bring his entire case in one action. It aims to promote the procedural economy as bringing any claim raised in another proceeding would be abusive. In *Henderson v Henderson*, the rule was expressed in the term *res judicata*; however, it is referred to as a broader definition of *res judicata*. It takes the same consideration as estoppel, namely that there should be an end to litigation, and a party should not be tried twice in the same matter of

²⁶ *Thoday v. Thoday*, 1964, pp. 181-197.

²⁷ S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitration Tribunals*, Oxford, 2016, p. 23.

dispute. However, this theory is applied when the subject matter of dispute has not received *res judicata*.

In a case²⁸ under the English arbitration act, a party (Daewoo) claimed damage from a party (Soga) as he was responsible for the error of designing semisubmersible drilling rigs. He agreed that he would terminate the process if the decision on the preliminary issue were against him. Unfortunately, he lost the preliminary issue decision. He raised a new claim that there was no cooperation, and the other party breached its duty to act with good faith. A majority of tribunal states the issue estoppel prevents a party from raising a as an amendment to the earlier claim as it is an abuse of process «as Daewoo could and should have brought or intimated its further claims before the hearing of the preliminary issue»²⁹.

Although the estoppel has not been expressly provided under Iran's legal system, its concept can be emanated from different rules. The rule of prohibition of detriment and denial after confession is an equivalent theory of recognizing estoppel under Iran's legal system.

3.3. *Clean hands theory.*

The «clean hands doctrine» or «dirty hands or unclean hands» is an equitable principle that is derived from several traditional rules³⁰ that seek to increase fairness and justice. There is no precise definition of the term; scholars have defined it as a bar to claim introduced by a party involved in illegal activities.³¹ It originated from the principle of good faith³² and has roots in Roman tradition. This principle is established on the party's duty to act with good faith. in other words, a party to a dispute which has acted in bad faith or fraudulently in

²⁸ *Daewoo Shipbuilding and Marine Engineering Company Limited v. Songa Offshore Equinox Ltd*, 2020, EWHC 2353 (TCC).

²⁹ It is available at <http://arbitrationblog.practicallaw.com/preliminary-issues-and-issue-estoppel-in-arbitration-proceed-with-caution/>.

³⁰ «*Ex turpi causa non oritur action*» («an action does not arise from a dishonorable cause»); «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» («no one can be heard to invoke his own turpitude»); and «*nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem est facit*» («no one can perfect his condition by a crime»).

³¹ It is available at <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-unclean-hands>

³² R. KLEINDLER, *Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine*, in *Between East and West: Essay in Honour of Ulf Franke*, Kaj Hobér et al eds., Juris, 2010, pp. 309-327.

respect to the dispute is not allowed to seek relief. Applying the clean hands doctrine is still controversial.³³ At the same time, the International Court of Justice declared that «the legal concept of equity is a general principle directly applicable as law»³⁴ it has never been formally rejected by ICJ.³⁵ In practice, international tribunals are reluctant to recognize the existence of doctrine. in the arbitration between Guyana and Suriname, it has been declared that the use of clean hands doctrine is sparse and inconsistently. «Special rapporteur Crawford concluded that it is not possible to consider the clean hands' theory as an institution of general customary law»³⁶.

The doctrine indicates that a party to a dispute shall come with clean hands and allows the court to refuse relief to a party who has acted inequitably. The doctrine base consists of judicial integrity, justice, and public interest.³⁷ The doctrine's role is known as a defense against a person who has acted inequitably. This theory is related to proper conduct by a party seeking relief. Suppose a party has engaged in a certain type of wrongdoing related to its claim, including fraud, misrepresentation, and violation of the law. In that case, this doctrine will prevent a party from benefiting a party from his unlawful behavior.

In complete opposite logic, a party that breaches the principle of good faith would benefit from it. This theory is applicable in all civil proceedings; However, its application is not as broad as it seems; it relates to the relief sought by the party. An immediate and necessary connection must exist between the conduct and sought relief. «The maxim does not come into play unless the depravity, the dirt in

³³ P. DUMBERTY, G. DUMAS-AUBIN, *The Doctrine of "Clean Hands" and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law*, University of Ottawa, Canada, 2014, p. 11.

³⁴ R. MOLOO, *A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law*, 2010, p. 1. It is available at <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2358229>.

³⁵ J. CRAWFORD, *Second Report on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 83, note 3.

³⁶ J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 162, note 3.

³⁷ W.J. LAWRENCE, *Application of the Clean Hands Doctrine in Damage Actions*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 57, 1982.

question on the hand has an immediate and necessary relation to the equity sued for»³⁸.

Due to the lack of standard and conclusive parameters, a series of legal tests are applied to decide whether a party has unclean hands. Any attempt to mislead a court by introducing fabricated and false evidence or concealing any documents that may have an essential role in the court's decision may be considered a test. Furthermore, when a party attempts to obtain confidential information or privileged illegally, any claim arising from a contract based on corruption, suborning a witness to give evidence that contrasts with the truth, abuse of process to harass others are tests that ascertain the unclean hands' theory.³⁹

In some cases, the plaintiff may fraudulently obtain and disclose the other party's confidential information against him and claim the breach of contract or intentionally change the circumstance of a case to claim damage. All of these demonstrate that the party's conduct is the opposite of the principle of good faith.⁴⁰ The common factor is that the act of either party is in the breach of fair and justice that ultimately would jeopardize the fair trial.

There is no express term of clean hands doctrine under both Iran's and English arbitration act, but there are grounds of propensities that assert its acceptance. The comparison analysis of the doctrine with sharia shows that the role of doctrine is compatible with the rule's action.

The action of rule or assumption of risk is defined as «a person who knowingly and voluntarily risks danger cannot recover for any resulting injury»⁴¹ Iran's law which is based on sharia, has accepted the notion but under a different term. There is no specific criterion for measuring violations of good faith and dishonesty. Since it is the arbitrator's responsibility to discover the facts of the case and find the truth, it is also up to the arbitrator to recognize the immoral behavior

³⁸ L. ELLIS, *Principles of Clean Hands in UK Law*, 2018. It is available at: <https://hallelis.co.uk/clean-hands-law/>.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ F. BURUMAND, M. SHAHBAZINIA, A. ARABIAN, *Procedural Good Faith*, Tehran, 2021, p. 8.

⁴¹ It is available at <https://www.law.cornell.edu/wex/volentinonfitinjuria>.

of the parties to the dispute. Claims arising out of intentional fraud and misconduct do not entitle the parties to be benefited from it.

Commitment to clean hands as a manifestation of good faith leads to the efficiency and development of arbitration.

The legal remedy of violation of the duty to act with good faith can be the deprivation of the lawsuit, the rejection of the plaintiff, or the deprivation of receiving the claimed damages. It seems that in Iran, adhering to the clean hands of the parties to dispute as a moral norm, relying on the fundamental principle of good faith, can prevent the filing of lawsuits based on trickery and fraud and the annulment of arbitral awards.

There is a common law principle that the court will not assist a party whose case is based upon an immoral or illegal act,⁴² reinforcing the recognition of the clean hands' theory in England law. Clean hands theory is categorized under public policy, not as the rule of law.⁴³ The plaintiff is deprived of compensation for dishonesty and wrongdoing, and unlawful conduct in most cases. Given the importance of fairness in the judicial process and coordination of fairness with equity, the clean hands are known as the duty of parties. In practice, to prove that there is an infringement of the clean hands' theory is a difficult task that need to be directed to the involved party and shall be direct as any bad faith must be immediate and directly related to the sought relief by the party who did it. The assessment is carried out by an arbitral tribunal in each case through the circumstance, and it would vary.

4. Conclusion.

Arbitration is the most prevalent resolution method that seeks to provide the most efficient, best ground to achieve justice and a fair trial. The mere law is not sufficient to cover all aspects, and there is an essential need to recognize general principles. In addition to the principle of confidentiality and speed, good faith is another pivotal principle that tries to make the procedural economy, decreasing the

⁴² «*Ex turpi causa non oritur actio*» was firstly found in *Holman v. Johnson*.

⁴³ L. ELLIS, *Principles of Clean Hands in UK Law*, 2018. It is available at <https://hallelis.co.uk/clean-hands-law/>.

burden of the judicial system and expedition of the arbitration process.

The general duty to act consistently with good faith is demonstrated under a duty to cooperate in the legal proceeding. Parties are obliged to prepare and submit all relevant evidence they prefer to invoke, and if a party refuses to submit, there is a different attitude among legal systems; while the English legal system draws adverse interference, according to Iran's legal system, there are conflict theories, international commercial arbitration law does not recognize the adverse interference, but civil procedure act permits it.

Moreover, the arbitrator shall consider the behavior and honesty in the parties' speech to dispute. Prohibition of inconsistent behavior is a broad notion that is sought to prevent relitigating of same dispute among the same parties. Several pleas, including the cause of action estoppel, issue estoppel, former recovery, and abuse of process, ultimately ban inconsistent behavior. Estoppel is based on public policy rather than general principal law under the English legal system. Despite the lack of express term of estoppel in Iran's legal system, its effects are derived from the rule of prohibition and denial after confession. Furthermore, the *res judicata* effect of an arbitral award gives the same effect.

Clean hands theory obliges parties to commence legal proceedings with clean hands. Any claim arising from fraud and illegal activities is banned, and the involved party cannot seek relief. This doctrine is based on judicial integrity, justice, and public interest. This doctrine under both legal systems is derived from case law and the general duty of good faith.

It could be concluded that the English legal system is more compatible with procedural good faith. In contrast, Iran's legal system needs to modify and makes its legal practice and law more harmonic.

FRANCESCO MARCHESE*

I NUOVI ORIZZONTI DEL DIRITTO D'AUTORE
TRA TUTELE E RESPONSABILITÀ.
RIFLESSIONI E PROSPETTIVE
DAL DIRITTO EUROPEO E COMPARATO

The aim of the present paper is to analyze, in a comparative perspective, the enormous impact of the evolution in digital technologies on traditional copyright notions. The focus of this paper, especially through the analysis of the fair use in the Google Books case, is how to achieve a balance between the need to promote access to works and therefore knowledge and learning, on the one hand, and the protection of the interests of copyright holders, on the other. A possible solution to this «digital dilemma» and to the phenomenon of copyright infringement is represented by Creative Commons licenses. These licenses are inspired by a «some rights reserved» model and were introduced to try to bridge the gaps between the barriers imposed by traditional copyright and the realities of the digital environment.

SOMMARIO: 1. Premessa: l'avvento della tecnologia e le nuove sfide. – 2. Il «dilemma digitale»: alla ricerca di un (complesso) equilibrio. – 3. Funzioni di bilanciamento in ambito comunitario e statunitense. Il caso *Google Books*. – 4. La componente pedagogica del diritto d'autore e l'azione sinergica delle modalità di fruizione. – 5. La responsabile collaborazione dei *providers*. – 6. «Oltre» il *copyright*: la scommessa di *Creative Commons*. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa: l'avvento della tecnologia e le nuove sfide.*

Così come è avvenuto per l'invenzione della stampa, l'avvento di *Internet* ha costituito uno snodo fondamentale nella storia del *copyright*, comportando una diffusione di contenuti caratterizzata dall'assenza di tutte quelle prerogative che hanno da sempre contraddistinto il sistema tradizionale.

* Dottore in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Gianluca Scarchillo, docente di Sistemi giuridici comparati presso Sapienza Università di Roma.

La possibilità di convertire le opere dell'ingegno in un formato digitale ha fatto innanzitutto venir meno la necessità di procedimenti industriali per la duplicazione di queste ultime: infatti, a prescindere dalla natura del contenuto dell'opera – sonora, testuale o grafica – questa, una volta digitalizzata, assume la forma di un *file* duplicabile da qualsiasi computer per un infinito numero di volte.

Ciò implica inevitabilmente il sorgere di nuovi approcci alla questione del *copyright* in quanto il modello «storico» non appare più nelle condizioni né di assecondare le nuove esigenze degli utenti, né di tutelare le necessità degli autori. D'altronde non potrebbe che essere così: difficilmente la digitalizzazione e la sua onda d'urto possono conciliarsi con una legislazione nata in Europa tra il XVIII e il XIX secolo.

A rendere ancora più complessa la regolazione della materia si aggiunge la crescente interazione tra norme nazionali, comunitarie e internazionali, le quali hanno cercato di far fronte al fenomeno in evoluzione utilizzando tuttavia – almeno inizialmente – un approccio ancorato ad una visione tradizionalista e conservativa; è mancata dunque la consapevolezza di dover analizzare in maniera adeguata le trasformazioni avvenute, le quali hanno mutato radicalmente ogni paradigma di un sistema basato sull'esclusività della riproduzione e della diffusione delle copie.

Tuttavia, la crisi di un istituto giuridico va misurata in relazione alla capacità di risposta di questo alle dinamiche evolutive, alla sua capacità di adeguamento e alle modalità con cui questo adeguamento viene operato; proprio queste ultime saranno oggetto delle pagine che seguono. Ciò che emerge con certezza è la necessità di dover revisionare i diritti esistenti e di crearne di nuovi, non più però in ossequio alla concezione classica dell'opera, ma – al contrario – garantendo una più ampia diffusione della stessa, oltre che del nome dell'autore¹.

A ciò si aggiunge l'individuazione di nuove proposte che possano adattarsi al meglio al quadro attuale in costante sviluppo e la sperimentazione di nuovi strumenti maggiormente innovativi, come ad esempio le licenze *Creative Commons*, a cui verrà dedicata particolare attenzione.

¹ F. MACMILLAN, *New Directions in the Copyright Law*, Northampton, 2018.

Tutti i sistemi legislativi, ad ogni livello, devono quindi raccogliere le sfide dello sviluppo digitale, garantendo sia ai creatori che agli utenti un quadro normativo idoneo a realizzare gli obiettivi per i quali il sistema è stato concepito; in questo senso, un ruolo fondamentale è rivestito dalle limitazioni e dalle eccezioni, a cui probabilmente dovrebbe attribuirsi un maggiore spazio – *in primis* a livello sovranazionale – al fine di armonizzare e bilanciare al meglio le contrapposte esigenze².

2. Il «dilemma digitale»: alla ricerca di un (complesso) equilibrio.

Le conseguenze del passaggio alla digitalizzazione sono tuttavia ulteriori e molteplici: quest'ultimo è infatti responsabile non soltanto del cambiamento delle modalità di accesso e di fruizione, ma più in generale del modo stesso di concepire le opere dell'ingegno.

È altresì indubbio che ciò abbia generato un grande malinteso: quello per cui tutto il materiale reperibile in rete sia liberamente appropriabile in virtù della mancanza di un *corpus mechanicum*, ovvero della sua immaterialità.

In tal senso si suole ormai identificare il *copyright* come un «*right*» senza «*copy*», perché in rete qualsiasi contenuto è accessibile a chiunque, senza limiti di quantità e con poche reali restrizioni³. Infatti, seppure la rete costituisca indubbiamente un'evoluzione dei precedenti strumenti di fruizione (e di creazione) delle opere, ciò non equivale tuttavia a considerarla un territorio senza regole o senza diritti: è proprio in tal senso che viene in rilievo la questione – fisiologicamente ancora aperta – del «dilemma digitale» del diritto d'autore, ovvero la necessità di ricercare un giusto (e complesso) equilibrio tra la circolazione dei contenuti e la tutela della proprietà intellettuale.

² D'altronde, l'esigenza di tale approccio emerge anche dalla giurisprudenza – in particolare quella della CGUE – la quale presagisce una prospettiva orientata a «garantire un bilanciamento tra gli interessi in esame, facendo sempre più spesso riferimento alla necessità di stabilire un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali concorrenti dei titolari, degli utilizzatori e dei terzi».

³ M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet*, 2010. In una prospettiva simile anche S.M. KUMAR, V. MAHALWAR, *Copyright Law in the Digital World*, I ed., Springer, 2017.

Il bilanciamento tra gli interessi particolari (degli autori) e quello generale alla fruizione appare d'altra parte sempre più necessario: sia perché la diffusione della conoscenza è alla base della crescita culturale di ogni Paese, sia in quanto lo sviluppo del mercato *online* rappresenta un enorme fattore di crescita economica. Tale circostanza richiede un costante adeguamento della normativa all'inarrestabile evoluzione tecnologica, che rischia di «congelare» ogni previsione che non sia dotata del carattere della flessibilità⁴.

In quest'ottica si colloca anche la più recente Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, la quale – oltre a prevedere che sia «necessario che la legislazione in materia sia adeguata alle esigenze future in modo da non limitare l'evoluzione tecnologica» – auspica la previsione di «norme miranti ad adeguare talune eccezioni e limitazioni all'ambiente digitale al fine di garantire un più ampio accesso ai contenuti»⁵.

3. Funzioni di bilanciamento in ambito comunitario e statunitense. Il caso Google Books.

È necessario, in particolar modo per il comparatista, domandarsi se gli attuali sistemi legali di protezione siano in grado di regolare la portata di innovazione e creatività che si realizza attraverso gli strumenti informatici e i processi di circolazione e condivisione delle informazioni in rete; in altri termini, si tratta di stabilire in quali casi l'utilizzazione (o l'applicazione) delle opere dell'ingegno debba essere sottratta al regime di esclusiva, data la loro possibilità di realizzare un beneficio per la collettività.

In Europa, sia le previsioni tecnico-normative che riguardano le facoltà di utilizzazione, sia il regime (di eccezione) delle libere utilizzazioni delineano un sistema chiuso e statico, il quale si mostra

⁴ La problematica dell'applicabilità della legge sul diritto d'autore in relazione allo sviluppo delle nuove tecnologie è da sempre dibattuta in dottrina; tuttavia, occorre rilevare che i principi delle nostre Linee Guida in materia di Diritto d'Autore. – nonostante risalgano ad oltre ottant'anni fa – «resistono» benissimo alla nuova realtà digitale: la necessità di rinnovamento riguarda infatti soprattutto le norme che rendono operativi detti principi. Di tale avviso, tra gli altri, A. MUSSO, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie ed artistiche*, Zanichelli, Roma, 2008.

⁵ Considerando n. 3 della Direttiva (UE) 2019/790.

scarsamente propenso a contemperare gli interessi che afferiscono a ogni singolo atto di sfruttamento, garantendo piuttosto il rispetto dell'effettività delle prerogative spettanti ai titolari.

Tale assenza di un bilanciamento interno non può che generare un'inefficacia interpretativa, la quale è responsabile di continui rinvii alla Corte di Giustizia Europea che producono – come naturale conseguenza – la dilatazione dei tempi di decisione; in sede di rinvio pregiudiziale, la tutela delle prerogative del titolare viene garantita anche vagliando la proporzionalità delle istanze di protezione rispetto alla portata e all'effettività degli altri diritti fondamentali che vengono in gioco, come quello della *privacy* degli utenti.

Negli Stati Uniti è invece riscontrabile una maggiore attitudine alla valorizzazione dei profili innovativi connessi alle nuove forme di sfruttamento delle opere dell'ingegno, soprattutto per merito della giurisprudenza in tema di *fair use*, che attraverso il ricorso alla clausola aperta contenuta nella Sect. 107 del *Copyright Act* favorisce al meglio il bilanciamento dei valori e adegua più facilmente la normativa alle evoluzioni tecniche⁶.

Depongono a favore di quanto precede le vicende legate al caso *Google Books*. Quest'ultimo ha avuto origine nel 2004 in seguito all'ambiziosa (e dibattuta) realizzazione da parte di *Google* di un'immensa biblioteca digitale ed è stato abbastanza recentemente definito da una sentenza della Suprema Corte degli Stati Uniti⁷.

⁶ La Sect. 107 è frutto del primo tentativo – operato dal *Copyright Act* del 1976 – di tradurre legislativamente la secolare dottrina del *fair use*, risalente all'entrata in vigore dello *Statute of Anne*. La norma, formulata nei termini di clausola generale, non definisce il *fair use* ma esplicita come non costituisca violazione del *copyright* l'uso «leale» di un'opera protetta attraverso qualsiasi forma di utilizzazione se riconnessa a determinati scopi come la critica, la cronaca, l'insegnamento, lo studio e la ricerca. A ciò segue poi l'elencazione dei fattori che il legislatore (prendendo ispirazione dalla giurisprudenza pregressa) ritiene debbano considerarsi per determinare se un determinata utilizzazione possa essere considerata *fair*, quali la finalità e il carattere dell'uso in oggetto, inclusa la natura commerciale o gli scopi educativi e non profittevoli perseguiti, la natura dell'opera protetta, l'entità e la consistenza della porzione dell'opera utilizzata rispetto al suo complesso e l'effetto che l'utilizzo sortisce sul mercato potenziale o sul valore dell'opera protetta. Per un maggiore approfondimento in tal senso, L. WILSON, *Fair Use, Free Use e Use by Permission: How to Handle Copyrights in All Media*, New York, 2017.

⁷ Ad oggi si stima che *Google* abbia digitalizzato oltre 25 milioni di libri in 100 diverse lingue; di questi almeno 2 milioni sono di pubblico dominio in quanto non più soggetti alla tutela del diritto d'autore. Per un approfondimento sul travagliato

Tale progetto, nonostante la previsione di tecniche di visualizzazione di diversa intensità in base agli accordi stabiliti con gli aventi diritto per le opere ancora sottoposte a tutela, ha (prevedibilmente) generato numerose controversie giudiziarie in diversi ordinamenti nazionali⁸.

Tali controversie hanno costituito il terreno di scontro tra il sistema tradizionale dei grandi editori, peraltro ancora legato alla concezione del supporto cartaceo, ed il nuovo contesto degli operatori del settore digitale, distaccati invece dalle logiche tradizionali.

Tra le numerose e complesse vicende giudiziarie, merita particolare attenzione la *class action* promossa dall'associazione a tutela degli autori americani *Authors Guild* per un «*massive prima facie copyright infringement*».

Già nel 2015, al termine di un intenso dibattito, la Corte Federale d'Appello degli Stati Uniti si era mostrata favorevole – confermando peraltro quanto addotto dalla Corte distrettuale – circa la liceità delle attività di digitalizzazione e indicizzazione di opere letterarie rese accessibili *online* attraverso un *database* che consentisse la ricerca di singoli termini all'interno delle opere digitalizzate e la visualizzazione di porzioni del testo, il c.d. *snippet*⁹.

Sono state infatti reputate lecite sia le funzioni di ricerca e visualizzazione di (limitate) porzioni di testo messe a disposizione del pubblico da *Google* attraverso la digitalizzazione delle opere cartacee, che la realizzazione e cessione ad ogni biblioteca di una riproduzione digitale integrale dei libri offerti.

sviluppo del progetto: G. M. RICCIO, *Accesso alla conoscenza, fair use e diritto d'autore: il caso Google Books*, Torino, 2016.

⁸ Al di là delle azioni promosse nel 2005 dall'*Authors Guild* e dall'*Association of American Publishers*, *Google Books* è stata condannata nel 2009 dal *Tribunal de Grande Instance* di Parigi al risarcimento a favore della casa editrice francese *La Martinière* per un importo di quasi mezzo milione di euro a causa della digitalizzazione di alcuni libri in assenza di un consenso esplicito; altre accuse contro *Google Books* sono state poi avanzate anche dal Ministero della giustizia tedesco nel 2009 sulla base della convinzione che il progetto non conduca soltanto alla violazione del sistema di norme tedesco in materia di *copyright*, ma rischia di creare un vero e proprio monopolio con riferimento in particolar modo alle opere orfane. Per una più dettagliata ricostruzione delle vicende, R. ERWAY, *Impact of the Google Book Settlement on Libraries*, OCLC Research, Dublin, Ohio, 2018.

⁹ *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, n. 13-4829; in <https://law.justia./134829/.pdf>

Attraverso tale decisione sono stati dunque riletti alcuni principi in tema di *fair use*, proprio alla luce delle innovazioni connesse alla diffusione di servizi di intermediazione offerti dagli operatori sul *web*.

Sono stati in particolare individuati due aspetti fondamentali, ovvero la funzione di incentivo alla creatività sottesa al riconoscimento di un diritto di esclusiva (limitato nel tempo) all'autore dell'opera e la promozione dell'accesso alla conoscenza del pubblico, riconosciuto come principale beneficiario; proprio in quest'ultima direzione il *fair use* sancirebbe – anche in virtù di alcuni precedenti che avevano messo in luce la promozione della scienza e il beneficio del pubblico – la liceità di alcune attività di sfruttamento non autorizzate dall'autore¹⁰.

Nel valutare la compatibilità tra il progetto *Google Books* e gli obiettivi del *copyright*, attraverso cioè un contemperamento tra l'interesse pubblico di accesso alla conoscenza e un'adeguata remunerazione degli autori, sono state compiute alcune interessanti considerazioni. Le opere sono state infatti ritenute «trasformative» (in quanto la conversione delle pagine in indici facilita la ricerca effettuabile sulle opere), «nuove», «diverse» (senza tuttavia permettere l'accesso a porzioni tali da esaurire l'interesse all'acquisto) e – soprattutto – non in contrasto con il *copyright*, quindi lecite.

Tale ultimo rilievo è dovuto alla circostanza che la digitalizzazione integrale delle opere incluse nel progetto – date le diverse tipologie di limitazioni – non si traduce in una totale messa a disposizione del pubblico né tantomeno costituisce un «effettivo sostituto di mercato»¹¹.

In definitiva la disciplina del *fair use* ha offerto una valutazione delle condotte presuntivamente configurate come illecite che contempera in maniera flessibile gli effetti di esclusione propri dal regime di protezione delle prerogative patrimoniali e gli obiettivi di tutela ed incentivo dell'innovazione; è stata in particolare verificata l'utilizzazione dell'opera rispetto ai benefici conseguiti sulla pubblica conoscenza e all'impatto di (potenziali) effetti negativi prodotti sugli interessi economici dell'autore, arrivando alla conclusione che si tratta di uno scopo nuovo e diverso, non soltanto non contrastante con la

¹⁰ Alla medesima conclusione giunge F. MACMILLAN, *op. cit.*

¹¹ United States Supreme Court – *Order List* del 18/4/2016, p. 12; in https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/041816zor_2co3.pdf.

disciplina in materia, ma anzi strumentale al fine di contribuire alla diffusione della conoscenza tra il pubblico.

L'efficacia innovativa di pronunce come questa non può che porre ulteriormente in luce la differenza tra l'approccio utilizzato in ambito comunitario e quello dell'ordinamento statunitense, rappresentato dal vaglio (preventivo o successivo) della liceità dell'utilizzazione garantito dalla già citata *Sect. 107* in tema di *fair use*, che prevede un elenco di requisiti non tassativi al fine di individuare le ipotesi di lecita fruizione dell'opera garantendo così – a chi fruisce di quest'ultima – uno strumento di difesa alla presunta violazione reclamata dall'attore¹².

Appare chiaro che l'approccio casistico, proprio degli ordinamenti di *common law*, favorisca un (più armonioso) processo di dialogo tra giurisprudenza e legislazione nel contesto delle continue sollecitazioni che sono prodotte dall'evoluzione tecnologica e dal mutamento sociale¹³.

D'altra parte, quanto avviene in ambito comunitario attraverso il ruolo della Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, è senz'altro apprezzabile in termini di certezza del diritto ma «opera sempre su un piano esterno rispetto alle funzionalità intrinseche all'assetto normativo precostituito»¹⁴.

Va senz'altro rilevato come, non sussistendo modalità interpretative diverse dal bilanciare (caso per caso) i diritti fondamentali e gli interessi contrapposti, sia rimesso ai vari legislatori il compito di formulare una disciplina che garantisca la protezione e l'esercizio di prerogative essenziali della collettività, come lo sono l'accesso alla conoscenza e l'incentivo alla produzione di nuove opere.

Resta tuttavia indubbio, quantomeno in termini generali, che sentenze come quella del caso *Google Books* evidenzino come il

¹² G. COLANGELO, *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Il Mulino, Bologna, 2016.

¹³ Contrariamente, parte della dottrina esalta la certezza apprestata dalla tendenza legalistica propria della tradizione di *civil law*, rilevando come la previsione di regole certe e sicure sull'utilizzabilità di determinati contenuti ai fine della creazione di una nuova opera ridurrebbe (oltre che i costi informativi) i rischi connessi alla discrezionalità di un giudice come avviene ad esempio con riguardo alla *Sect. 107*. Di tale avviso è ad esempio R. HOFFMAN, *Intellectual Property Damages*, 2017.

¹⁴ G. COLANGELO, *op. cit.*

processo di digitalizzazione abbia ormai profondamente mutato – oltre che le modalità di uso e di diffusione delle opere dell'ingegno – gli stessi orizzonti del diritto d'autore e delle tutele ad esso collegate.

Emerge in questo (rinnovato) panorama, la nuova sfida consistente nell'individuazione di un più corretto temperamento degli interessi in gioco, che non limiti le opportunità offerte dalle nuove tecniche e che, al contempo, continui a garantire un'adeguata tutela dei diritti fondamentali.

4. La componente pedagogica del diritto d'autore e l'azione sinergica delle modalità di fruizione.

L'attuale portata assunta dal fenomeno delle violazioni del diritto d'autore in rete impone tuttavia alcune ulteriori riflessioni di più ampio respiro. Queste ultime conducono – in primo luogo – alla conclusione che manchi negli stessi utenti la consapevolezza del disvalore giuridico (oltre che economico e sociale) di tali condotte.

Proprio in tale direzione si inserisce quella che oggi potremmo definire come «componente pedagogica», avente lo scopo di superare il malinteso di cui si è già detto, discriminando così i comportamenti leciti da quelli che invece non lo sono.

In questi termini, è inevitabile che la difesa del diritto d'autore si ponga innanzitutto come una sfida culturale. Seppur necessario, risulta miope limitarsi alla previsione di strumenti atti a reprimere le violazioni: occorre altresì impegnarsi (in egual misura) affinché sia avvertita dagli stessi utenti della rete l'esigenza di tutelare adeguatamente la proprietà intellettuale, al fine di raggiungere – più spontaneamente – inaspettati esiti positivi.

Occorre altresì creare delle condizioni che favoriscano maggiormente la fruizione legale delle opere digitali, incentivando così lo sviluppo dell'offerta legale in modo che i contenuti possano essere accessibili in rete a prezzi ragionevoli, tali da scoraggiare il ricorso alla pirateria.

La diffusione e il rafforzamento della cultura della legalità – anche attraverso iniziative che educino al rispetto della creatività e dei diritti a questa collegati – si pongono l'obiettivo di configurare un diritto d'autore che, pur mantenendo la sua originaria funzione, non venga percepito come un ostacolo ma piuttosto come un incentivo

sia allo sviluppo culturale che al riconoscimento delle prerogative degli autori sulle opere che si traduca in una (adeguata) remunerazione.

In quest'ottica si colloca l'esigenza di una revisione delle regole attuali che punti a ricercare un corretto equilibrio tra la circolazione dei contenuti e la tutela della proprietà intellettuale, risolvendo così quel «dilemma digitale» a cui ci si è fin qui riferiti.

Ciò che appare opportuno porre in discussione non sono tanto le singole regole, quanto piuttosto la logica stessa di uno strumento giuridico scelto al fine contemperare i vari interessi che vengono in gioco e le prerogative degli autori¹⁵.

In secondo luogo, come è noto, l'impianto originario del diritto d'autore è stato elaborato in un'epoca del tutto analogica, in cui era senz'altro possibile stabilire (attraverso l'incorporazione) una perfetta identità tra supporto fisico e contenuto; è altresì noto che la digitalizzazione abbia posto in discussione proprio quest'ultimo assunto, con una conseguente apertura al riconoscimento del valore innovativo delle nuove modalità di accesso e fruizione dei contenuti¹⁶.

Tuttavia, le vicende legate al già analizzato caso *Google Books* – oltre a denotare una maggiore flessibilità della dottrina del *fair use* e una maggiore attitudine nella giurisprudenza americana alla valorizzazione dei profili innovativi e al bilanciamento dei valori rispetto a quanto avviene in ambito comunitario – consentono di comprendere agevolmente come in realtà le modalità di fruizione più tradizionali e quelle più innovative non debbano necessariamente escludersi vicendevolmente ma, al contrario, possano agire sinergicamente.

Queste ultime infatti – caratterizzate da una maggiore accessibilità e da costi ridotti – possono essere concepite come una sorta di promozione o «anteprima» delle forme di consumo tradizionali, che in questo modo non scompaiono dal mercato ma si limitano a cambiare il loro ruolo all'interno di esso; in una simile prospettiva, infatti, la Corte Federale d'Appello degli Stati Uniti ha ritenuto che il progetto di *Google* non costituisse un «effettivo sostituto di mercato».

Appare chiaro in questi termini come i nuovi strumenti digitali non debbano costituire per il diritto d'autore un confine, piuttosto un orizzonte; occorre in tal senso scongiurare il rischio che la

¹⁵ M. RICOLFI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Cedam, Torino, 2018.

¹⁶ A. PAPA, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2020.

normativa soffra di obsolescenza di fronte all'inarrestabile evoluzione tecnologica, attraverso la formulazione di previsioni dotate del requisito della flessibilità che ne permetta l'adeguamento.

Tale adeguamento, prospettato anche dal considerando 3 della nuova Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, non deve però avvenire in un'ottica difensiva, ma – al contrario – di sfruttamento delle possibilità che la rete offre ai fini di un'ampia circolazione dei contenuti e di un significativo sviluppo del mercato unico digitale¹⁷.

La ricerca di un corretto equilibrio si traduce in un temperamento tra l'interesse dell'autore a «controllare» l'opera e quello dei fruitori a ridurre la portata monopolistica dell'esclusiva, allo scopo di non vedere (eccessivamente) sacrificato il proprio – irrinunciabile – accesso alla conoscenza, che trova oggi nella rete il suo terreno privilegiato.

Il compito del legislatore è quello di creare le condizioni migliori per favorire la dialettica tra interessi particolari e interesse generale, prevedendo e attuando un sistema di eccezioni e limitazioni che favorisca quello generale salvaguardando, al contempo, i diritti e la remunerazione dell'attività creativa.

Tale obiettivo appare raggiunto in ambito accademico e scientifico dal movimento *open access* che – individuando nella diffusione della conoscenza la base del progresso culturale di ogni paese – sostiene alla realizzazione di quello che è stato definito come principio di «solidarietà culturale»¹⁸.

È necessario che le previsioni normative perseguano dunque il duplice scopo di garantire e preservare il corretto accesso alla conoscenza salvaguardando, al contempo, i diritti e la remunerazione dell'attività creativa; quest'ultima, infatti, genera proventi che non rappresentano soltanto una retribuzione, ma soprattutto un incentivo alla futura creatività e quindi ad una maggiore produzione culturale.

¹⁷ Per un'adeguata trattazione del complesso iter che ha condotto all'approvazione della Direttiva (UE) 2019/790: S. LAVAGNINI, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, I ed., Giappichelli, Torino, 2022.

¹⁸ G. CORASANTI, *Diritti nella rete. Valori umani, regole, interazione tecnologica globale*, Milano, 2019.

Potrebbe così realizzarsi un nuovo equilibrio tra istanze protezionistiche, diritto ad un'equa ripartizione di ciò che si genera dallo sfruttamento delle opere dell'ingegno e garanzia di accesso alla cultura, fondamentale motore di crescita sociale¹⁹. Date quindi, da un lato, le eccezioni e le limitazioni e, dall'altro, i diritti proprietari, la (vera) sfida è quella di riuscire a farli agire sistematicamente e non in contrapposizione.

5. La responsabile collaborazione dei providers.

Quello delle eccezioni e delle limitazioni invero, seppur centrale in una visione prospettica delle questioni qui trattate, non rappresenta però l'unico strumento per garantire il raggiungimento dell'equilibrio in esame: data la circostanza che la maggior parte delle violazioni dei diritti sulle opere dell'ingegno avviene attraverso la loro immissione in rete, a questo deve necessariamente accompagnarsi una responsabile collaborazione da parte degli operatori di rete, in primis proprio dei prestatori di servizi *online*, restando comunque fermo il requisito dell'effettiva conoscenza come vero *discrimen* ai fini della responsabilità.

Stante il differente ruolo attuale dei *providers* rispetto a quello rivestito negli anni in cui è stata emanata la direttiva sul commercio elettronico, appare ragionevole che non sia più il caso di assecondare eccezioni di responsabilità: se i *providers*, infatti, non agiscono come semplici fornitori di prestazioni tecniche (automatiche e passive) appare senz'altro necessaria una loro maggiore responsabilizzazione.

In tale direzione si muove anche la nuova direttiva (UE) 2019/790 (recepita in Italia mediante d.lgs., n. 177/2021), la quale prevede che i gestori delle «piattaforme di condivisione di contenuti in rete» ottengano, per ciò che attiene all'utilizzo di contenuti protetti, una previa autorizzazione da parte dei titolari dei diritti; a ciò si aggiunge la previsione del compimento dei «massimi sforzi» sia nella negoziazione delle licenze con gli autori, sia nell'intervento in caso di segnalazione di eventuali violazioni²⁰.

¹⁹ G. GIANNONE CODIGLIONE, *Internet e tutele di diritto civile: dati, persona, mercato: un'analisi comparata*, I ed., Torino, 2020.

²⁰ Art. 17, par. 4, Direttiva (UE) 2019/790:

Lo scopo ultimo è quello di colmare quella discriminazione remunerativa che incide sui ricavi generati per gli aventi diritto, il cosiddetto *value gap*²¹.

Tale indirizzo è stato peraltro condiviso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea ed è in linea con le regole che garantiscono il delicato equilibrio tra tutela del diritto d'autore e la disciplina sulla *privacy* e il nodo centrale dell'identificazione dell'utente²²; del medesimo avviso è anche la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, che mette in luce l'emersione – anche nella giurisprudenza della CGUE – della nozione di «*hosting provider* attivo», la quale richiama le attività già previste invero dalla direttiva sul commercio elettronico (conoscenza e controllo delle informazioni trasmesse o memorizzate) e che fanno concorrere attivamente il provider nell'illecito²³.

Il passaggio dal possesso all'accesso ha generato – accanto alla (ormai superata) distinzione tra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum* – la nozione di *corpus* digitale, la quale rappresenta una sorta di licenza personale, di diritto di godimento associato all'*account* dell'utente che oggi rappresenta la sua seconda identità.

Tale passaggio fa peraltro apparire inopportuno continuare a riferirsi allo *ius excludendi alios* in un'ottica di (ri)configurazione del diritto d'autore. Se la disciplina del diritto in esame deve infatti svilupparsi armonicamente con l'evoluzione tecnologica, è evidente che questa debba assumere una veste regolatrice per un corretto accesso ai contenuti, evitando altresì che ciò realizzi quella che oggi viene efficacemente identificata come la trasformazione del diritto d'autore in un «controllo delle informazioni».

²¹ Una puntuale analisi sul tema è fornita da F. TOZZI, *Value Gap e diritti d'autore*, Torino, 2020.

²² CGUE, sentenza 26 Aprile 2022, causa C-401/19 in <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-401/19>

²³ A tal proposito la Direttiva 2000/31 specifica – al considerando n. 42 – che «le deroghe alla responsabilità riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

De iure condendo sarà necessario individuare un diverso bilanciamento tra i differenti (e contrastanti) interessi senza però reprimere le opportunità messe a disposizione dalle nuove tecniche, garantendo così al contempo la tutela dei diritti fondamentali che rappresentano il perno di ogni società democratica.

6. «Oltre» il copyright: la scommessa di Creative Commons.

È possibile peraltro spostare il piano della discussione verso ulteriori riflessioni, le quali attengono – più in generale – all'adeguatezza dell'attuale modello di tutela a disciplinare la materia in esame.

L'impatto tecnologico – si è già avuto modo di rilevarlo – ha fatto sorgere la necessità di maturare nuovi approcci alla questione del *copyright* e modelli innovativi che permettano di graduare in modo diverso i diritti che l'autore vuole riservarsi²⁴.

Si discute in questi termini di autodeterminazione differenziale dei livelli di protezione, riferendosi ad alcuni strumenti che stanno sempre di più affermandosi sul piano internazionale, tra cui le licenze *Creative Commons*²⁵.

Queste ultime rappresentano un modello alternativo di gestione dei diritti d'autore che permette al titolare di questi ultimi di scegliere quali prerogative riservarsi (ad esempio il diritto di utilizzare l'opera fini commerciali) e quali invece concedere liberamente, favorendo in questo modo la circolazione e la diffusione della sua creazione: si fa a tal proposito riferimento alla nuova formula «*some rights reserved*».

Appare di primaria importanza comprendere come l'utilizzo di tali licenze non ponga in discussione il diritto d'autore in sé ma, al contrario, si fondi proprio su quest'ultimo²⁶.

²⁴ La società dell'informazione ha visto progressivamente svilupparsi la contrapposizione tra due diverse tendenze: da un lato quella dei difensori di una visione più tradizionale del diritto d'autore, caratterizzata da una strenua difesa del restringimento delle eccezioni e dei casi di libero utilizzo delle opere protette, dall'altro quella di chi invece sostiene nuovi movimenti culturali fondati su nuove elaborazioni del diritto d'autore, come quello *Open Access*.

²⁵ Il progetto *Creative Commons* è nato negli Stati Uniti nel 2001 per volere di numerosi giuristi esperti di diritto della rete e della proprietà intellettuale, tra cui Lawrence Lessig, James Boyle e Michael Carroll; è ispirato al modello *copyleft* ed assume particolare rilevanza in ambito artistico-espressivo.

²⁶ S. ALIPRANDI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, in <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5004533>, 2016.

Le licenze in esame rappresentano probabilmente la soluzione più adeguata al fine di adattare al meglio il diritto d'autore al contesto digitale, in quanto costituiscono un valido compromesso rispetto alle due contrapposte esigenze di tutela e difesa della proprietà intellettuale e della libera circolazione della cultura, favorita dall'impatto tecnologico e in particolare da Internet.

Le licenze *Creative Commons* si fondano sulle tradizionali pratiche del diritto d'autore al fine di creare un nuovo equilibrio tra il modello standard «tutti i diritti riservati» e «nessun diritto riservato», fornendo l'opportunità di destinare l'opera a diversi utilizzi oltre a quello della concessione di un'esclusiva ad un editore.

Una volta accettate le licenze, ne consegue che il mancato rispetto delle previsioni in esse contenute comporti la possibilità di esperire azioni verso chi si rende responsabile di tale violazione: è possibile in tal modo temperare sia l'esigenza degli autori che intendono mantenere intatta la propria opera, sia l'interesse di quelli che – al contrario – preferiscono contribuire alla formazione, crescita o diffusione della stessa.

Scopo finale è quello di rendere infatti più agevole per gli autori la protezione dell'opera in una ottica di condivisione che incentivi una circolazione rapida ma rispettosa dei diritti di chi crea.

Non desta particolare meraviglia quindi che gli schemi delle licenze *Creative Commons* trovino sempre maggiori consensi in tutto il mondo: mentre in un momento iniziale, infatti, i modelli più impiegati erano le licenze meno libere in assoluto, con il tempo si è assistito ad un graduale interessamento rispetto alle potenzialità offerte da tale sistema²⁷.

I vari utilizzi di questi strumenti hanno dimostrato come non tutti gli autori siano interessati a mantenere riservate tutte le prerogative che la legge conferisce loro: al contrario, molti autori ritengono che tale modello non sia funzionale all'ottenimento dell'ampia distribuzione che desidererebbero, preferendo dunque affidarsi a modelli di business innovativi piuttosto che mantenere un diritto d'autore molto forte²⁸.

²⁷ F. MACMILLAN, *op. cit.*

²⁸ M. BERTANI, *Alcune considerazioni sulle licenze Creative Commons a seguito della loro introduzione in Italia*, in AIDA, 2018.

Le licenze *Creative Commons* poggiano sul principio dell'autonomia contrattuale e permettono dunque all'autore di informare il pubblico di quale sia lo specifico regime gravante su una determinata opera.

In particolare, il detentore dei diritti ha a disposizione sei modelli di licenza formati dalla diversa combinazione di quattro clausole perfettamente conformi ai tradizionali sistemi legislativi sui diritti d'autore, i quali prevedono una diversa gradazione che muove dall'ampia possibilità di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare l'opera, modificarla e di usarla per fini commerciali (attribuendole la paternità nei modi indicati dall'autore o da chi l'ha data in licenza) fino a quella ridotta che – fatte salve le prime facoltà e l'attribuzione della paternità – non permette di usare l'opera per fini commerciali, alterarla, trasformarla, né usarla per crearne un'altra²⁹.

In tal modo viene peraltro superato l'ostacolo dell'autorizzazione preventiva: in ossequio al principio della tutela automatica infatti, il riutilizzo, la copia e la distribuzione di un'opera può avvenire unicamente previa esplicita autorizzazione, la quale può anche essere negata e comunque richiede un corrispettivo³⁰.

La «scommessa» di *Creative Commons* consiste dunque in un rilancio della creatività e della produzione culturale e – oltre che costituire un beneficio per i semplici consumatori dell'opera – consente il recupero della fase creativa attraverso la possibilità per gli autori di rielaborare opere altrui. Il bilancio che può tracciarsi fino ad ora nel

²⁹ Per un'analisi delle singole tipologie di licenze (*Attribution – By, Non Commercial – NC, No Derivative Works – ND, Share Alike – SA, by-nc-sa*): S. ALIPRANDI, *Creative Commons: manuale operativo*, 2008, oltre che la pagina web <http://creativecommons.org/>.

³⁰ Il principio della tutela automatica è stato oggetto di numerose istanze di revisione. Tra queste, M. RICOLFI - attraverso il «progetto Copyright 2.0» - ha proposto di ribaltare tale meccanismo ritenendolo ormai distante dall'attuale contesto digitale. Nelle previsioni di tale progetto, la tutela completa prevista dal modello attualmente in vigore sarebbe subordinata alla volontà dell'autore, il quale ne farebbe richiesta presso un ufficio concedente e per un arco di tempo eventualmente rinnovabile ma limitato; in assenza invece di una manifestazione in tal senso da parte dell'autore (ad esempio più interessato alla diffusione della stessa al fine di ottenere maggiore visibilità e sfruttarne le potenzialità economiche) si riceverebbe automaticamente una tutela meno ampia, limitata cioè al solo riconoscimento di alcune prerogative, come ad esempio quelle legate alla paternità dell'opera.

processo creativo contemporaneo è senz'altro positivo: il valore prodotto dalle risorse libere in un contesto creativo e di innovazione come quello di Internet e lo straordinario successo globale riscontrato da questo sistema di licenze lascia poco spazio a valutazioni in senso contrario.

Alcune (legittime) perplessità derivanti dall'utilizzo delle licenze in esame, potrebbero invero riguardare la qualità dei contenuti prodotti e distribuiti e gli eventuali effetti che potrebbero essere scaturiti da una sovrabbondante offerta di contenuti.

È, tuttavia, riscontrabile – tra gli effetti indotti da *Creative Commons* – un rilevante aumento dei contenuti distribuiti congiuntamente ad una specifica licenza.

È altresì innegabile come la diffusione di questi nuovi modelli abbia sensibilmente aumentato la consapevolezza di tutti gli autori circa i diritti loro spettanti e le forme attraverso le quali poterli tutelare: *Creative Commons* ha insomma contribuito a creare una cultura del «permesso d'autore», ribaltando la logica del diritto d'autore inteso come qualcosa di esclusivo e da proteggere in eterno, perfino dopo la cessazione degli interessi di natura commerciale³¹.

7. Conclusioni.

Quanto precede sembrerebbe dunque avvalorare la tesi della nascita di una nuova visione del diritto d'autore, non più centrata sulla protezione economica e sul controllo delle copie dell'opera protetta ma – al contrario – su una protezione dell'opera tale da permettere la più ampia diffusione della stessa e del nome dell'autore pur riconoscendo (in generale) l'esclusività dello sfruttamento economico.

Soluzioni come quelle esaminate hanno lo scopo di realizzare combinazioni intermedie tra due opposti regimi: quello tradizionale («tutti i diritti sono riservati») e quello del pubblico dominio («nessun diritto riservato»); in base alla soluzione scelta per distribuire l'opera, il regime potrà avvicinarsi più all'uno o all'altro estremo.

Interrogandosi circa le ragioni di una sempre più crescente diffusione di tali strumenti, queste vanno senz'altro rintracciate nella circostanza che questo tipo di modelli abbia rappresentato l'attesa

³¹ M. BERTANI, *op. cit.*

risposta ad un'esigenza già da tempo spontaneamente avvertita sia dai creatori che dai fruitori dei contenuti.

D'altra parte, la funzione primaria del diritto è proprio quella di non lasciare inascoltate le istanze provenienti dalla società e le esigenze nascenti dall'evoluzione in atto, oltre che conciliarle.

Va peraltro rilevato – nella valutazione dei rischi e delle opportunità – come la facoltà di poter gestire alcune risorse creative come beni comuni non presupponga la rinuncia a differenti forme di distribuzione dei contenuti; anzi, proprio la coesistenza di beni comuni e risorse riservate costituisce un valore aggiunto per una migliore offerta di alternative³².

Lo scopo finale è, insomma, quello di creare un ambiente digitale che sia in grado di supportare l'innovazione e creare condizioni favorevoli per tutti gli attori del mercato, realizzando così un sistema di gestione dei diritti – da porre in capo agli autori – più flessibile rispetto all'esclusiva assoluta che caratterizza invece l'impostazione attuale del diritto d'autore.

Attraverso l'utilizzo di strumenti dotati di maggiore flessibilità, infatti, risulta anche più agevole assicurare – peraltro in maniera maggiormente efficace – sia il rispetto che la tutela dei diritti stessi.

³² F. MACMILLAN, *op. cit.*

EDOARDO NATALE – GIOVANNI ZACCARIA*

L'IMPATTO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE
E DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA
NEL DIRITTO PRIVATO COMPARATO
E NEL DIRITTO PUBBLICO COMPARATO

The paper is aimed at describing in a comparative perspective the impact that technological innovation and artificial intelligence has produced in public and private law. The work opens with an introduction in which the terminological and methodological coordinates necessary for understanding the main issues on the subject are provided. Subsequently, the analysis focuses on public law with particular reference to the regulatory approach to AI in the USA, Great Britain and the European Union, with regard to some particularly sensitive issues. The discussion then focuses on comparative private law and in particular on the issue of liability and the so-called smart contracts. The paper ends with brief concluding remarks.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. IA e diritto pubblico comparato. – 2.1. Unione europea, Gran Bretagna, Stati Uniti. – 2.2. Cenni su alcune problematiche rilevanti: etica, armi e aspetti occupazionali. – 3. IA e diritto privato comparato. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

L'Intelligenza Artificiale viene definita, in linea generale, come «l'insieme di studi e tecniche che tendono alla realizzazione di macchine, specialmente calcolatori elettronici, in grado di risolvere problemi e riprodurre attività proprie dell'intelligenza umana»¹. Essa studia lo sviluppo di sistemi *hardware* e *software* capaci di perseguire

* Dottori in Giurisprudenza. Il presente lavoro è stato redatto nell'ambito della *Essay Competition* organizzata in collaborazione con ELSA Roma.

¹ S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: a Modern Approach*, III ed., Pearson Education, New Jersey, 2010.

in modo autonomo una finalità definita, assumendo delle decisioni precedentemente affidate agli esseri umani².

La Commissione Europea nel giugno 2018 ha istituito un Gruppo indipendente di Esperti sull'Intelligenza Artificiale il quale ha elaborato una definizione specifica di AI.

Secondo tale definizione, «ricadono nell'ambito dell'Intelligenza Artificiale quei sistemi progettati dall'uomo in forma di *software* (ed eventualmente *hardware*) che agiscono nella dimensione fisica o digitale e che dato un obiettivo complesso, percepiscono il proprio ambiente attraverso l'acquisizione di dati, strutturati o meno, interpretandoli e ragionando sulla conoscenza o elaborando le informazioni derivate da questi, decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato».

Un sistema tecnologico dotato di I.A. si fonda su alcune tecniche di apprendimento (*machine learning* e *deep learning*)³; vengono cioè definiti degli algoritmi che consentono ad un sistema automatico di elaborare un'enorme quantità di dati dai quali imparare per costruire un modello del problema oggetto di indagine e risoluzione.

Le formulazioni di Asimov⁴ contengono importanti spunti di riflessione circa la relazione tra etica e diritto, particolarmente avvertita in materia di nuove tecnologie e di sviluppo dei sistemi IA. Numerosi sono, invero, i documenti elaborati nel contesto europeo e mondiale in tale direzione. Tra questi si annoverano la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio del 2017, che dedica una specifica sezione ai principi etici ed il documento *Orientamenti etici per un'IA*

² A.B. SUMAN, *Intelligenza artificiale e soggettività giuridica: quali diritti (e doveri) dei robot*, in *Diritto ed Intelligenza artificiale*, a cura di G. ALPA, Pacini Giuridica, 2020, pp. 254 ss.

³ S. WEIDMAN, *Deep learning: Dalle basi alle architetture avanzate con Python*, Tecniche Nuove, 2020.

⁴ Allo scrittore si deve l'elaborazione e il perfezionamento delle famose Tre Leggi della Robotica: «1) Nessun robot deve causare danni a un essere umano o permettere, per inazione, che un essere umano subisca danni; 2) Ogni robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, a meno che questi ordini non siano in conflitto con la prima legge; 3) Ogni robot deve proteggere la propria esistenza, a condizione che tale protezione non sia in conflitto con la prima o la seconda legge». Queste tre leggi sono state introdotte per la prima volta nel breve racconto *Circolo vizioso* del 1942. Successivamente, lo stesso Asimov aggiunge la «legge zero: 0) Nessun robot può causare danni all'umanità, né permettere, con la sua inazione, che l'umanità subisca danni».

*affidabile*⁵, che promuove la realizzazione di sistemi IA «antropocentrici», ideati e strutturati per aiutare l'essere umano a migliorare il proprio stato di benessere.

Nel documento *Call for AI Ethics*, varato dalla Pontificia Accademia per la Vita nel 2020, si pone l'accento sulla necessità che sia l'uomo a guidare la tecnologia, e non viceversa.

Fuori dai confini europei, il dibattito scientifico si è contraddistinto per l'opportunità di stabilire delle linee guida e di indirizzo. In California, ad esempio, la conferenza *Beneficial AI 2017*, promossa dall'Istituto *Future of life*⁶, è culminata nell'approvazione di ventitré principi (di *Asilomar*), i quali, benché non vincolanti, denotano l'urgenza di definire, in qualche misura, i confini di un tema complesso e sfaccettato.

2. IA e diritto pubblico comparato.

I progressi tecnologici in quella che è nota come tecnologia *convergent*⁷ hanno determinato la creazione di nuove invenzioni. Si ritiene che questi progressi tecnologici siano una pietra angolare di quella che è nota come la nuova rivoluzione industriale⁸. Le preoccupazioni per l'impatto sociale ed etico atteso dei nuovi sviluppi tecnologici emergono insieme alle preoccupazioni per le implicazioni economiche, sul mercato del lavoro dello sviluppo dell'IA e della robotica. Queste preoccupazioni derivano dal fatto che qualsiasi grande cambiamento nell'IA o nella ricerca sulla robotica produce

⁵ Commissione europea, *Direzione generale delle Reti di comunicazione, dei contenuti e delle tecnologie, Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Ufficio delle pubblicazioni, 2019, in data.europa.eu.

⁶ Ente *no profit* operante nell'area di Boston volto a catalizzare e sostenere la ricerca e le iniziative per salvaguardare la vita e sviluppare visioni ottimistiche del futuro, con un focus particolare sull'intelligenza artificiale. Approfondimenti sulla missione in <https://futureoflife.org/>.

⁷ AA.Vv., *Converging Technologies for Improving Human Performance. Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science*, NSF/DOC-sponsored report, Arlington, Virginia, giugno 2002.

⁸ Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, *The Next Production Revolution, Implications for Government and Business*, OECD, 2017, *Related Terms Include "the Fourth Industrial Revolution", "Next Industrial Revolution", "Advanced Manufacturing" and "Digital Manufacturing"*, p. 43, in www.oecd.org.

un'enorme aspettativa alla quale è correlata una crescente preoccupazione.

Diversi Paesi affrontano la regolamentazione dell'IA e della robotica in modo diverso, come nel caso dell'UE⁹, degli Stati Uniti¹⁰ e del Regno Unito¹¹.

2.1. Unione europea, Gran Bretagna, Stati Uniti.

Fin dai primi *report* comunitari in tema è emerso come fosse necessario agire in modo normativo per supportare lo sviluppo dell'intelligenza artificiale. Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, concernente norme di diritto civile sulla robotica e avente l'obiettivo di sollecitare un'azione legislativa della Commissione¹², emerge infatti la necessità di un'azione legislativa per evitare la frammentazione degli *standard* all'interno del mercato unico.

La Commissione europea è intervenuta con una proposta di regolamento la quale è volta disciplinare l'uso delle applicazioni dell'IA adottando un approccio orizzontale e introducendo una struttura piramidale basata sul livello di rischio per determinare gli obblighi legati all'impiego di tali tecnologie.

Le applicazioni con rischio minimo si trovano alla base della piramide. Seguono applicazioni con un rischio leggermente superiore che devono rispettare obblighi di trasparenza nei confronti degli utenti. Il terzo livello della piramide ospita applicazioni ad alto rischio che coinvolgono aspetti significativi della salute e sicurezza degli utenti. Per poter essere consentite le applicazioni in tal caso devono soddisfare requisiti di trasparenza, qualità dei dati e documentazione tecnica e di controllo. Infine, la Commissione Europea ha dichiarato

⁹ Parlamento Europeo, *Risoluzione del Parlamento Europeo relativa a Norme di diritto civile sulla robotica con raccomandazioni alla Commissione*, (2015/2103(INL)), 2017, in www.europarl.europa.eu; *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, COM/2021/206, in www.europarl.europa.eu.

¹⁰ *Executive Office of the President National Science and Technology Council Committee on Technology, Preparing for the Future of Artificial Intelligence*, 2016, in obamawhitehouse.archives.gov.

¹¹ United Kingdom House of Commons, *Science and Technology Committee, Robotics and Artificial Intelligence*, 2016, in www.publications.parliament.uk.

¹² Parlamento Europeo, *Norme di diritto civile sulla robotica*, cit.

che i quattro usi collocati al vertice della piramide sono vietati in quanto caratterizzati da un rischio inaccettabile con riferimento ai diritti fondamentali come l'identificazione biometrica remota in tempo reale negli spazi pubblici accessibili a fini di contrasto¹³.

Quanto al Regno Unito il 12 ottobre 2017 il Comitato per la scienza e la tecnologia della Camera dei Comuni ha pubblicato un rapporto sulla robotica e sull'intelligenza artificiale¹⁴. Lo scopo del rapporto era esaminare i possibili problemi, conseguenze e svantaggi dell'IA. Intendeva inoltre identificare la gamma di caratteristiche positive che l'IA avrebbe potuto possedere.

La raccomandazione più importante contenuta nel documento è simile alle richieste del Parlamento europeo e ai commenti del rapporto della Casa Bianca. Suggerisce la necessità di un'attenzione immediata alle questioni etiche, legali e sociali relative ai sistemi di intelligenza artificiale. Inoltre, il rapporto riconosce che è troppo presto per stabilire *standard* specifici per i sistemi di intelligenza artificiale in materia di regolamentazione.

Negli Stati Uniti, l'Ufficio della Casa Bianca per le politiche scientifiche e tecnologiche ha organizzato cinque seminari pubblici per creare il proprio rapporto sull'intelligenza artificiale. Nello stesso si afferma che l'intelligenza artificiale è uno strumento utile in grado di migliorare le capacità umane e che l'IA non dovrebbe sostituire gli esseri umani sebbene ne possa integrare le funzioni fintanto che è implementata correttamente¹⁵.

La prospettiva del rapporto sulla funzione dello Stato si basa sul principio del libero mercato e suggerisce che il Governo non dovrebbe ostacolare lo sviluppo o la regolamentazione dell'IA. Si ribadisce inoltre che qualsiasi legislazione dovrebbe essere minima, leggera e basata su casi esistenti nell'industria automobilistica e aeronautica.

¹³ Dipartimento federale degli affari esteri DFAE, *Intelligenza artificiale e regolamentazione internazionale*, cit.

¹⁴ *United Kingdom House of Commons, Science and Technology Committee, Robotics and Artificial Intelligence*, cit.

¹⁵ *Executive Office of the President National Science and Technology Council Committee on Technology, Preparing for the Future of Artificial Intelligence*, cit.

2.2. Cenni su alcune problematiche rilevanti: etica, armi e aspetti occupazionali.

Molte comunità scientifiche hanno evidenziato le criticità poste in essere dalle implicazioni etiche dello sviluppo dell'IA. L'Unione Europea ha tentato di regolamentare lo sviluppo dell'IA approvando codici etici e linee guida. Tuttavia, Stati Uniti e Gran Bretagna hanno scelto di evitare una legislazione eccessivamente specifica che potrebbe soffocare lo sviluppo dell'IA.

L'Unione ha deciso di stabilire regole etiche in materia di robotica e intelligenza artificiale. Il modo in cui ha scelto di farlo è creare una Carta sulla robotica¹⁶. Questa Carta contiene codici per ingegneri, comitati, progettisti e utenti. In alternativa, UK e USA hanno deciso di gestire queste questioni etiche in modo diverso¹⁷.

Quanto all'ambito militare sono stati sollevati dubbi in merito all'utilizzo dell'intelligenza artificiale, i quali hanno condotto gli scienziati a ritenere che i sistemi di intelligenza artificiale non possano utilizzare armi¹⁸. Si è tuttavia evidenziato come i nuovi progressi tecnologici consentirebbero operazioni militari più sicure e sostenibili per l'uomo¹⁹. Tuttavia, le questioni di etica e diritto che rilevano non possono essere affrontate con il quadro giuridico vigente, creato per risolvere problemi relativi a forme completamente diverse di armi. Questi miglioramenti permettono infatti alle armi di operare con maggiore precisione e con decisioni prese in autonomia. Nonostante i rischi posti dalla rimozione del controllo umano sulle armi, le normative statunitensi e del Regno Unito²⁰ differiscono da quelle dell'UE. I primi ritengono che sia sufficiente garantire che i sistemi d'arma autonomi rispettino il diritto umanitario internazionale. Ciò richiede che questi sistemi utilizzino i principi di distinzione e

¹⁶ Parlamento Europeo, *Norme di diritto civile sulla robotica*, cit.

¹⁷ Cfr. *United Kingdom House of Commons, Science and Technology Committee, Robotics and Artificial Intelligence*, cit.; *Executive Office of the President National Science and Technology Council Committee on Technology*, cit.

¹⁸ D. CHIAPPINI, *Profili comparatistici nella regolamentazione dell'intelligenza artificiale: responsabilità, etica ed occupazione*, in *Nuovo diritto civile*, Anno III, n. 2, 2018, p. 223.

¹⁹ J.L. CATON, *Autonomous Weapons Systems: a Brief Survey of Developmental, Operational, Legal, and Ethical Issues*, Carlisle, 2015.

²⁰ *Defence Committee, Tenth Report of Session 2013–14, Remote Control Remotely Piloted Air Systems – Current and Future UK Use*, par. 144.

proporzionalità. L'UE invece afferma la possibilità di gettare le basi per un sistema di intelligenza artificiale non strumentale all'ambito militare. Ciò garantirebbe che il sistema di intelligenza artificiale non possa causare danni agli esseri umani²¹.

I soggetti internazionali citati finora, diversamente dalle altre tematiche, affrontano la questione dell'occupazione pressoché allo stesso modo²². Questo perché la possibilità che l'intelligenza artificiale svolga compiti prima possibili solo per gli esseri umani ha sollevato interrogativi sull'occupazione.

La robotica e l'intelligenza artificiale hanno il potenziale per apportare cambiamenti drastici alle abitudini quotidiane e alle *routine* di lavoro. Queste modifiche possono comportare una maggiore sicurezza, efficienza e risparmio. Possono anche migliorare la qualità dei servizi forniti dalle imprese. Alcuni lavori ad alta intensità di manodopera possono diventare automatizzati; tuttavia, si osserva che l'occupazione aumenta nei campi in cui i *computer* vengono utilizzati più frequentemente. Questo perché l'automazione negli ambienti di lavoro può liberare le persone dal lavoro manuale e consentire loro di impegnarsi in attività più creative e significative²³.

Al fine di accogliere i lavoratori adattatisi alle nuove situazioni, la linea comune incoraggia la creazione di un sistema educativo flessibile. Inoltre, si evidenzia l'importanza di un sostegno finanziario concreto ai lavoratori per lo sviluppo delle competenze digitali.

3. IA e diritto privato comparato.

I moderni *robot* non solo sono in grado di svolgere attività tipicamente affidate alla manualità dell'essere umano, ma possono apprendere dall'esperienza umana ed assumere decisioni in totale autonomia.

Tali capacità inducono, inevitabilmente, ad interrogarsi sulla risarcibilità dei danni causati a terzi per effetti della condotta,

²¹ Cfr. Parlamento Europeo, *Norme di diritto civile sulla robotica*, cit., p. 25.

²² L. KROMANN, J.R. SKAKSEN, A. SORESENSEN, *Automation, Labor Productivity and Employment - a Cross Country Comparison*, Copenhagen, 2011. Barclays, *Future-proofing UK manufacturing. Current investment trends and future opportunities*, in *robotic automation*, 2015, p. 4.

²³ C.B. FREY, M.A. OSBORNE, *London Futures, Agiletown: the relentless march of technology and London's response*, Deloitte, 2014, in www2.deloitte.com.

commissiva o omissiva, del *robot*. A tal riguardo, la Risoluzione del 2017 definisce l'autonomia di una macchina/*robot* come «la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna²⁴».

In particolare, il punto 59, lett. f) del documento prevede «l'istituzione di uno status giuridico specifico per i Robot nel lungo termine, di modo che almeno i Robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei Robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi».

Con tale disposizione potrebbe configurarsi la creazione di una nuova categoria, accanto alle tradizionali figure della persona fisica e della persona giuridica, ovvero quella della «persona elettronica», titolare di diritti e doveri.

Nel maggio del 2017, il Comitato economico e sociale europeo (CESE), nel parere C-238²⁵, ha espresso una serie di perplessità riguardo la proposta avanzata dal Parlamento europeo.

Il tema più discusso ovviamente ha ad oggetto l'attribuzione della soggettività giuridica a dispositivi/macchine intelligenti. Il Comitato ha espresso opinione contraria all'introduzione di una forma di personalità giuridica per i *robot* o i sistemi di I.A., in quanto ciò comporterebbe un rischio sul piano morale.

Tali censure sono state solo in parte superate dal Parlamento europeo, che ha introdotto una sub-specie di personalità giuridica, la c.d. «personalità elettronica» (o anche artificiale) generando non pochi dubbi e perplessità. La stessa Commissione europea si riserva di verificare se i tradizionali strumenti giuridici presenti nei paesi membri siano adatti a regolare i rapporti civili nel mondo dell'intelligenza artificiale.

Gli interventi del legislatore comunitario sono stati, come di consueto, frammentati, avendo agito *step by step* per conferire uniformità a specifici settori: si pensi alla responsabilità dell'internet provider o alla responsabilità da prodotti difettosi (85/374/CEE). Ed è proprio da tale testo normativo che ci si è chiesto se fosse possibile

²⁴ Risoluzione 2015/2013 INL del 16/02/2017, Sez. «Responsabilità», punto AA.

²⁵ Parere del CESE nella 526esima sessione plenaria del 31/05 e 01/06 del 2017.

considerare il robot o il sistema basato su IA quale «prodotto», gravando il danneggiato dell'onere di provare il difetto del prodotto, il danno subito ed il nesso di causalità fra difetto e danno (art. 4), lasciando tuttavia impregiudicati «i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva» (art. 13)²⁶.

La *no fault liability* è la soluzione – condivisa peraltro dalla Commissione – elaborata da un Gruppo di esperti²⁷ sulla responsabilità delle nuove tecnologie.

Tale soluzione prevede un adeguamento delle disposizioni nazionali mediante l'introduzione di regole meno gravose per la vittima circa l'onere della prova. In questa prospettiva, l'operatore è tenuto a dimostrare l'osservanza di cogenti regole sulla sicurezza nel processo di creazione di un sistema IA, la cui inosservanza esonera la vittima dall'*onus probandi* circa l'esistenza di un nesso causale tra prodotto e danno.

All'interno del nostro ordinamento, trattando il tema di responsabilità civile per il danno cagionato da una macchina, il primo confronto che risulta utile è tra l'art. 2050 cod. civ. e l'art. 2051 cod. civ.: il primo si riferisce alla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, il secondo riguarda la responsabilità del danno cagionato da cose in custodia e ciò delimita la responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 cod. civ.

In entrambi i casi la prova liberatoria sta nel provare che si sono adottate tutte le misure idonee ad evitare il danno.

L'art. 2050 cod. civ. stabilisce che l'esercizio di attività pericolose o in sé rischiose è fonte di responsabilità per i danni eventualmente causati a terzi²⁸.

²⁶ Direttiva 85/374/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

²⁷ Dal Report del Gruppo di esperti sulla responsabilità delle nuove tecnologie, *Responsabilità dell'Intelligenza Artificiale e delle altre tecnologie emergenti*, Lussemburgo, 2019.

²⁸ M. COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giurisprudenza Italiana*, vol. 171, Fascicolo 7, 2019, pp. 1686-1689.

Una decisione che può risultare utile a rispondere al nostro quesito è la sentenza della Cassazione, n. 7361 del 15 marzo 2019²⁹, la quale chiarisce che il danno proveniente dall'omesso controllo o la carente osservazione della cosa in custodia sia un difetto di azione umana «da rendere la circostanza scalfibile non solo dall'ineluttabile».

Tra le innovazioni dell'intelligenza artificiale nell'ambito del diritto privato vi sono senza ombra di dubbio gli *smart contracts*. Nel contesto del c.d. decreto Semplificazioni all'art. 8 *ter* (aggiunto dalla l. 12/2019 in sede di conversione del d.l. 135/2018) viene data la seguente definizione per spiegare il loro ruolo. Lo *smart contract* è «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. È necessario, inoltre, che soddisfino il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate». Con questo concetto si intende la trascrizione e traduzione di un contratto, contenente delle condizioni che devono essere rispettate per compiere precise operazioni.

Gli *smart contracts*³⁰ eseguono una prestazione al ricorrere di un determinato evento (*trigger event*): una volta verificatosi l'evento, l'esecuzione del contratto diventa automatica.

Tale strumento non è dunque dotato di intelligenza artificiale e il procedimento automatizzato riguarda soltanto l'esecuzione e non la conclusione del contratto.

Le questioni più significative si pongono per gli *smart contracts* connessi alla tecnologia *blockchain*. Le transazioni avvengono su piattaforme informatiche che prendono il posto degli intermediari e assicurano che la corretta esecuzione del contratto, concluso attraverso l'incontro tra la proposta e l'accettazione, non possa più essere messa in discussione.

Inoltre, sono in grado di generare diversi vantaggi in termini economici come ad esempio: l'eliminazione dei costi di transazione, principalmente connessi alle negoziazioni e alle attività di

²⁹ Cassazione civile sez. III, 15/03/2019, (ud. 21/01/2019, dep. 15/03/2019), n. 7361, in www.italgiure.it.

³⁰ Secondo la visione più estrema, il codice dovrebbe prendere il posto del diritto, poiché è proprio il codice computerizzato – in queste ricostruzioni – a fungere da «diritto».

intermediazione; l'immodificabilità del codice, che esclude l'esigenza di figure terze che vaghino la liceità e validità di un accordo; il risparmio economico, dovuto in gran parte all'esclusione di intermediari nelle fasi di verifica e approvazione; la maggiore precisione e riduzione degli errori, poiché lo *smart contract*, in modo automatico, al verificarsi delle condizioni stabilite, fa sì che si verifichino determinate azioni; genericamente, semplificazione delle operazioni.

Il grande cambiamento rispetto al passato riguarda l'affidamento nelle capacità di adempiere dell'altro contraente. Chi compie una transazione su una piattaforma *blockchain* generalmente non conosce l'altro contraente; il suo affidamento concerne soltanto il funzionamento della piattaforma. In questo senso, si afferma che gli *smart contracts* sono *self-executing* e *self-enforcing*.

Punto in comune con il contratto standard è l'accordo negoziale, che rappresenta uno dei requisiti essenziali del contratto (art. 1325 cod. civ.) rimanendo in capo alle rispettive parti. Dovrà esserci una perfetta coincidenza tra la volontà delle parti, che dovrà essere tradotta in codice.

Nonostante le incomprensioni e le incongruenze, gli *smart contracts* avranno un impatto significativo nel mercato.

4. Conclusioni.

Le procedure di esecuzione automatizzata possono comportare un aumento dell'effettività del diritto³¹ e le nuove tecnologie potrebbero apportare un significativo miglioramento delle norme giuridiche, rendendole più adeguate alla soluzione del caso concreto³².

È essenziale guidare il campo delle nuove tecnologie affinché le singole Nazioni rimangano motivate nel loro sviluppo. Vedere che altri paesi come Cina, Giappone e Russia stanno affrontando problemi simili incoraggia l'interesse degli attori internazionali.

³¹ Oltre a quanto indicato con riguardo alle clausole abusive, un esempio sovente menzionato in dottrina riguarda la compensazione pecuniaria alla quale è tenuto il vettore aereo, in caso di ritardo o cancellazione del volo, ai sensi dell'art. 5, par. 3, del Regolamento CE n. 261/2004.

³² Con l'avvento dei *big data*, i *software* potrebbero modellare le norme giuridiche sulla base delle peculiarità di ogni singolo consociato (c.d. *granular norms*).

È opportuno notare come lo sviluppo dell'intelligenza artificiale avrà un impatto significativo sul mondo intero e pertanto, per sviluppare in modo coeso la ricerca relativa all'IA, sarebbe utile armonizzare alcuni principi base.

Ciò consentirebbe alla legge di assumere il ruolo non di mero strumento disciplinare ma di veicolo per lo sviluppo dell'IA, nel rispetto dei diritti umani.

GIOVANNI TUORTO*

PROFILI REGOLATORI
DELLE *SPECIAL PURPOSE ACQUISITION COMPANIES*

Special Purpose Acquisition Companies (SPACs) are investment vehicles established to raise capital through an IPO and to find a private company with which to merge and thereby bring public, the so called "business combination". This phenomenon, which originated in the United States, has rapidly spread worldwide. In recent years, the presence of SPACs on the Italian financial market has grown. This paper analyzes the structure of SPACs, from the Rule 419 by SEC to its current discipline, the risks and advantages of the vehicle, as well as the different types of business combination that can be chosen by SPACs. The work will also deal with the exclusion of companies from collective asset management and the recent regulatory approach by financial authorities across the globe.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Storia delle SPAC. – 2.1. La Rule 419. – 3. Descrizione della società. – 3.1. Compagine sociale e ruolo degli *stakeholders*. – 3.2. Dalla costituzione alle diverse *business combination*. – 3.3. L'approvazione dell'Assemblea e il diritto di recesso. – 3.4. Gli strumenti finanziari della SPAC. – 4. L'esclusione dall'ambito di applicazione della Direttiva GEFIA. – 5. Recenti profili regolatori. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Oggetto del presente contributo è lo studio delle c.d. *Special Purpose Acquisition Companies* (SPAC).

Come suggerisce il nome, queste società sono costituite e quotate con l'unico scopo di raccogliere capitali sul mercato e acquisire una o più società non quotate, per apportare nuovi fondi ed esperienze manageriali, che possano consentirne la crescita nel medio/lungo periodo. Sono infatti proprio le competenze degli

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Giuliana Scognamiglio, docente di Diritto commerciale presso Sapienza Università di Roma.

amministratori della SPAC l'unico asset che può essere valutato da coloro che investono in questo tipo di società, poiché queste non possiedono null'altro che una somma di denaro su un conto bancario vincolato. Le capacità e competenze professionali degli amministratori saranno fondamentali in tutte le fasi che portano alla realizzazione della c.d. *business combination*, ossia l'operazione societaria straordinaria, come può essere, ad esempio, una fusione con la società target; l'operazione straordinaria è il fine principale di ogni società di questo tipo.

L'analisi prenderà, allora, le mosse dalla nascita di questi veicoli societari nel mercato dei capitali statunitensi, per poi affrontare alcuni profili legati alla descrizione e regolazione di queste nuove attività finanziarie, ai mercati di quotazione di riferimento per le SPAC e all'esclusione di queste società dalla Gestione collettiva del risparmio. In ultimo saranno analizzati i recenti orientamenti delle principali autorità di vigilanza internazionali.

Da un punto di vista economico, diversi autori sottolineano come la quotazione della SPAC e la successiva acquisizione di una società target siano un'interessante alternativa alla quotazione tradizionale tramite IPO, che può trovare terreno fertile nel tessuto imprenditoriale italiano in cui sono presenti numerose piccole e medie imprese molto promettenti, sottocapitalizzate e nella quasi totalità dei casi fortemente indebitate nel mercato del credito.

2. Storia delle SPAC.

Le SPAC contemporanee traggono origine dalle *blank check companies* diffuse negli anni '80 del ventesimo secolo. Queste società, il cui nome tradisce una connotazione certamente non positiva delle stesse, sono state definite dalla Securities and Exchange Commission¹ americana come: «*A blank check company is a development stage company that has no specific business plan or purpose or has indicated its business plan is to engage in a merger or acquisition with an unidentified company or companies, other entity, or person*» e che solitamente «*[t]hese companies typically involve speculative investments and often*

¹ Definizione disponibile al seguente link <https://www.investor.gov/introduction-investing/investing-basics/glossary/blank-check-company>.

fall within the SEC's definition of "penny stocks" or are considered "microcap stocks"». Il contesto del mercato dei capitali dell'epoca, infatti, fu caratterizzato da una notevole crescita del numero delle società quotate e delle società di investimento².

Al contempo però si verificarono altrettanto numerosi episodi di frode a danno dei piccoli investitori; in particolare nel 1989 le accuse di frode aumentarono di circa il 260 per cento rispetto all'inizio del decennio³. Il fenomeno era dovuto principalmente a causa delle c.d. *penny stocks*, ossia azioni di società molto piccole, che vengono scambiate sul mercato ad un prezzo inferiore a cinque dollari, solitamente non in un mercato regolamentato, ma in mercati secondari come l'OTC (*over-the-counter market*). Le *blank check companies*, prive di alcun tipo di *asset* o di un *business plan*, emettevano generalmente azioni che erano considerate *penny stocks* e «perseguivano le stesse finalità dell'attuale SPAC, ma - a differenza della SPAC - operavano nella pressoché totale assenza di strumenti di vigilanza pubblica, in quanto venivano quotate in un mercato appositamente creato per società di piccole dimensioni [...], nel quale vigevano ampie deroghe all'applicazione delle rigide regole previste dal Securities Act del 1933 in relazione alla stesura di prospetti informativi e altra documentazione relativa alla quotazione dei titoli delle società emittenti»⁴. Queste società, quindi, si prestavano facilmente alla realizzazione di frodi a danno degli investitori, poiché gli amministratori avevano la possibilità di ottenere ingenti guadagni dalla speculazione dei titoli delle società, attraverso manipolazioni del mercato consistenti nello schema dell'annuncio di un'acquisizione e la successiva vendita dei titoli, approfittando così del rialzo delle quotazioni⁵.

² Secondo un rapporto del Senato (S. REP. NO. 101-337, at 2 (1990)) infatti: «*[b]etween 1980 and 1989, the number of securities firms increased approximately 90 percent, the number of investment companies grew more than 145 percent, the number of investment advisers more than tripled, the number of registration statements filed annually with the SEC doubled, and the number of tender offer filings increased over 670 percent*».

³ *Ibidem*.

⁴ C. CHIOMENTI, L. GRAFFI, *La "Special Purpose Acquisition Company"*, in *Giur. comm.*, 2010, p. I/446.

⁵ Sul punto si vedano le osservazioni di D.K. HEYMAN, *From Blank Check to SPAC: The Regulator's Response to the Market, and the Market's Response to the Regulation*, in *Entrepreneurial Business Law Journal*, 2007, pp. 552.

2.1. *La Rule 419.*

La portata ormai incontrollabile di questo fenomeno ha portato il Congresso degli Stati Uniti ad intraprendere una serie di iniziative volta a reprimere gli abusi. Innanzitutto, nel 1990 fu approvato il *Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act*⁶, che oltre a disciplinare e regolare il mercato delle *penny stocks*⁷, dava il potere alla SEC di emanare norme attuative per arginare il fenomeno delle frodi attraverso le *blank check companies*. La SEC, allora, emanò la *Rule 419*, che modificava il *Securities Act* del 1933 e introduceva le seguenti previsioni relative alle *blank check offerings*:

- 1) il deposito in un conto bancario vincolato (c.d. *escrow account*) del capitale raccolto tramite l'IPO, al netto della cifra necessaria, ad esempio, alle spese relative alle commissioni di sottoscrizione;
- 2) i fondi vincolati dovevano permanere tali fino alla approvazione di una *business combination*;
- 3) il deposito anche dei titoli emessi dalla società in un conto di custodia dei titoli nella stessa banca;
- 4) un termine di 18 mesi dal deposito del prospetto informativo per effettuare l'operazione, pena il rimborso delle quote dal conto bancario vincolato;
- 5) il divieto di scambiare sul mercato i titoli depositati nel conto vincolato;
- 6) il deposito di una modifica del prospetto informativo contenente le informazioni finanziarie aggiornate, a seguito di un'acquisizione;
- 7) il diritto di rimborso integrale per gli azionisti che non approvano la *business combination* proposta in assemblea;
- 8) l'obbligo di utilizzare nell'operazione almeno l'80% delle somme raccolte nell'*escrow account*;

Questa serie di regole offre numerosi e interessanti spunti di riflessione, a partire dal fatto che le SPAC odierne, sia negli USA, sia in Europa dove non vi è alcuna norma di questo tipo, pur non essendo soggette all'applicazione di queste disposizioni, per i motivi che verranno illustrati ampiamente nel prosieguo, le rispettano ugualmente

⁶ Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act of 1990, Pub. L. No. 101- 429, § 508, 104 Stat. 931 (1990), 956-57.

⁷ D.K. HEYMAN, *op. cit.*, pp. 536.

e in alcuni casi adottano comportamenti ancora più stringenti, al fine di ingenerare fiducia negli investitori.

Tornando alla *Rule 419*, è possibile notare come questa sia volta principalmente a tutelare i soci da possibili comportamenti fraudolenti degli amministratori, soprattutto grazie alla previsione del deposito del denaro e dei titoli e il breve termine a disposizione per concludere l'operazione.

Rispetto agli obiettivi per cui è stata posta, è possibile notare come la normativa emanata dalla SEC ebbe l'effetto sperato di far cessare gli abusi, tanto che negli anni successivi si ebbe un crollo delle quotazioni di *blank check companies*, specialmente perché grazie al diritto di rimborso, si verificavano spesso votazioni dissenzienti da parte dei soci e coloro che volevano promuovere e costituire una *blank check company* non avevano alcuna certezza rispetto alla quantità di patrimonio effettivo a disposizione per effettuare la *business combination*⁸.

Una buona parte della dottrina dell'epoca ha salutato positivamente le regole introdotte con la riforma delle *blank check companies*, ritenendo oggi le SPAC, che adottano volontariamente queste regole, un investimento più sicuro e un fenomeno positivo per l'economia e per il finanziamento delle imprese⁹.

Come si diceva, le SPAC adottano in modo volontario le regole introdotte con la *Rule 419*. Questo perché sono esenti dalla citata normativa, grazie al prezzo delle azioni, che è superiore a cinque dollari e si attesta generalmente attorno a 10 dollari, e al fatto che possiedono *net tangible assets* superiori a cinque milioni di dollari¹⁰. Ciononostante, la prima SPAC fu in realtà una *blank check company* ibrida, poiché rispettava comunque le prescrizioni della *Rule 419*. L'amministratore delegato di *Early Bird Capital Inc.* David Nussbaum, che diede per primo il nome di SPAC alla società, costituì tredici *blank check companies*, *Rule 419 compliant*, dodici delle quali arrivarono ad

⁸ D.S. RIEMER, *Special Purpose Acquisition Companies: SPAC and SPAN, or Blank Check Redux?*, in *Washington University Law Review*, 2007, pp. 943 ss.; sul punto anche D.K. HEYMAN, *op. cit.*, pp. 540.

⁹ Si vedano, ad esempio, le conclusioni di D.S. RIEMER, *op. cit.*, pp. 966; similmente si esprime D.K. HEYMAN, *op. cit.*, pp. 552.

¹⁰ D.K. HEYMAN, *op. cit.*, pp. 540 ss.

una acquisizione effettiva¹¹. Nascevano in questo modo le SPAC moderne, considerate dalla dottrina come SPAC di prima generazione, poiché si adattarono alle nuove condizioni normative e di mercato e per tali caratteristiche sono state definite anche come «*self imposed SPACs restriction*»¹².

Tra le *blank check companies*, sottoposte alla *Rule 419*, e le neonate SPAC, dalla stessa esentate, residuavano comunque alcune differenze:

- in primo luogo, un'offerta soggetta alla richiamata disposizione non consentiva la negoziazione delle azioni e dei *warrant* emessi. Gli strumenti finanziari emessi dalle SPAC, invece, potevano essere negoziati separatamente poco dopo la pubblicazione del prospetto informativo;
- un'ulteriore differenza era rappresentata dalla protezione dall'effetto diluitivo garantita dalle SPAC ai propri soci laddove non si consentisse l'esercizio dei *warrant* prima del completamento dell'acquisizione;
- in relazione al corrispettivo per l'acquisizione della *target*, mentre la *Rule 419* imponeva un valore almeno pari all'80% dei proventi dell'offerta, per le SPAC i promotori fissavano tale valore in genere (e più realisticamente) in corrispondenza dell'80% del patrimonio netto al momento dell'acquisizione, ciò per consentire l'utilizzo del capitale circolante e dei proventi degli investimenti¹³.

Da un punto di vista strettamente giuridico, in particolare di teoria generale delle fonti, è interessante esprimere alcune considerazioni a proposito delle regole introdotte dalla *Rule 419*, osservate attualmente in modo spontaneo dalle SPAC. Come osservato acutamente in dottrina, queste previsioni normative possono essere considerate rispetto alle SPAC come fonti di c.d. *soft law*, in particolare di tipo

¹¹ D.S. RIEMER, *op. cit.*, pp. 945 ss.; sul punto anche A. PAOLETTI, *Le Special Purpose Acquisition Companies (SPAC)*, in *Riv. dir. soc.*, 2017, pp. 1149.

¹² D. D'ALVIA, *(SPACs: limiti e prospettive tra hard law e soft law)*, in *Riv. dir. soc.*, 2017, pp. 1172, che cita T. CASTELLI, *Not guilty by association: why the taint of their "blank check" predecessors should not stunt the growth of modern special purpose acquisition companies*, in *Boston College Law Rev.*, 2009, vol. 50, n. 1, 254.

¹³ F. GARRAMONE, *Una panoramica in tema di Special Purpose Acquisition Companies (SPAC)*, in *Banca Impr. Soc.*, 1, 2020, pp. 136 ss.

bottom-up, poiché provenienti dagli operatori del mercato¹⁴. È necessario, però, rammentare che, sebbene le prime SPAC abbiano adottato tali regole in modo del tutto volontario, recentemente alcune di quelle previsioni normative sono state riprodotte, ad esempio, dai Regolamenti dei Mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A., pur essendo queste, da un punto di vista formale, sempre fonti di natura contrattuale e non legislativa. Sembra, quindi, che oggi sia ancor più convincente la classificazione esposta in precedenza, che vede le SPAC di prima generazione come caratterizzate dalla presenza di una fonte di *soft law* “*bottom-up*”, mentre quella di seconda generazione “regolate” da una fonte sempre di *soft law*, ma di tipo “*top-down*”, a seguito della modifica dei Regolamenti di Borsa italiani.

Nonostante, quindi, le SPAC fossero estranee alla definizione di *blank check companies* e adottassero comunque le previsioni della SEC finalizzate alla tutela degli investitori, i mercati di Borsa americani più importanti, come il New York Stock Exchange o il NASDAQ, ostacolarono per molto tempo la quotazione delle SPAC¹⁵; allo stesso tempo molte SPAC nate negli Stati Uniti trovavano conveniente quotarsi sul mercato allora di recente costituzione del *London Stock Exchange Alternative Market Investment* o “AIM”¹⁶, il cui corrispondente italiano oggi riveste un ruolo cruciale per le SPAC del nostro Paese. Nel 2008, ad ogni modo, entrambi i mercati hanno

¹⁴ D. D. ALVIA, *op. cit.*, pp. 1173 ss., che sul punto cita R. LASTRA, *Legal Foundations of International Monetary: Stability* (Oxford, 2006), 462, e aggiunge che: «l’Autrice distingue [...] tra “top-down” soft law e “bottom-up” soft law. Con la prima espressione ci si riferisce a un esempio di soft law imposto “dall’alto” ossia da Autorità di vigilanza o da altri soggetti deputati alla regolamentazione dei mercati finanziari [...] attraverso l’adozione di Linee Guida, Raccomandazioni e altri strumenti legislativi giuridicamente non vincolanti [...]. Dall’altra parte, il “bottom-up” soft law ovvero la sua manifestazione proveniente dal “basso”, che è capace di cogliere nel segno in tema di SPACs di “prima generazione”».

¹⁵ C. CHIOMENTI, L. GRAFFI, *op. cit.*, p. I/453, che aggiungono: «In ragione di ciò, la maggior parte delle SPAC ha tradizionalmente optato per una quotazione su listini meno prestigiosi quali l’*American Stock Exchange*, o l’*OTC Bulletin Board*, dove a partire dal 2003 sono state ammesse alla quotazione più di cinquanta SPAC, con una raccolta di capitale pari a circa tre miliardi di dollari».

¹⁶ *Ivi* p. I/454.

adottato modifiche ai rispettivi regolamenti^{17, 18}, affinché fosse possibile quotare in essi una SPAC; sono stati, quindi, introdotti requisiti di ammissione alle negoziazioni simili alle regole contenute nella Rule 419¹⁹.

Per quanto riguarda il nostro Paese, invece, bisogna attendere la fine del 2010 per vedere la prima SPAC quotata in Italia: Italy Investment S.A., anche se per la precisione società di diritto lussemburghese, che è stata quotata sul mercato MIV (Mercato degli Investment Vehicles). Si sono susseguite poi fino ai giorni nostri decine di SPAC, la maggior parte delle quali ha preferito il mercato non regolamentato AIM al MIV, per ragioni essenzialmente legate alla maggiore semplicità e economicità del processo di quotazione²⁰.

3. Descrizione della società.

Come è stato osservato in apertura del presente contributo, la SPAC, quindi, è una società veicolo, che raccoglie capitali tramite un'offerta pubblica al fine di individuare e acquisire una società non quotata; l'Operazione necessita dell'approvazione dell'assemblea dei soci e deve essere conclusa entro un breve termine che si attesta generalmente tra i diciotto e i ventiquattro mesi, scaduti i quali altrimenti la società viene sciolta. Al fine di tutelare i soci da possibili comportamenti fraudolenti degli amministratori, sulla scorta delle previsioni della Rule 419, è previsto nella prassi che le somme raccolte dalla società siano depositate in un conto bancario vincolato o *escrow*

¹⁷ Per il NASDAQ si veda: SEC, Comunicazione “*Self-Regulatory Organizations; The NASDAQ Stock Market LLC; Notice of Filing of Amendment No. 1 and Order Granting Accelerated Approval to Proposed Rule Change, as modified by Amendment No. 1, to Adopt Additional Initial Listing Standards to list Securities of Special Purpose Acquisition Companies*”, 2008 (N. 34-58228).

¹⁸ Per il NYSE si veda: SEC, Comunicazione “*Sell-Regulatory Organizations; New York Stock Exchange LLC; Order Approving Proposed Rule Change to Adopt New Initial and Continued Listing Standards to List Securities of Special Purpose Acquisition Companies*”, 2008 (N. 34-57785).

¹⁹ Per una panoramica su questi requisiti, introdotti con le modifiche dei regolamenti dei mercati americani citati, si veda D. D'ALVIA, *op. cit.*, pp. 1175 ss.

²⁰ Sul punto si veda E.M. BOCCHINO, G. GIGANTE, *Nascita ed evoluzione delle SPAC: dagli USA all'Italia*, in G. GIGANTE, A. CONSO (a cura di), *Le SPAC in Italia. Stato di un fenomeno in evoluzione*, 2019, Egea, tabella a p. 34.

*account*²¹, dal quale possono essere utilizzate solo a seguito dell'approvazione della *business combination*, ovvero per la liquidazione della società per scadenza del termine.

Si possono, quindi, delineare alcune caratteristiche delle SPAC a livello internazionale, a prescindere dal mercato finanziario di quotazione. Innanzitutto, la società emette generalmente non solo azioni ordinarie, ma le c.d. *units*, ossia strumenti finanziari che comprendono azioni ordinarie e *warrants*, dei quali ci si occuperà nel prosieguo. Altro elemento essenziale è la segregazione dei fondi raccolti in sede di offerta al pubblico in un conto corrente vincolato, in un trust o in un *escrow account*. Vi è, poi, la previsione che ai soci che non approvino la *business combination* sia attribuito il diritto di recesso e il rimborso del capitale investito, con i necessari adattamenti in base al diritto societario applicabile e, infine, è sempre previsto un termine entro cui deve essere conclusa l'operazione, pena lo scioglimento della società, che può variare tra diciotto e trentasei mesi²².

3.1. *Compagine sociale e ruolo degli stakeholders.*

Ruolo assolutamente primario all'interno della SPAC è rivestito dagli amministratori, che generalmente corrispondono ai soci fondatori, o *promoters*, e sono sostanzialmente ritenuti l'unico *asset* della società²³, poiché questa non possiede altri parametri per misurarne la validità e le prospettive di crescita, dovendosi invece fare affidamento segnatamente sul profilo delle competenze ed esperienze di questi²⁴. La compagine sociale della SPAC, infatti, si caratterizza proprio per la distinzione tra un ristretto gruppo di soci, che costituiscono la società e sono nella buona parte dei casi dei manager

²¹ Osserva P. DE BIASI, *La SPAC, uno speciale veicolo di investimento e quotazione*, in *Rivista delle Società*, 2018, p. 714: «la separazione [...] non crea un patrimonio separato, è basata solo sull'accordo tra i soci e non è opponibile ai terzi».

²² D. D'ALVIA, *op. cit.*, pp. 1180 ss.

²³ Come notano sinteticamente U. RODRIGUES, M. STEGEMOLLER, *Exit, Voice, and Reputation: The Evolution of SPACs*, in *Delaware Journal of Corporation Law*, 2013, p. 871: «*The SPAC investor is essentially buying a management team*».

²⁴ C. CHIOMENTI, L. GRAFFI, *op. cit.*, p. I/456.

importanti e riconosciuti nel loro ambito²⁵, e il restante azionariato, composto da fondi o investitori di vario genere.

In aggiunta a queste due categorie di soci, si rende necessario tenere in considerazione, in realtà, almeno quattro *stakeholders* all'interno di una SPAC e non due, al fine di analizzare correttamente i rapporti economici e i possibili conflitti di interesse: il *management*, gli *underwriters*, gli investitori e la società target, tutti caratterizzati da interessi differenti.

I primi, come si è detto, danno vita alla SPAC, apportano ad essa i primi capitali, si occupano dell'individuazione della società target e negoziano con questa la *b. combination*. A costoro non spetta una remunerazione in misura fissa, ma sono assegnate azioni speciali, che, solo una volta perfezionata l'Operazione, assicurano un notevole guadagno grazie ad un vantaggioso rapporto di cambio; allo stesso tempo però sono previste anche limitazioni e garanzie per i soci: esse sono prive del diritto di voto, subordinate in caso di liquidazione al soddisfacimento delle azioni ordinarie e intrasferibili per un determinato intervallo temporale²⁶. Questa particolare forma di remunerazione, però, porta con sé conseguenze positive e negative allo stesso tempo: se da un lato in tal modo si cerca di allineare gli interessi degli amministratori a quelli dei soci – questi infatti vedranno dei risultati solo da una *business combination* profittevole – d'altra parte è altrettanto evidente che vi sia un rischio legato a possibili azioni del *management team* speculative o mirate a conseguire un profitto solo nel breve periodo, anche per la pressione che deriva dal termine ravvicinato per concludere l'operazione con la società target²⁷.

Ulteriori riflessioni merita anche il ruolo dei c.d. *underwriters*, per tali dovendosi intendere gli intermediari che si occupano di

²⁵ Sul punto, ad esempio, A. SACCO GINEVRI, F. PEZZULLO, *Appunti sulle "Special Purpose Acquisition Companies" ("SPAC")*, 2018, in dirittobancario.it, p. 1. Non mancano, comunque, diversi esempi di sponsor che sono noti personaggi del cinema o del mondo dello sport, al punto che la SEC americana è intervenuta per raccomandare prudenza agli investitori, dichiarando che «*is never a good idea to invest in a SPAC just because someone famous sponsors or invests in it or says it is a good investment*», US Securities and Exchange Commission, *Celebrity Involvement with SPACs – Investor Alert*, 10 marzo 2021.

²⁶ M. FUMAGALLI, *Brevi considerazioni sugli statuti delle SPAC e sui regolamenti dei warrants (di Space S.p.a. e di Capital for Progress 1 S.p.a. in particolare)*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 744.

²⁷ D.K. HEYMAN, *op. cit.*, p. 549.

sottoscrivere le azioni della SPAC per poi collocarle presso il pubblico, i quali hanno anche un ruolo attivo come *advisers* della società: dall'importanza e reputazione di costoro deriva, infatti, parte del successo dell'operazione di collocamento. È stato notato come già nelle prime SPAC abbiano assunto il ruolo di collocatori le banche d'affari internazionali più importanti²⁸, da cui si può dedurre che la reputazione decisamente negativa che avvolgeva le *blank check companies* sia stata oggi superata e il mercato guardi con più fiducia a questi nuovi soggetti economici.

Come esaminato nel prosieguo, una parte delle commissioni che spettano a questi intermediari sono spesso subordinate alla positiva riuscita dell'operazione straordinaria; questo profilo, unito al ridotto lasso temporale a disposizione degli amministratori per completare la *b. combination*, a pena di sopportare altrimenti tutti i costi della società e procedere alla liquidazione della stessa, rischia di concretizzare un importante conflitto di interessi. A tal proposito è stato osservato che «*as the deadline approaches, SPAC managers become desperate to do any acquisition, even a bad one, to avoid missing the deadline and having to liquidate the SPAC*»²⁹, con evidenti riflessi negativi per i soci.

Per quanto attiene invece agli investitori, sia nel mercato americano³⁰, sia in quello nazionale³¹, è possibile notare come questi siano quasi tutti investitori istituzionali, che possiedono generalmente gli strumenti adeguati a valutare attentamente la SPAC e soprattutto la *b. combination* proposta dagli amministratori, sulla quale dovranno esprimere il voto. Il rischio maggiore legato a questi soggetti è probabilmente proprio questo, ossia che non approvino l'operazione con le

²⁸ Sul punto D.K. HEYMAN, *op. cit.*, p. 546.

²⁹ Così L. DIMITROVA, *Perverse Incentives of Special Purpose Acquisition Companies, the "Poor Man's Private Equity Funds"*, *Journal of Accounting and Economics*, 1, 2017, p. 99.

³⁰ Y. HACHMUROVE, M. VULANOVIC, *Specified Purpose Acquisition Company IPOs*, in D. CUMMING (ed.), *The Oxford Handbook of IPOs*, 2019, pp. 321 ss. Osservano M. KLAUSNER *et al.*, *A Sober Look at SPACs*, in *ECGI Finance WP 747/2021*, p. 11, che «*people involved in the SPAC market report that investments in SPAC IPOs are dominated by a group of hedge funds known colloquially as the "SPAC Mafia", which invest in SPAC IPOs and trade SPAC shares between the IPO and merger but often have little intention to remain invested through the merger*».

³¹ P. DE BIASI, *op. cit.*, p. 721.

alte maggioranze richieste, il che porta sostanzialmente alla fine dell'esperienza della società.

Sul complesso dei rapporti in essere in una SPAC, è stato osservato da alcuni autori che queste società riproducono quell'efficace rapporto trilaterale tra clienti, SGR (Società di Gestione del Risparmio) e banca depositaria dei fondi, sistema che permette la prevenzione di abusi e maggiori tutele per i soci investitori³²; è bene rammentare, tuttavia, come la gran parte delle garanzie dei soci di una SPAC, ad eccezione del diritto di recesso, siano di fonte contrattuale e non di rango normativo.

Altri autori, invece, sottolineano come siano da tenere bene in considerazione i possibili conflitti di interesse e gli svantaggi presenti in questa operazione, sottolineando come i) la diluizione che si verifica grazie agli strumenti finanziari e alle commissioni versate agli intermediari si attesta intorno al 50% delle risorse raccolte in sede di IPO; ii) gli investitori presenti durante la *business combination* subiscono le maggiori perdite; iii) il prezzo delle azioni scende mediamente di almeno un terzo dopo la *business combination*³³.

Proprio dall'analisi di questi profili bisogna allora valutare la convenienza di una SPAC: per gli investitori, qualora la Società sia configurata come una operazione di investimento e di ricerca di un'impresa promettente; per la società *target*, nel caso in cui questa utilizzi tale veicolo societario come via alternativa per raggiungere la quotazione.

Se da un lato la SPAC sembra offrire un'opzione più conveniente ed economica per la quotazione sul mercato di una società medio-piccola³⁴, trattandosi di una società veicolo priva di attività, in realtà, è stato notato come le commissioni richieste per il

³² Si veda P. DE BIASI, *op. cit.*, p. 726; sul punto anche F. GARRAMONE, *op. cit.*, pp. 15 ss.

³³ Così si esprimono M. KLAUSNER *et al.*, *op. cit.*, p. 4. Sul punto anche S. LOMBARDO, *AIM, SPAC, equity-crowdfunding e private placement. La raccolta di capitale di rischio fra formazione del capitale e protezione degli investitori*, in *An. giur. econ.*, 1-2, 2021, pp. 38 ss.

³⁴ Osservano U. RODRIGUES, M. STEGEMOLLER, *op. cit.*, p. 874, «SPACs can be seen as a tidy solution to the problem of the high cost of accessing the public markets».

collocamento siano minori³⁵ o sostanzialmente le stesse³⁶, mentre secondo alcuni autori sono addirittura maggiori³⁷, al punto che la quotazione di una società tramite SPAC e non tramite una tradizionale IPO non avrebbe come fine il risparmio sui costi dell'operazione, ma, piuttosto, verrebbe scelta per la maggiore cura e attenzione nell'operazione da parte degli *sponsor* della SPAC, per i minori tempi di realizzazione della quotazione, per la maggiore certezza relativa alla valutazione della società e al prezzo delle azioni e per la possibilità offerta da questo tipo di società di negoziare clausole particolari, ad esempio, relative a futuri compensi degli amministratori³⁸.

È stato rilevato, ad ogni modo, che «l'architettura di una SPAC sia più complessa di quella di una IPO», dal momento che la «IPO può essere ricondotta al tradizionale modello del rapporto di *agency* fra *management*/emittente (*agent*) e investitori (istituzionali e retail, *principal*)», nelle «SPAC emerge invece una struttura più complessa, una relazione a tre data dalla presenza di tre centri di imputazione di interessi: i) i promoter, ii) gli investitori della SPAC e iii) la società *target*, con la conseguenza di un aumento dei costi di transazione relativi all'allineamento dei loro interessi»³⁹.

3.2. Dalla costituzione alle diverse business combination.

Tratteggiate, pertanto, le caratteristiche essenziali della struttura di una SPAC, ci si occuperà ora delle varie fasi che portano dalla

³⁵ Nell'opinione di M. KLAUSNER *et al.*, *op. cit.*, p. 21, «*SPAC underwriting fees are typically between 5% and 5.5% of IPO proceeds, which is slightly less than typical fees in a traditional IPO of comparable size*»; gli stessi notano, poi, come una parte di queste commissioni sia subordinato alla riuscita dell'operazione straordinaria «*of that amount, about 3.5% of proceeds is typically conditioned on the SPAC consummating a merger, and payment is*».

³⁶ Secondo Y. HACHMUROVE, M. VULANOVIC, *op. cit.*, pp. 321 ss., le commissioni medie richieste dagli intermediari coinvolti si aggirano intorno al 7%.

³⁷ Sul punto si legga M. GAHNG *et al.*, *SPACs*, 2021, disponibile presso www.ssrn.com, p. 7, i quali, dall'analisi dei dati del confronto tra i costi di quotazione delle SPAC e di IPO "normali" nel periodo che va da gennaio 2019 e giugno 2020, osservano che: «*merging with a SPAC is substantially more expensive than pursuing a traditional IPO*».

³⁸ *Ivi*, pp. 12 ss.

³⁹ S. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 40. Si vedano anche le osservazioni dell'Autore nel prosieguo a proposito della formazione del prezzo delle azioni nel caso di IPO tradizionale e di SPAC.

costituzione alla conclusione della *business combination*. Queste, come descritte anche dall'*European Securities and Markets Authority* (ESMA), possono essere delineate in tre momenti della vita di una SPAC: «*The first stage is the Initial Public Offering (IPO), whereby the shares and warrants in the SPAC are admitted to trading on a trading venue; in the second stage, the SPAC searches for a target company to acquire; and the third and final stage consists of the business combination with the target company, typically through a merger*»⁴⁰.

L'iniziativa di costituire una SPAC da parte dei promotori è generalmente dovuta ad un gruppo di operatori del mondo della finanza, esperti di vari ambiti, come, ad esempio, il *private equity*, il mercato bancario o quello delle fusioni e acquisizioni, che sfruttano le proprie conoscenze per dare vita ad una sofisticata operazione di investimento. Le competenze richieste sono necessariamente plurali e possono essere sintetizzate in tre espressioni: capacità di *execution*, capacità di individuare e di analizzare una società che possa essere appetibile e capacità di negoziazione con gli amministratori della società target⁴¹.

Una volta che sono presenti queste differenti professionalità, il progetto di SPAC deve essere affidato ai consulenti legali e al *global coordinator*. I primi si occuperanno delle questioni relative alla costituzione della società, al suo atto costitutivo e al suo statuto, in base alle esigenze dei promotori, mentre al *global coordinator* spetta il ruolo di analisi delle tipologie di investitori e di mercati verso i quali orientare l'offerta per la raccolta del capitale. Una volta che, tramite le adesioni dei vari tipi di investitori coinvolti, viene raggiunta la cifra di capitale prefissata, è possibile stabilire la data per il primo giorno di quotazione. Ai fini, quindi, dell'Offerta Pubblica Iniziale sul mercato prescelto, viene deliberato dall'assemblea straordinaria un aumento del capitale sociale di tipo scindibile e con esclusione del diritto di opzione ai sensi dell'art. 2441 cod. civ.; allo stesso tempo è possibile adottare anche la delibera di emissione dei warrant che vengono assegnati, in misura proporzionale e in modo gratuito, a coloro che sottoscrivono le azioni della SPAC.

⁴⁰ ESMA, public statement, 15 July 2021, ESMA32-384-5209, p. 1 ss.

⁴¹ G. TASCIA, *La SPAC tra Diritto, Finanza e Impresa*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, Cap. IV, pp. 187 ss.

Essendosi concluso il procedimento di ammissione alle negoziazioni sul mercato, può iniziare la seconda fase della vita di una SPAC che consiste nell'individuazione di una società da acquisire. L'obiettivo è, infatti, identificare un'impresa che possa crescere molto nel breve/medio periodo, grazie anche all'iniezione di liquidità e di capacità manageriali nuove. Per addivenire a questo risultato, una volta individuata una società che sembra soddisfare le aspettative, si procede con le valutazioni del progetto industriale, dei profili di crescita e anche della futura composizione dell'organo amministrativo. Altro elemento essenziale è la firma di accordi con la possibile *target* individuata: si tratta generalmente di accordi non vincolanti, che permettono agli amministratori della SPAC di effettuare tutta l'attività di *due diligence* necessaria ai fini di una potenziale acquisizione⁴². Proprio questa attività di attenta verifica condurrà all'individuazione del valore dell'impresa e all'emersione di tutti i possibili ostacoli nella struttura aziendale che si frappongono alla quotazione sul mercato. La *due diligence* è quindi strutturata in diverse sottospecie, che approfondiscono ambiti differenti dell'impresa: si avrà una *due diligence* fiscale, legale, finanziaria, lavoristica, strategica⁴³.

Dopo tutte queste lunghe e complesse procedure, che possono protrarsi fino a ventiquattro mesi, generalmente, si arriva al momento più importante per la SPAC, ossia la *business combination*, detta anche de-SPAC o Operazione Rilevante⁴⁴. Il diritto societario italiano offre diversi istituti e procedure che possono essere eseguiti per ottenere il controllo di una società: fusione⁴⁵, acquisizione di una partecipazione di controllo della *target*, sottoscrizione di un aumento di

⁴² *Ivi*, p. 197.

⁴³ Sul punto esaustivamente *ivi*, pp. 202 ss.

⁴⁴ Osserva M. FUMAGALLI, *Lo Sviluppo della SPAC in Italia*, 2014, Egea, p. 16, come la *b. combination* sia un momento fondamentale per la SPAC, anzi debba essere considerata: «la “vera IPO” della SPAC, perché è allora che l'investitore/azionista decide se ritirare il proprio investimento o diventare socio di una società operativa».

⁴⁵ Contestualmente alla fusione, la SPAC può prevedere una scissione, che permetta di utilizzare il capitale residuo per effettuare una o più operazioni successive: si veda l'esempio di Industrial Stars of Italy, Industrial Stars of Italy 2, Industrial Stars of Italy 3 e Industrial Stars of Italy 4, oppure Space, Space 2, Space 3 e Space 4, definite come «SPAC in serie». Per una disamina delle esperienze di SPAC in Italia si veda E.M. BOCCHINO, G. GIGANTE, *Le principali transaction in Italia*, in G. GIGANTE, A. CONSO, *op. cit.*, pp. 73 ss.

capitale della *target*, acquisizione di rami d'azienda. La fusione, sempre per incorporazione, può essere diretta o inversa⁴⁶. Con la prima, si intende l'assorbimento della società controllata da parte della controllante, mentre la fusione inversa implica che dall'operazione sopravviva la società *target*, non la SPAC, che in questo modo ottiene la quotazione in Borsa⁴⁷. Sul punto è stato osservato come la nozione giuridica italiana di fusione inversa sia differente da quella di diritto statunitense di *reverse merger*, la quale indica una fusione in cui una società contenente solo cassa quotata acquista una società operativa non quotata, portandola in questo modo a quotazione: si può affermare che tutte le SPAC italiane hanno realizzato un *reverse merger*, secondo l'accezione di diritto statunitense, mentre non tutte hanno effettuato una fusione inversa⁴⁸.

3.3. L'approvazione dei soci e il diritto di recesso.

Ulteriore questione da affrontare riguarda l'esistenza nel diritto societario italiano di un diritto di voto dei soci in merito alla diversa *b. combination* scelta: se, infatti, è insito nella natura della SPAC che i soci approvino l'operazione, vi sono alcuni casi in cui questa delibera è già legalmente prevista, come nel caso di una fusione, mentre in altri casi non è così, ad esempio, nell'acquisizione di partecipazioni sociali in altre imprese. Secondo alcuni autori⁴⁹, tuttavia, l'acquisizione di una partecipazione di controllo in un'altra impresa sarebbe comunque preclusa agli amministratori della SPAC sulla base del disposto dell'art. 2361, co. 1, cod. civ., che prevede: «L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto». Se ne deduce, pertanto, che, a prescindere dalla previsione nello statuto di una specifica deliberazione dell'Assemblea

⁴⁶ Sulla fusione "semplificata" nel caso di fusione con la controllata, introdotta con la riforma del diritto societario del 2003, si veda G. SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni 'semplificate' nella riforma del diritto societario*, in *Rivista del notariato*, 2003, IV, pp. 889 ss.

⁴⁷ Per un'analisi delle tipologie di fusioni per le SPAC e dei relativi obblighi informativi si legga P. DE BIASI, *op. cit.*, pp. 722 ss.

⁴⁸ A. PAOLETTI, *op. cit.*, p. 1166.

⁴⁹ *Ivi*, pp. 1158 ss.

dei soci, questa sarebbe sempre necessaria allorquando questa conduca di fatto ad una modifica dell'oggetto sociale.

D'altra parte, qualora i soci non dovessero approvare la *b. combination*, episodio non così infrequente, la SPAC dovrà entrare in liquidazione e restituire ai soci il capitale conferito. Da un punto di vista statutario, ciò può avvenire o prevedendo nell'atto costitutivo un termine di durata della società, ad esempio, di ventiquattro mesi, o introducendo una specifica causa di scioglimento, legata alla mancata approvazione della *b. combination*⁵⁰. In quest'ipotesi, sebbene i costi operativi della SPAC vengano sostenuti solo dai promotori, i soci subiranno comunque una perdita in termini del costo-opportunità per il mancato rendimento del capitale in altre attività più redditizie, sebbene comunque ottengano dei marginali guadagni dagli investimenti effettuati a valere sull'*escrow account* presso cui la SPAC aveva depositato i capitali raccolti in fase di IPO⁵¹.

Come si è detto, allora, per il perfezionamento dell'Operazione è necessario il voto dell'assemblea dei soci e coloro che non approvano la delibera hanno diritto di recesso. A tal proposito, è bene affrontare le due principali tematiche legate a questi profili: i quorum necessari per l'approvazione delle delibere assembleari e le cause legali o statutarie che legittimano il diritto di recesso.

A proposito del voto dei soci, è stato notato in dottrina che un rischio potenzialmente elevato nell'investimento in una SPAC risiede proprio nella possibile mancata approvazione della *b. combination*, a causa del mancato raggiungimento del quorum legale in sede di assemblea⁵². Questo non solo può condurre al fallimento dell'operazione qualora non siano raggiunte le maggioranze necessarie per l'approvazione, ma anche nell'ipotesi opposta, ossia dell'approvazione dell'assemblea, un elevato numero di soci dissenzienti, corrisponde anche a un notevole rimborso di capitale a causa del diritto di recesso. In questi casi la società potrebbe non avere i fondi necessari per portare avanti l'operazione progettata. A tal fine, specialmente nel mercato dei capitali statunitensi, sono state elaborate diverse opzioni di ingresso di nuovi soci o fondi di investimento che apportano capitale

⁵⁰ F. GARRAMONE, *op. cit.*, pp. 145 ss.

⁵¹ A. SACCO GINEVRI, F. PEZZULLO, *op. cit.*, p. 3.

⁵² Sul punto si veda C. CHIOMENTI, L. GRAFFI, *op. cit.*, p. I/457.

nuovo alla SPAC, come, ad esempio, il c.d. *private investment in public equity* (PIPE)⁵³.

Tornando all'approvazione dei soci, bisogna anzitutto specificare che, come è noto, il codice civile prevede diversi quorum costitutivi e deliberativi per l'assemblea delle società per azioni. Sono, infatti, considerate società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio le società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in maniera rilevante, per tali ultime intendendosi, ai sensi dell'art. 2 *bis* del Regolamento Emittenti della CONSOB⁵⁴, gli emittenti i quali, contestualmente:

a) abbiano azionisti diversi dai soci di controllo in numero superiore a cinquecento che detengano complessivamente una percentuale di capitale sociale almeno pari al 5%;

b) superino due dei tre limiti indicati dall'art. 2435 *bis*, co. 1, cod. civ.

Alla luce di quanto detto, una SPAC quotata sul MIV, mercato regolamentato, sarà sicuramente considerata come una società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio, mentre per le SPAC le cui azioni sono negoziate sull'AIM, è necessario valutarne in concreto i requisiti. Pertanto, visti i quorum più bassi previsti per l'assemblea straordinaria delle società quotate, è stato osservato come questo aspetto possa essere considerato un vantaggio ai fini dell'approvazione della *b. combination*⁵⁵, nel caso di quotazione della SPAC all'interno di un mercato regolamentato.

Per quanto attiene, invece, al diritto di recesso dei soci dissenzienti, si sono mostrate in dottrina opinioni contrastanti, tra chi riteneva che la configurazione del nostro ordinamento precludesse del

⁵³ Si veda, tra gli altri, M. GAHNG *et al.*, *op. cit.*, p. 33, che osservano nella loro ricerca come « 85% (17 out of 20) of the business combinations include PIPEs, and 47% (8 out of 17) of them have sponsors as PIPE investors ». Sugli effetti positivi di un investimento PIPE in una SPAC si veda anche M. KLAUSNER *et al.*, *op. cit.*, p. 49, che affermano « *these investments are not only a source of equity for the post-merger company, they are a means of conveying information about a target to public shareholders. Investors that buy shares in private placements are able to investigate a SPAC's proposed merger target much more rigorously than can investors in an IPO* ».

⁵⁴ Regolamento Emittenti CONSOB, adottato con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999.

⁵⁵ A. CONSO, *La SPAC nel contesto normativo italiano*, in G. GIGANTE, A. CONSO, *op. cit.*, p. 54.

tutto il trapianto delle SPAC dall'esperienza statunitense all'Italia⁵⁶, a causa della formulazione dell'art. 2437, co. 4, cod. civ., che esclude la possibilità di introdurre ulteriori cause di recesso alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio⁵⁷, ed altri autori che invece hanno proposto alcune soluzioni; il problema, quindi, non riguarda quelle SPAC quotate sul mercato AIM che non siano considerate emittenti azioni diffuse fra il pubblico in maniera rilevante.

Per tutte le altre si profilano diversi "espedienti" per introdurre comunque il diritto di recesso. Primo fra tutti il primo comma dell'art. 2437 cod. civ., che alla lett. a) prevede il diritto di recesso per i soci che non approvano una delibera riguardante «la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società». Secondo una parte della dottrina, però, si verificherebbe il cambiamento dell'oggetto sociale non già con la delibera che autorizza l'acquisizione delle partecipazioni sociali della *target*, ma solo con la delibera che approva il progetto di fusione⁵⁸. Ad avviso di altri autori⁵⁹, invece, il cambiamento dell'oggetto sociale si avrebbe con l'acquisizione, per quanto disposto dall'art. 2361, co. 1, cod. civ., analizzato in precedenza. Alcune SPAC hanno introdotto, allora, la previsione che contestualmente all'approvazione della delibera di acquisizione, si debba approvare la delibera

⁵⁶ C. CHIOMENTI, L. GRAFFI, *op. cit.*, I/463; ma anche V. DONATIVI, P. CORIGLIANO, *Le SPAC (Special Purpose Acquisition Companies): il modello internazionale e la sua compatibilità col diritto italiano*, in *Le società*, 1, 2010, che, nonostante propongano delle soluzioni alternative al problema, osservano: «la previsione statutaria di un diritto potestativo *tout court* dell'azionista di ottenere il riscatto delle proprie azioni in conseguenza della propria manifestazione di dissenso da una deliberazione assembleare di autorizzazione al compimento di una determinata operazione gestionale *ex art.* 2364, co. 1, n. 5, c.c. non è, difatti, consentit[a], in quanto sarebbe sostanzialmente elusivo della disciplina imperativa sul diritto di recesso».

⁵⁷ L'art. 2437, co. 4, recita: «Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può prevedere ulteriori cause di recesso».

⁵⁸ Secondo V. DONATIVI, P. CORIGLIANO, *op. cit.*, pp. 21 ss., «il diritto di recesso scaturirebbe al momento della adozione della deliberazione che determinerebbe il "cambiamento significativo dell'oggetto sociale", come tale, tuttavia, non potendosi intendere la deliberazione con cui si autorizza l'acquisizione, ma semmai (ed esclusivamente) quella con cui si delibera l'approvazione del progetto di fusione (ove all'acquisizione segua, appunto, una fusione) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2502 cod. civ.».

⁵⁹ Si veda A. PAOLETTI, *op. cit.*, p. 1160.

di proroga del termine della società, per la quale è presente un'apposita causa di recesso ai sensi del co. 2 dell'art. 2437 cod. civ.⁶⁰.

Ulteriore soluzione potrebbe essere quella di introdurre a livello statutario un'opzione *put*, che consentirebbe al socio di vendere le proprie azioni alla società ad un prezzo prestabilito, qualora non approvi la *b. combination*; ci si chiede, tuttavia, se tale previsione non sia comunque elusiva del divieto di introdurre ulteriori cause di recesso per le società quotate ai sensi dell'art. 2437 cod. civ.⁶¹. È comunque possibile pervenire al medesimo risultato anche mediante la stipulazione di un patto parasociale avente ad oggetto un diritto di *put*⁶².

3.4. Gli strumenti finanziari della SPAC.

Componente importante in una SPAC sono gli strumenti finanziari assegnati ai soci. Come è stato detto *supra*, in una SPAC si delineano principalmente tre tipologie di strumenti finanziari: le azioni ordinarie destinate ai soci, le azioni speciali riservate ai promotori e i *warrants*, ossia strumenti finanziari che attribuiscono al titolare il diritto di sottoscrivere azioni dell'emittente, ad un determinato prezzo e un preciso rapporto di esercizio prefissato, assegnati a tutti i soci, in alcuni casi con rapporti di conversione più favorevoli per i promotori⁶³.

La prima differenza che si nota è proprio nelle azioni ordinarie e quelle speciali. Attraverso queste, infatti, è previsto il meccanismo di ricompensa per il lavoro svolto dagli amministratori, che non

⁶⁰ Sul punto F. GARRAMONE, *op. cit.*, pp. 149 e ss.

⁶¹ A favore di tale clausola statutaria A. PAOLETTI, *op. cit.*, p. 1162, la quale osserva che: «l'eventuale previsione statutaria di un'opzione *put* non pregiudicherebbe l'applicazione della normativa imperativa sul diritto di recesso, ma andrebbe ad aggiungersi a questa».

⁶² F. GARRAMONE, *op. cit.*, p. 149.

⁶³ Sul tema G. TASCA, *op. cit.*, Cap. IV, p. 195, che afferma: «In una SPAC vengono identificati due tipi di *warrant*: quelli riservati ai promotori (*sponsor warrant*), che vengono offerti ad un prezzo inferiore rispetto al loro valore di mercato e quelli offerti agli investitori (*market warrant*) congiuntamente all'acquisto delle *units* o separatamente. D'altra parte, osservano E. M. BOCCHINO, A. CONSO, *Introduzione*, in G. GIGANTE, A. CONSO, *op. cit.*, p. 22: «[n]elle SPAC italiane ai promotori sono state perlopiù attribuite azioni speciali e non *warrant*»; per un approfondimento sugli strumenti finanziari delle SPAC si veda G. GIGANTE, *Gli strumenti finanziari della SPAC: caratteristiche e rendimenti*, in G. GIGANTE, A. CONSO, *op. cit.*, pp. 59 ss.

ricevono un compenso in misura fissa o percentuale sull'operazione, al fine di allineare gli interessi di questi a quelli dei soci⁶⁴. Queste azioni, infatti, hanno un generoso rapporto di conversione in azioni ordinarie, con un meccanismo moltiplicativo premiante⁶⁵, come l'assegnazione di cinque azioni ordinarie per ogni azione speciale; nel caso, ad esempio, di Space S.p.A. è stato ideato un ulteriore sistema di conversione in più *tranches* successive al raggiungimento di precisi *target* del prezzo delle azioni⁶⁶.

Questo schema remunerativo, sia attraverso azioni speciali, sia *warrants*, se da un lato si pone l'obiettivo di far convergere gli interessi degli amministratori e quelli dei soci, tuttavia, espone ad un rischio ben preciso consistente nella diluizione dell'investimento, al punto che anche l'ESMA considera questo problema come un fattore che, assieme alla generale complessità di questo veicolo societario, renderebbe la SPAC un investimento inappropriato per alcuni investitori⁶⁷; il rischio ben calcolabile, infatti, consiste nella svalutazione della partecipazione sociale in termini di valore assoluto per i soci che non esercitano il diritto di opzione o, in questo caso, non sottoscrivono nuove azioni tramite i *warrant*, svalutazione che è proporzionale al numero di nuove azioni emesse con l'aumento di capitale a pagamento.

Allo stesso tempo, la formulazione dei diritti connessi a questa categoria di azioni speciali consente ulteriori previsioni a garanzia dei soci. Generalmente, infatti, le azioni speciali: i) sono intrasferibili fino alla data dell'efficacia della *b. combination*⁶⁸; ii) sono prive del diritto di voto nelle assemblee ordinarie e straordinarie, dimodoché gli

⁶⁴ C. CHIOMENTI, L. GRAFFI, *op. cit.*, p. I/456.

⁶⁵ Secondo U. VAROTTIL, *Special Purpose Acquisition Companies (SPACs): A Discordant Tale of Two Asian Financial Centres*, NUS Law Working Paper No. 2022/005, p. 7, «the sponsors receive about 20 per cent of the post IPO equity, which is popularly referred to as the “promote”».

⁶⁶ Sul punto M. FUMAGALLI, *Brevi considerazioni sugli statuti delle SPAC e sui regolamenti dei warrants*, *op. cit.* p. 744.

⁶⁷ ESMA, public statement, 15 July 2021, ESMA32-384-5209, p. 2.

⁶⁸ P. DE BIASI, *op. cit.*, p. 736, aggiunge che ciò sarebbe finalizzato anche «a garanzia del fatto che i promotori non possano essere sostituiti in corsa, obbedendo alla stessa logica per la quale i regolamenti dei fondi di *private equity* prevedono clausole secondo le quali gli investitori sono interpellati in merito per decidere come debba proseguire l'attività in caso una “figura chiave” del soggetto gestore abbandoni la SGR».

amministratori non votano né l'Operazione rilevante né il bilancio da questi redatto; *iii*) sono escluse dal diritto di percepire utili, di cui la società dovesse deliberare la distribuzione per un certo periodo di tempo successivo alla *b. combination*, salvo però quello di partecipare alla distribuzione delle riserve disponibili ove avvenisse anticipatamente rispetto al termine di durata della società⁶⁹; *iv*) sono, infine, associate al diritto di liquidazione della quota del patrimonio netto solo in via postergata rispetto ai soci titolari di azioni ordinarie⁷⁰.

Per quanto attiene ai *warrants*, invece, questi sono assegnati in modo gratuito ai soci, o comunque verso il pagamento di una quota minima⁷¹, e prevedono l'opzione di tipo americano, ossia sono esercitabili in qualsiasi momento prima della scadenza, a differenza di quelli di tipo europeo.

4. L'esclusione dall'ambito di applicazione della Direttiva GEFLA.

Tema che ha interessato molto la dottrina, per la sua importanza rispetto alla disciplina applicabile e all'inquadramento giuridico del fenomeno delle SPAC, è quello legato all'appartenenza o meno di queste società alle fattispecie rientranti nella Gestione collettiva del risparmio, per come definita dal Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF). È agevole osservare, infatti, che sono presenti numerose similitudini giuridiche ed economiche tra le SPAC e un fondo di *private equity*⁷², che generalmente assume la forma dell'OICR e in particolare di un Fondo di

⁶⁹ F. GARRAMONE, *op. cit.*, nota 24 p. 138.

⁷⁰ Per una disamina delle azioni speciali di SPAC nel mercato americano si veda, ad esempio, M. GAHNG *et al.*, *op. cit.*, p. 1, i quali osservano: «*Practitioners call them "founder shares", "sponsor economics", or "promotes". Typically, the units purchased by investors include Class A shares that can vote on a merger and are redeemable. The sponsors purchase Class B shares that do not have voting privileges and are not redeemable but will convert into Class A shares, which will be subject to lockup restrictions, when a merger is completed. The sponsors typically pay a tenth of a cent for each Class B share or a similar nominal amount.*».

⁷¹ M. FUMAGALLI, *op. cit.*, p. 745.

⁷² Secondo S. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 38, «Oltre che alle IPO, le SPAC possono però essere funzionalmente equiparate anche al *private equity* e forse anche al *venture capital*». U. RODRIGUES, M. STEGEMOLLER, *op. cit.*, p. 874, si spingono a dire che «*To retail investors [SPACs] provide a sort of poor man's private equity fund.*».

Investimento Alternativo (FIA): entrambi raccolgono capitali presso il pubblico e hanno una politica di investimento, corrispondente alla ricerca, ai fini dell'acquisizione, di società non quotate con alto potenziale di crescita. Allo stesso tempo i promotori della SPAC si presentano agli investitori con la specifica professionalità che è tipica dei gestori di un fondo di *private equity*, ossia le capacità di individuare società profittevoli e apportare a queste le proprie *entrepreneurial skills*⁷³.

Vi sono, tuttavia, anche alcune differenze, tra le quali la più importante, come è stato osservato dalla dottrina, riguarda proprio l'assenza di un fenomeno gestorio⁷⁴; è stato notato, infatti, che: «una società-veicolo costituita per un investimento mirato non ha, per definizione, come oggetto quello della “gestione” del capitale raccolto: il potere decisionale circa l'effettuazione dell'investimento non è mai rimesso nelle mani dei promotori dell'iniziativa, ma rimane saldamente nelle mani degli investitori»⁷⁵. Questa sembra essere, effettivamente, l'argomentazione più convincente a favore dell'esclusione delle SPAC dall'ambito della Gestione collettiva del risparmio, poiché non vi sarebbe alcuna gestione da parte dei promotori/amministratori, essendo rimessa al singolo socio la valutazione di partecipare o meno all'investimento proposto e non essendoci, quindi, l'autonomia dei gestori nei confronti dei clienti tipica della gestione collettiva⁷⁶. Altro elemento che rafforza questa conclusione corrisponde al dato che non vi sarebbe il rischio di una cattiva “gestione del risparmio”, ma il “normale” rischio di impresa legato all'andamento della singola società di cui entrano a far parte i soci della SPAC⁷⁷, e che non essendo prospettato agli azionisti un rendimento che discenda dalla gestione del patrimonio sociale attraverso l'investimento ed il disinvestimento

⁷³ Sul punto e per un'analisi completa delle innovazioni apportate dalla direttiva GEFIA al mondo della Gestione collettiva del risparmio, E. BARCELLONA, *La «gestione collettiva del risparmio» a seguito della direttiva GEFIA. Investment companies, family offices, club deals, spac, holding companies*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 2018, pp. 92 ss.

⁷⁴ E. BARCELLONA, *ivi*, pp. 95 ss.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Sul punto anche G. SANDRELLI, *Raccolta di capitali e attività di investimento. Note sulla nozione di organismo di investimento collettivo del risparmio a seguito dell'attuazione della direttiva sui fondi alternativi*, in *Riv. soc.*, 2/3, 2015, pp. 446 ss.

⁷⁷ E. BARCELLONA, *op. cit.*, pp. 95 ss.

dello stesso, manca la dimensione stessa della gestione dei rischi al punto di doversi escludere in partenza ogni politica di diversificazione del rischio⁷⁸; in ultimo anche l'assenza di una politica di diversificazione degli investimenti corrisponde a ciò che si diceva a proposito del rischio di impresa, piuttosto che a quello di gestione.

Da quanto affermato, non si ravvisano le esigenze di tutela che giustificano l'ammissione delle SPAC all'ambito dell'attività di gestione del risparmio sottoposta a riserva di attività. Eppure, è bene rammentare come tutta la struttura della SPAC, ad eccezione di alcuni elementi, si regga su vincoli di fonte contrattuale e non legale, come, ad esempio, il conferimento dei capitali raccolti su un conto vincolato e le politiche di gestione dei conflitti di interesse, che invece ricevono apposita disciplina per gli OICR da parte del TUF e dei Regolamenti della CONSOB. Secondo alcuni autori, infine, non vi sarebbe nemmeno un'esigenza di tutela di tipo "sistemico", la "salvaguardia della stabilità del sistema finanziario", che sarebbe alla base, invece, delle recenti riforme normative di questo settore, poiché, ad esempio, la SPAC non opera investimenti tramite la c.d. leva finanziaria e opera per detenere partecipazioni societarie con obiettivi temporali di lungo termine.

Allo stesso tempo, tuttavia, questa esclusione comporta anche la non applicazione della recente e importante produzione normativa europea sul tema degli investimenti sostenibili, primo fra tutti il Regolamento (UE) 2019/2088, c.d. *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (SFDR); dalla definizione di "partecipante ai mercati finanziari" data dallo stesso regolamento all'art. 2, non si evince una fattispecie in cui possa rientrare la SPAC. Si deve ammettere, però, che il numero sinora esiguo di tali società in Europa e nel nostro Paese, non faccia temere una distorsione o un mancato coinvolgimento di una parte dell'economia alla c.d. transizione ecologica, sebbene nulla impedisca, allo stato attuale, di inserire anche le SPAC tra i soggetti destinatari del Regolamento, affinché dirigano la loro attenzione verso società promettenti e profittevoli, ma anche sostenibili.

Prescindendo da considerazioni di questo tipo, l'esclusione delle SPAC è dettata soprattutto da un dato normativo, per come interpretato finora da autorevoli operatori, come, ad esempio, Banca d'Italia:

⁷⁸ F. GARRAMONE, *op. cit.*, pp. 157 ss.

si tratta, infatti, dell'art. 32 *quater*, co. 2, lett. d), TUF, che recepisce l'art. 2, co. 3, lett. a) della direttiva 2011/61/UE, c.d. Direttiva GE-FIA. Tale art. 2 esclude dall'ambito di applicazione della direttiva la c.d. "Società di partecipazione finanziaria", definita all'art. 4, co. 1, lett. o) della stessa direttiva come: «la società con una partecipazione azionaria in una o più altre società, il cui obiettivo commerciale è realizzare una strategia o delle strategie imprenditoriali attraverso le sue imprese figlie, società associate o partecipate per contribuire al loro valore a lungo termine e che sia una società:

i) che opera per proprio conto e le cui azioni sono ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato dell'Unione; ovvero

ii) che non sia costituita con lo scopo principale di generare utili per i propri investitori mediante disinvestimenti delle imprese figlie o società associate, come comprovato dalla sua relazione annuale o da altri documenti ufficiali». La stessa definizione è riportata dall'art. 32 *quater*, lett. d), del TUF, che conferma l'esclusione di questo tipo di società dalla riserva di attività per la gestione collettiva del risparmio.

Come si diceva, due autorevoli operatori, hanno interpretato questa norma, confermando l'inclusione delle SPAC nel novero delle società di partecipazione finanziaria: Banca d'Italia e Borsa Italiana S.p.A. La prima, nel corso della consultazione che ha portato all'approvazione del Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio⁷⁹, ha dichiarato che non è "FIA" la SPAC che rientri nell'essenzione prevista per le "società di partecipazione finanziaria". Borsa Italiana, invece, nell'ambito della «guida nel processo di autovalutazione che una società è tenuta ad intraprendere al fine di valutare se l'attività da essa svolta debba essere ricondotta nell'ambito di applicazione della riserva di legge in tema di gestione collettiva del risparmio, a seguito del recepimento in Italia della Direttiva 2011/61/UE»⁸⁰, conferma che le SPAC sono escluse dall'ambito della riserva, richiamando il Resoconto della consultazione di Banca d'Italia di cui si è detto.

⁷⁹ Banca d'Italia, *Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio. Resoconto della consultazione*, 2015, p. 6, consultabile su www.bancaditalia.it

⁸⁰ Borsa Italiana S.p.A., *Questionario di autovalutazione dei fondi alternativi*, in Avviso n. 3584 del 12 marzo 2015.

5. Recenti profili regolatori.

A seguito della crescita esponenziale del numero di SPAC quotate nel 2021, questi veicoli societari hanno destato l'attenzione delle principali autorità di vigilanza dei mercati internazionali. Saranno osservati innanzitutto i comunicati dell'ESMA e della SEC, per poi analizzare alcune attività di regolazione nei mercati asiatici.

Il 15 luglio 2021 l'ESMA ha pubblicato un *public statement*⁸¹ a proposito delle società oggetto di questo contributo. Lo scopo di tale intervento dell'autorità di vigilanza europea attiene al suo ruolo di coordinamento delle attività delle autorità nazionali di vigilanza sui mercati finanziari, alle quali è specificamente destinata tale comunicazione. Più in particolare, l'*Authority* si sofferma sugli aspetti relativi alla pubblicazione del prospetto informativo e la protezione degli investitori, affinché le azioni adottate dalle autorità nazionali siano in piena conformità al Regolamento (UE) 2017/1129 (Regolamento Prospetto). A tal proposito, nel momento in cui devono autorizzare un Prospetto informativo di una SPAC, l'ESMA sottolinea come l'autorità nazionale debba verificare che siano esposti in modo chiaro i profili più critici relativi a: la complessità degli strumenti finanziari, che comprendono sia azioni sia warrant, il potenziale effetto diluitivo degli aumenti di capitale e dei warrant, le strategie di investimento adottate, gli aspetti finanziari relativi all'*escrow account*, la professionalità degli amministratori e gli eventuali conflitti di interessi di questi, altri aspetti ulteriori. Infine, rivolgendosi in questo caso non solo alle autorità nazionali, bensì a tutti gli intermediari sottoposti alle direttive MIFID, l'ESMA ricorda l'importanza della classificazione degli strumenti finanziari sulla base della loro adeguatezza o meno rispetto a determinate categorie di investitori, evidenziando come, ai fini della c.d. *product governance*, le azioni di una SPAC potrebbero ritenersi non appropriate a tutti gli investitori, per la complessità delle stesse e i rischi segnalati in precedenza.

Più recente è, invece, l'intervento della *Securities and Exchange Commission*, nel paese dove si è sviluppata la gran parte delle SPAC.

⁸¹ ESMA, public statement, 15 July 2021, ESMA32-384-5209

In particolare, il 30 marzo 2022 la SEC ha emesso un comunicato⁸² con il quale informa il mercato dell'intenzione di regolare queste società con una serie di norme, proposte nell'ambito del procedimento di consultazione pubblica. I principali aspetti oggetto dell'attività normativa della Commissione riguardano: maggiore *disclosure*, ossia la divulgazione di informazioni importanti al mercato, pilastro della politica normativa americana rispetto ai mercati finanziari, in particolare riguardo alle competenze e ai compensi degli amministratori, a eventuali conflitti di interesse, alle fonti da cui possono derivare effetti diluitivi per i soci e alla *business combination*; viene prevista e disciplinata una maggiore responsabilità dei diversi intermediari coinvolti nelle operazioni; sono previsti, infine, altri interventi che mirano a introdurre rispetto alle SPAC le regole già previste per le tradizionali IPO.

Volgendo lo sguardo al mercato dei capitali asiatici, è interessante osservare brevemente l'approccio regolatorio di due importanti sedi finanziarie di questo continente, Singapore e Hong Kong. A tal proposito sono state osservate notevoli differenze rispetto alla regolazione delle SPAC da parte delle autorità di vigilanza dei due Paesi⁸³. Se, infatti, la borsa di Singapore sembra orientata per un'adesione agli standard adottati dall'autorità nordamericana, quella di Hong Kong va nella direzione di imporre limiti più stretti a questi veicoli societari, preferendo quindi una normativa più garantista verso gli investitori, ma cercando comunque di rimanere una piazza attrattiva per queste attività finanziarie; è un interessante caso di concorrenza fra ordinamenti, data la semplicità con cui una società può alternativamente scegliere di accedere ai diversi e distanti solo geograficamente mercati finanziari internazionali.

Rispetto alla necessità di regolazione del fenomeno SPAC, la Borsa di Hong Kong nell'ambito del procedimento di consultazione in vista della regolazione⁸⁴, a causa soprattutto della diversa

⁸² SEC Proposes Rules to Enhance Disclosure and Investor Protection Relating to Special Purpose Acquisition Companies, Shell Companies, and Projections, disponibile presso <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-56>

⁸³ Sul punto U. VAROTTIL, *op. cit.*, pp. 10 ss.

⁸⁴ Hong Kong Exchanges and Clearing Limited (HKEX), *Consultation Paper* (n. 18), 17 settembre 2021, disponibile al seguente link <https://www.hkex.com.hk/-/media/HKEX-Market/News/Market-Consultations/2016-Present/September-2021-Special-Purpose-Acquisition-Co/Consultation-Paper/cp202109.pdf>

composizione degli investitori nei due mercati, rinvenendo una maggiore presenza di investitori *retail* in quello asiatico rispetto a quello americano⁸⁵, ha dichiarato che: «*proposals would result in a SPAC listing regime that is more stringent than that of the US*».

Il primo aspetto in cui è possibile cogliere questa minore rigidità del mercato di Singapore rispetto a quello di Hong Kong, attiene alla tipologia di investitori che sono ammessi alla negoziazione delle azioni delle SPAC. La prima, infatti, non prevede restrizioni per gli investitori *retail*, ponendo l'accento sulla necessità che siano gli investitori a valutare attentamente l'adeguatezza o meno dell'operazione considerata⁸⁶. Soluzione opposta, invece, si rinviene nell'altro centro finanziario asiatico: è previsto che sia autorizzato l'accesso alle negoziazioni di quote di SPAC solo agli investitori professionali⁸⁷, in considerazione principalmente del fatto che «*retail investors are unlikely to be aware of the risks associated with them, and would be more susceptible to market rumour and price volatility than Professional Investors*»⁸⁸.

Infine, sono apprezzabili ulteriori divergenze in merito all'approccio regolatorio delle due borse asiatiche, a proposito della professionalità e competenza richiesta per ricoprire la carica di amministratore di una SPAC e rispetto al tema del conflitto di interessi tra sponsor e gli altri soci. Nel primo caso il mercato di Hong Kong dimostra di essere caratterizzato per una maggiore rigidità dell'approccio normativo, poiché impone una serie di vincoli e licenze necessarie per rivestire il ruolo di amministratore⁸⁹; nella seconda ipotesi, invece, è la borsa di Singapore che si distingue per delle previsioni più stringenti, imponendo sia agli amministratori sia ai restanti *promoters* di sottoscrivere un ammontare minimo di azioni della società, con l'evidente proposito di allineare l'interesse di questi a quello degli altri soci.

⁸⁵ *Ivi* p. 2.

⁸⁶ «*The Singapore bourse's preference, instead, is to leave it to individual investors to carry out their own due diligence and determine their suitability for investment. [...] The Singapore regime, therefore, displays a preference towards investor accessibility and the democratization of the capital markets, with additional support through investor education measures*», così U. VAROTTIL, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Hong Kong Exchanges and Clearing Limited (HKEX), *Consultation Conclusions: Special Purpose Acquisition Companies*, dicembre 2021, p. 7.

⁸⁹ Sul punto si rinvia a VAROTTIL, *op. cit.*, pp. 15 ss.

6. Conclusioni.

L'analisi delle *Special Purpose Acquisition Companies* ha portato alla luce un veicolo societario multiforme, che nasce negli Stati Uniti, ma trova un potenziale interessante anche nel nostro Paese, dove diverse società hanno ottenuto la quotazione grazie a questo strumento, che ha contribuito allo sviluppo di una cultura finanziaria differente, specialmente in un tessuto imprenditoriale dove si fa fatica a vedere la quotazione sul mercato come una vera opportunità di crescita e di sviluppo. Questo vale sia per le piccole e medie imprese, che ormai dispongono di numerose alternative all'indebitamento diretto, sia per le grandi imprese, che in Italia sono spesso detenute nelle mani di pochi gruppi a base familiare.

Per entrambe le tipologie, la SPAC può offrire probabilmente un'opportunità in più per espandere i propri obiettivi e acquisire maggiore visibilità in ambito internazionale, grazie al lavoro dei suoi amministratori, che condurranno le trattative con lo scopo di confezionare una *business combination* di successo per entrambe le parti. Si evitano quindi i rischi in cui può generalmente incorrere una società in fase di quotazione, essenzialmente legati alla incerta formulazione del prezzo delle azioni e alle possibili interruzioni del procedimento, con i conseguenti danni di immagine e reputazione. È bene, però, tenere sempre presente l'insieme di limiti e rischi, specialmente per i soci originari della SPAC, che possono sopportare la maggior parte del peso e dei costi dell'operazione, senza però vedere entusiasmanti risultati.

FEDERICO ANANIA*

UN PRIMATO ITALIANO IN EUROPA:
LE SOCIETÀ BENEFIT

In 2016 the Italian Parliament, first among the European States, introduced the Benefit Corporation, inspired by the US legal system. Benefit corporations are for-profit corporations that also pursue defined goals for a positive impact on the community and the environment in which they are integrated, balancing, upon authorization of the State, the interests of shareholders and other stakeholders. Benefit corporations are rapidly spreading and they may represent in the foreseeable future a competitive edge for the recovery of the Italian economy.

SOMMARIO: 1. Lo sviluppo sostenibile. – 2. B-CORP e società benefit. – 3. Le società benefit nell'ordinamento italiano – 3.1. Modifica statutaria e diritto di recesso. – 3.2. Soggetto responsabile e relazione annuale. – 3.3. Responsabilità degli amministratori e tutela dei terzi. – 3.4. Altri rimedi. – 4. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

1. *Lo sviluppo sostenibile.*

Il concetto di sostenibilità è definito dal rapporto Brundtland come «una condizione di uno sviluppo in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri»¹. Nella comunicazione COM (2019) 640 sul *Green Deal* europeo, la Commissione inquadra l'impegno ad affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente come «il compito che definisce la nostra generazione».

È evidente come il successo di questo “compito” sia strettamente legato alla promozione della cosiddetta responsabilità sociale di

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Maura Garcea, docente di Diritto dei Mercati e degli Intermediari Finanziari presso Sapienza Università di Roma.

¹ Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, 1987.

impresa, descritta come «l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate»².

Tale visione dell'attività di impresa, che si rinviene nel nostro ordinamento all'art. 41 della Costituzione, si afferma definitivamente negli anni '80 per merito dell'elaborazione della *stakeholder theory*, secondo cui «gli *stakeholder* primari, ovvero gli *stakeholder* in senso stretto, sono tutti quegli individui e gruppi ben identificabili da cui l'impresa dipende per la sua sopravvivenza: azionisti, dipendenti, clienti, fornitori e agenzie governative chiave. In senso più ampio, tuttavia, *stakeholder* è ogni individuo ben identificabile che può influenzare o essere influenzato dall'attività dell'organizzazione in termini di prodotti, politiche e processi lavorativi. In questo più ampio significato, gruppi di interesse pubblico, movimenti di protesta, comunità locali, enti di governo, associazioni imprenditoriali, concorrenti, sindacati e la stampa, sono tutti da considerare *stakeholder*»³.

Invero, è soprattutto nell'ultimo decennio che si sono sviluppate iniziative istituzionali, in particolare nel quadro del diritto internazionale, volte alla promozione dello sviluppo sostenibile. Nel 2015 l'ONU approva l'Agenda 2030⁴ «per costruire un mondo diverso e dare a tutti la possibilità di vivere in un mondo sostenibile dal punto di vista ambientale, sociale, economico». Nello stesso anno è siglato l'accordo sul clima di Parigi⁵, uno strumento giuridicamente vincolante che comprende elementi per una riduzione progressiva delle emissioni globali. Più di recente, la pandemia di COVID-19 ha comportato un passo indietro rispetto ad alcuni progressi verso il conseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile. In questo contesto, il Consiglio europeo ha ribadito un forte impegno dell'UE per «accelerare un'azione congiunta innovativa e decisa nell'allineare gli

² COM(2001)366 - Green paper - Promoting a European framework for corporate social responsibility.

³ R. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman Series in Business and Public Policy, 1984.

⁴ *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015.

⁵ V. <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>: «The Paris Agreement is a legally binding international treaty on climate change. It was adopted by 196 Parties at COP 21 in Paris, on 12 December 2015 and entered into force on 4 November 2016».

investimenti verso il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030, intraprendendo riforme strutturali urgenti e costruendo in modo migliore e più verde, affrontare efficacemente le cause profonde delle malattie zoonotiche, nonché altri shock e crisi future»⁶.

Effettivamente, l'attivismo legislativo delle istituzioni europee in materia dimostra come il tema della sostenibilità sia indubbiamente tra le priorità di azione dell'Unione Europea. Nel 2014 è stata, infatti, emanata la Direttiva NFRD⁷, recepita in Italia dal d.lgs. 245/2016, che ha introdotto il requisito per alcune società di grandi dimensioni di includere, nella relazione sulla gestione, una dichiarazione di carattere non finanziario, in particolare con riferimento all'impatto ambientale, alle problematiche di tipo sociale e riguardanti i dipendenti, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro corruzione e riciclaggio⁸. Ancora, nel 2020, con il Regolamento tassonomia⁹, è stato presentato un sistema armonizzato di classificazione delle attività economiche sostenibili, stabilendo la condizione che l'attività economica fornisca

⁶ Council conclusions (22 June 2021) - A comprehensive approach to accelerate the implementation of the UN 2030 Agenda for sustainable development.

⁷ Direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni.

⁸ Gli «enti di interesse pubblico», tra cui, in particolare, le società italiane emittenti valori mobiliari ammessi alla negoziazione su mercati regolamentati italiani, con un numero di dipendenti superiore a 500 e con ricavi delle vendite superiori a 40 milioni di euro, redigono una «dichiarazione individuale di carattere non finanziario» (art. 1). Tale documento «copre i temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione» ed è fatta «esplicita menzione dello standard di rendicontazione adottato» (art. 3). Le modalità attraverso cui le società italiane hanno attuato la normativa sono esaminate nel Rapporto 2020 sull'informativa non finanziaria delle società quotate italiane, pubblicato da Consob «al fine di cogliere i segnali di una progressiva trasformazione culturale innescata dalla considerazione della sostenibilità nel processo decisionale aziendale». Tra «i comportamenti che possono segnalare progressi nel processo di trasformazione culturale legato alla considerazione dei fattori ESG», il rapporto evidenzia «dati in netta crescita» sull'integrazione nella politica in materia di retribuzione dei vertici societari, e un «importante sviluppo» nei programmi di formazione per il personale, https://www.consob.it/web/area-pubblica/abs-rdnf/-/asset_publisher/oO8r5ZLR1eyw/content/report-dnf-2020/11973.

⁹ Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

un contributo sostanziale ad almeno uno degli obiettivi ambientali identificati, senza arrecare danni significativi a nessuno degli altri. Nel 2018, inoltre, è stato pubblicato il piano d'azione per la finanza sostenibile¹⁰, in cui è delineata la strategia per la realizzazione di un sistema finanziario capace di promuovere uno sviluppo sostenibile. Nelle evoluzioni più recenti, parlare di finanza sostenibile significa proporre «un modello in cui i fattori ESG¹¹ non sono più vincoli alla massimizzazione degli obiettivi bensì essi stessi parte degli obiettivi»¹².

La convergenza sul tema della sostenibilità spiega anche i primi, più o meno recenti, interventi di diritto positivo negli ordinamenti nazionali, in particolare nelle esperienze di *common law*. Negli Stati Uniti, già negli anni '80, sono stati introdotti i *constituency statutes*,¹³ in forza dei quali è consentito agli amministratori di una società di tenere in considerazione gli interessi degli *stakeholder* «in senso più ampio»¹⁴. Analoga è la finalità dell'intervento con il quale il legislatore britannico nel *Companies Act* del 2006¹⁵ ha attribuito rilevanza nelle scelte di governo societario a interessi ulteriori a quello dei soci, tra cui la ponderazione dell'impatto sulla comunità e sull'ambiente delle scelte degli amministratori.

2. B-CORP e società benefit.

Il movimento delle *B-CORP* nasce dall'«idea che un diverso tipo di economia non solo fosse possibile, ma necessario - e che le imprese potessero aprire la strada verso un nuovo modello guidato dagli

¹⁰ Bruxelles, 8.3.2018 COM(2018) 97. Comunicazione della commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni.

¹¹ «I criteri ESG sono la rappresentazione di una serie di criteri per la misurazione e il monitoraggio delle performance delle imprese relativamente al loro impatto ambientale, sociale e alla Governance che ispira le loro attività» M. BELLINI, *ESG: tutto quello che c'è da sapere per orientarsi su Environmental, Social, Governance*, esg360.it, 30 Gen. 2021.

¹² Quaderno Consob, *Quaderno di finanza sostenibile n. 1*, giugno 2021.

¹³ A titolo esemplificativo, vedi: Maryland Code Corporations and Associations, §2-104(b)((9)).

¹⁴ R. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, cit.

¹⁵ Companies Act 2006 c. 46.

stakeholder»¹⁶. Il risultato è un processo di formazione di “*new hybrid forms of business organization*”, caratterizzate dal perseguimento, accanto allo scopo di lucro, di obiettivi sociali¹⁷.

Nel 2006 è stato fondato negli Stati Uniti *B-LAB*, un ente di certificazione privato no profit: la certificazione si ottiene al raggiungimento di un punteggio minimo su un questionario di analisi delle proprie performance (il *Benefit Impact Assessment*¹⁸), e verifica che l'azienda soddisfi alti standard di impatto sociale e ambientale, ma non ha valore legale.

Il Maryland, nel 2010, è il primo Stato a riconoscere forma giuridica alle *B-CORP*¹⁹, oggi ammesse in 35 Stati degli USA. Sebbene sia possibile il cumulo delle due qualifiche, il possesso dell'una è indipendente dall'accesso all'altra.

In Italia le società Benefit sono state introdotte dalla legge di stabilità del 2016 (L. 28 dicembre 2015 n. 208, co. 376-384).

Il legislatore italiano si è riferito al modello delle *B-CORP*, come si evince dalla Relazione illustrativa al disegno di legge: «Le società con scopo di beneficio comune hanno iniziato a diffondersi negli Stati Uniti d'America a partire dalla seconda metà dello scorso decennio e attualmente, anche a seguito del riconoscimento del loro stato giuridico, sono in forte crescita numerica. In diversi Stati federali dell'Unione sono state approvate leggi che sostengono e favoriscono la nascita e lo sviluppo di tali società, meglio conosciute come Benefit Corporation». [...] In Europa, sulla scia di quanto avviene negli USA, le prime Benefit Corporation iniziano ad affermarsi sul mercato, anche se il loro numero è ancora molto limitato. In nessuno Stato dell'Unione europea, tuttavia, sono state approvate leggi o è stata avviata la discussione di provvedimenti sul tema. La presente proposta, pertanto, potrebbe rappresentare il primo provvedimento

¹⁶ <https://b-lab-global-staging.bcorporation.net/it-it/movement/about-b-lab>

¹⁷ Così R. ROBSON, *A New Look at Benefit Corporations: Game Theory and Game Changer*, in 52 *American Business Law Journal*, 501 (2015), cit. in S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova 'qualifica' tra profit e non-profit*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 5, 1 settembre 2016, p. 995.

¹⁸ «Sebbene le Benefit corporations non siano tenute ad avvalersi dello standard elaborato da B Lab, è prevedibile che quest'ultimo risulterà in pratica lo standard più utilizzato, stante la sua ampissima diffusione nella prassi». S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova 'qualifica' tra profit e non-profit*, cit., p. 995.

¹⁹ Md. Code, Corporations and Associations Title 5, Subtitle 6C.

nell'ambito dell'Unione europea a disciplinare tale tipologia di società e fare dell'Italia il Paese capofila nella diffusione di società con scopo di beneficio comune»²⁰.

3. Le Società Benefit nell'ordinamento italiano.

3.1. Modifica statutaria e diritto di recesso.

La società benefit non è un nuovo tipo sociale, ma una qualifica, il cui riconoscimento è subordinato a un duplice requisito (L. 28 dicembre 2015 n. 208, co. 376): l'indicazione specifica delle finalità di beneficio comune e l'osservanza dei criteri di responsabilità, sostenibilità e trasparenza.

La qualifica di società benefit riguarda tutti i tipi societari del codice civile di cui al libro V, titoli V e VI, «*nel rispetto della relativa disciplina*» (co. 376). In termini generali, la disciplina delle società benefit «potrebbe consentire di eliminare ogni dubbio sull'ammissibilità di società con un oggetto sociale plurimo»²¹. Sotto altro profilo, la stessa disciplina «potrebbe essere in grado di ulteriormente convalidare» una prospettiva contrattualista nella definizione dell'interesse sociale, «che riconosce nel contratto, quello concreto della singola vicenda, non il tipo delineato dal legislatore, e riconosce quindi ai soci il potere di definire lo scopo»²². In effetti, la decisione di perseguire uno scopo ulteriore, oltre a quello della divisione degli utili, è un potere contrattuale che i soci esercitano mediante l'indicazione, nell'oggetto sociale, delle specifiche finalità di beneficio comune.

Le finalità di beneficio comune sono perseguite «mediante una gestione volta al bilanciamento con l'interesse dei soci e di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto» (co. 380). È questa modalità di azione, imposta agli amministratori, che differenzia la società benefit dalla società non benefit che decida di inserire nella clausola

²⁰ D.d.l. n.1882 comunicato alla Presidenza del Senato del 17 aprile 2015, Disposizioni per la diffusione di società che perseguono il duplice scopo di lucro e di beneficio comune.

²¹ S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova 'qualifica' tra profit e non-profit*, cit., p. 995.

²² C. ANGELICI, *Le società benefit*, in ODC, 2017, p. 4.

statutaria il perseguimento di una finalità altruistica, generalmente prevedendo una limitazione dell'oggetto sociale²³.

Diversamente, dal tenore letterale della legge (co. 379), sembrerebbe esclusa la possibilità di perseguire finalità di beneficio comune in difetto di una specifica modifica statutaria, una problematica di specificazione dell'oggetto sociale già affrontato, come visto, nelle esperienze di *common law*. L'obbligatorietà della modifica statutaria solleva l'interrogativo del riconoscimento del diritto di recesso dei soci, un potenziale disincentivo al passaggio a società benefit per il possibile effetto di destabilizzazione patrimoniale dovuto, appunto, al recesso dei soci. Sul punto la dottrina tendenzialmente sembra escludere che l'introduzione della clausola benefit integri un cambiamento significativo dell'attività svolta (art. 2437 cod. civ.), qualificandola come una mera integrazione dell'oggetto sociale tutte le volte in cui il perseguimento delle finalità altruistiche sia un'estensione dell'attività economica già svolta dalla società, come nel caso di specificazione delle modalità di svolgimento dell'oggetto sociale. Per contro, il diritto di recesso dovrà essere riconosciuto al socio quando l'assunzione dell'impegno al perseguimento dell'attività di beneficio comune comporti un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento. La soluzione della questione si risolve, dunque, in una valutazione sul tenore in concreto della modificazione statutaria²⁴.

3.2. Soggetto responsabile e relazione annuale.

La legge n. 208/2015 prescrive l'individuazione di un soggetto responsabile del perseguimento delle finalità di beneficio comune, e sanziona l'inosservanza di tale obbligo con l'applicazione delle norme del codice civile in tema di responsabilità degli amministratori (co. 380 e 381). «Scopo di tale obbligo non è quello di istituzionalizzare una nuova figura di controllo»²⁵; è infatti rimessa alla discrezionalità dell'organo amministrativo della società sia la scelta di esternalizzare tale figura ovvero di attribuire una delega specifica a uno degli amministratori, sia in ordine al ruolo svolto. Il soggetto responsabile potrà

²³ M. S. RICHTER JR, *Società benefit e società non benefit*, in AA.VV., *Dalla benefit corporation alla società benefit*, Cacucci Editore, 2018, par. 3.

²⁴ M. S. RICHTER JR v, *Società benefit e società non benefit*, par. 4.

²⁵ Assonime, circolare *La disciplina delle società benefit*, n. 19 del 20 Giugno 2016.

esercitare specifici poteri nel perseguimento delle finalità di beneficio comune o coadiuvare gli amministratori nel raggiungimento degli obiettivi sociali. In ogni caso, la nomina del soggetto responsabile non riduce le competenze degli altri amministratori e non li esonera da responsabilità nel caso in cui non siano perseguite le finalità di beneficio sociale, per opera del principio dell'agire informato²⁶. In particolare, gli amministratori sono gravati dell'obbligo di redigere una relazione annuale concernente il perseguimento del beneficio comune, da allegare al bilancio societario (co. 382). Tale relazione deve contenere le azioni attuate dagli amministratori per il perseguimento delle finalità di beneficio comune, la descrizione dei nuovi obiettivi che la società intende perseguire nell'esercizio successivo e la valutazione dell'impatto generato (co. 382). Per *relazione di impatto* si intende una valutazione qualitativa e quantitativa del valore generato dalla società nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse. La pubblicazione sul sito internet della società è un obbligo di trasparenza rafforzato che permette agli investitori istituzionali di tenere in considerazione la *performance* della società al fine di orientare le proprie scelte di investimento.

3.3. Responsabilità degli amministratori e tutela dei terzi.

Ai sensi del co. 380 L. n. 208/2015, come detto, la società benefit «è amministrata in modo da bilanciare l'interesse dei soci con il perseguimento delle finalità di beneficio comune». Il dovere di bilanciamento implica, per definizione, che occorre attribuire qualche peso ad ogni interesse²⁷ e, di conseguenza, estende potenzialmente

²⁶ Cassazione Civile, I sezione, 31 agosto 2016, n. 17: «Gli amministratori privi di deleghe (c.d. non operativi) non sono più sottoposti ad un generale obbligo di vigilanza, tale da trasmodare di fatto in una responsabilità oggettiva, per le condotte dannose degli altri amministratori, ma rispondono solo quando non abbiano impedito fatti pregiudizievoli di quest'ultimi in virtù della conoscenza – o della possibilità di conoscenza, per il loro dovere di agire informati ex art. 2381 c.c. – di elementi tali da sollecitare il loro intervento alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze».

²⁷ «Il dovere di bilanciare implica che occorre attribuire qualche peso ad ogni interesse e come lo stesso sia più incisivo del dovere di considerare perché nel primo ogni interesse deve ricevere una certa attenzione, mentre nel secondo basta considerare ogni interesse, ma poi si può anche scartarlo»: R. THORELLI, *Providing*

l'operatività della c.d. *business judgement rule*²⁸, dato che «gli amministratori possono sempre sostenere che una decisione, che preclude il conseguimento di utili a breve termine, sia corretta non solo per il fatto che la stessa può generare dei profitti nel lungo termine, ma, anche, perché la stessa è in grado di favorire la creazione di benefici pubblici»²⁹. Per questo motivo, la *business judgement rule* è integrata con la cosiddetta '*benefit judgement rule*'³⁰, per cui agli amministratori è imposta una procedimentalizzazione più articolata del processo decisionale. Negli Stati Uniti è la legge ad individuare i criteri a cui gli amministratori sono tenuti ad attenersi nel bilanciamento. Esempificativo è il caso del Minnesota: «in discharging the duties of the position of director of a general benefit corporation, a director may not give regular, presumptive, or permanent priority to the pecuniary interests of the shareholders; or any other interest or consideration unless the articles identify the interest or consideration as having priority»³¹. Nel nostro ordinamento la sintesi tra interessi disomogenei si rinviene, è stato da taluni affermato, nei fenomeni di gruppo³². L'art. 2497 cod. civ. risolve tale occorrenza nel senso di ritenere applicabile agli amministratori, della società che esercita direzione e coordinamento, i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, ovvero di motivare le decisioni assunte. Tale riferimento può orientare, secondo un'opinione, l'operato degli amministratori delle società benefit, che «dovranno impiegare il massimo grado di diligenza e perizia richiesta dalla natura dell'incarico anche nella cura di interessi diversi da quelli riferibili alla società e ai suoi soci, valutando l'impatto che le

Clarity for Standard of Conduct for Directors within Benefit Corporations: Requiring Priority of a Specific Public Benefit, in *Minn. Law Rev.*, 2017, cit. in A. DACCÒ, *Le società benefit tra interesse dei soci e interesse dei terzi: il ruolo degli amministratori e i profili di responsabilità in Italia e negli Stati Uniti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2021, pag. 40.

²⁸ Come noto, la *business judgement rule* riserva il merito delle scelte gestorie agli amministratori in tutti i casi di *reasonable decision making process* ed esclude quindi tale ambito dal sindacato dell'autorità giudiziaria.

²⁹ M.A. HACKER, *Profit, People, Planet" Perverted: Holding Benefit Corporations Accountable to Intended Beneficiaries*, in *B.C.L. Rev.*, 2016, cit. in A. DACCÒ, *Le società benefit tra interesse dei soci e interesse dei terzi: il ruolo degli amministratori e i profili di responsabilità in Italia e negli Stati Uniti*, pag. 40.

³⁰ M.S. RICHTER JR., *Società benefit e società non benefit*, cit., p. 7.

³¹ Minn. Stat., Chapter 304A.201.

³² Assonime, circolare n. 19 del 20 Giugno 2016, cit.

decisioni gestionali generano sulle finalità ulteriori indicate nello statuto»³³. In tema di responsabilità degli amministratori si applica quanto disposto dal codice civile (co. 381). Il legislatore, rinviando all'art. 2395 cod. civ., ammette l'azione di responsabilità dei terzi sul presupposto di un mancato ottenimento del beneficio espressamente enunciato o di un'inadeguata informazione³⁴. La giurisprudenza della Corte di Cassazione³⁵ riconduce l'azione di responsabilità all'illecito extracontrattuale di cui all'art. 2043 cod. civ.: legittimato è potenzialmente chiunque dimostri di aver subito un danno ingiusto, che la condotta sia stata dolosa o colposa, e il nesso causale.

3.4. Altri rimedi.

La società benefit è soggetta alle disposizioni in materia di pubblicità ingannevole (d.lgs. n. 145/2007) e pratiche commerciali scorrette (d.lgs. n. 6/2005). Il co. 381 è volto a garantire la veridicità e la completezza delle informazioni rivolte al mercato, assicurando che il comportamento economico dei consumatori non sia falsato perché tratti in inganno, e impedendo di ottenere indebiti vantaggi competitivi nei confronti dei concorrenti. Nell'esercizio dei poteri di controllo l'AGCM può avviare d'ufficio il procedimento, avvalersi di poteri ispettivi (accesso a documenti, richiesta di informazioni, ispezioni), ordinare inibitorie e comminare sanzioni pecuniarie, oltre alla pubblicazione di dichiarazioni rettificative. In parallelo, resta sempre possibile per i concorrenti ricorrere all'autorità giudiziaria facendo valere in giudizio le norme sulla concorrenza sleale di cui all'art. 2598 cod. civ.

³³ Assonime, circolare n. 19 del 20 Giugno 2016, cit.

³⁴ A. DACCÒ, *le società benefit tra interesse dei soci e interesse dei terzi: il ruolo degli amministratori e i profili di responsabilità in Italia e negli Stati Uniti*, cit., pag. 40.

³⁵ Cass. Civ., Sez. VI, 12 giugno 2019, n. 15822: «l'inadempimento contrattuale di una società di capitali non può, di per sé, implicare responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente, secondo la previsione dell'art. 2395 c.c., atteso che tale responsabilità, di natura extracontrattuale, postula atti illeciti direttamente imputabili a comportamento colposo o doloso degli amministratori medesimi, come si evince, fra l'altro, dall'utilizzazione dell'avverbio 'direttamente', la quale esclude che detto inadempimento e la pessima amministrazione del patrimonio sociale siano sufficienti a dare ingresso all'azione di responsabilità».

4. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Come visto, la società benefit sopporta costi organizzativi ulteriori rispetto al modello ordinario, dovuti alla nomina del soggetto responsabile e della redazione della relazione annuale. Un ulteriore disincentivo è rappresentato dalla legittimazione dei terzi all'azione di responsabilità sociale che «potrebbe determinare difficoltà a trovare amministratori e a stipulare polizze assicurative»³⁶.

D'altra parte, l'introduzione accanto alla denominazione sociale delle parole "società benefit" consente alla società di orientare in senso a sé favorevole le scelte di consumatori, lavoratori e investitori più sensibili alle esigenze sociali e ambientali. Sebbene l'ordine di vantaggi resti essenzialmente di tipo reputazionale, il legislatore ha recentemente introdotto un regime di agevolazioni fiscali. Il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, in attuazione dell'art. 38 *ter* del decreto-legge 34/2020 ("c.d. Decreto Rilancio"), ha introdotto un credito d'imposta nella misura del 50% dei costi sostenuti dalle imprese inerenti alla costituzione o trasformazione in società benefit³⁷.

La validità del modello introdotto dal legislatore italiano, in un'ottica di analisi costi e benefici, sembra confermata dai numeri raggiunti dalle società benefit.

Il IX Rapporto sull'impegno sociale delle aziende in Italia registra un trend in costante crescita: su un campione di 400 imprese con più di 80 dipendenti, nel 2002, a dichiarare di perseguire obiettivi di impegno sociale era il 70%, nel 2018 l'85% e, nel 2019 addirittura il 92%.³⁸

In parallelo, appunto, cresce la diffusione delle società benefit: se nel 2016 erano due le imprese a settimana che adottavano questa forma giuridica, l'anno dopo si contavano 200 realtà, sino ad arrivare

³⁶ A. DACCÒ, *Le società benefit tra interesse dei soci e interesse dei terzi: il ruolo degli amministratori e i profili di responsabilità in Italia e negli Stati Uniti*, cit., pag. 40

³⁷ In occasione della firma, il Ministro dello Sviluppo Economico Giancarlo Giorgetti ha dichiarato: «Come dimostra la tradizione dell'imprenditoria italiana, la competitività e la realizzazione di prodotti di qualità nasce da un processo che porta a riscoprire e valorizzare la propria identità legata al territorio. Le società benefit rappresentano quel modello d'impresa che dobbiamo promuovere e sostenere proprio perché integra la ricerca del profitto con una strategia attenta agli aspetti sociali, come il bene comune, l'ambiente e la comunità locale».

³⁸ IX Rapporto sull'impegno sociale delle aziende in Italia, la statistica promossa dall'Osservatorio Socialis, realizzata dall'Istituto Ixè.

a 500 nel 2020, ma il dato più in evidenza è il raddoppio anno su anno, con un numero complessivo attuale di circa 1000 imprese³⁹. Secondo il prof. Raul Caruso, direttore di Assobenefit⁴⁰, il passaggio è stato naturale: «in realtà quelli che sono i valori di una società benefit sono già presenti nel DNA di tanti imprenditori italiani, nel tessuto imprenditoriale delle piccole e medie imprese. Al nord come al sud, nei borghi e nelle cittadine di provincia, nei luoghi dove c'è un'identità, non agglomerati di case e capannoni, l'Italia sta in piedi grazie a queste realtà, in cui l'imprenditore è naturalmente interessato e interconnesso con la comunità»⁴¹. In questo contesto si spiega il successo che le società benefit stanno riscuotendo, tenuto conto che il modello introdotto dal legislatore nel d.lgs. del 2016 è il più innovativo attualmente presente nell'Unione Europea, anticipando quello che «potrebbe diventare il *new normal* societario, in quanto dovrebbe rappresentare il paradigma che naturalmente può meglio adattarsi al concetto di successo societario sostenibile»⁴².

In un prossimo futuro, la possibilità di costituirsi in società benefit potrebbe rivelarsi per le nostre imprese un fattore di competitività sul mercato europeo.⁴³

Per intanto, le società benefit possono giocare un ruolo strategico nel sostenere il rilancio del nostro paese in occasione dell'attuazione dei fondi europei: «i PNRR sono l'esaltazione delle finalità delle Società Benefit. Le nostre imprese si pongono l'obiettivo di avere benefici sociali ed ambientali per le comunità in cui operano. I PNRR prendono questi stessi elementi per provare a realizzarli ad una scala più ampia: quella degli Stati e dell'Unione Europea»⁴⁴

³⁹ Informazioni tratte dall'intervista all' On. Mauro Del Barba, promotore della legge sulle società benefit in *Imprese, è boom di società benefit nell'anno del Covid-19*, di Vitaliano D'Angerio e Daniela Russo, in *Il Sole 24 Ore*, 29 Giugno 2021.

⁴⁰ «Assobenefit è la prima associazione rappresentativa delle Società Benefit in Italia e affianca tutte le aziende diventate benefit e quelle che si riconoscono in un modello di mercato e di crescita sociale ed economica che pone al centro della propria azione il bene comune», <https://assobenefit.org/associazione>.

⁴¹ Raul Caruso (Assobenefit) *La resilienza è la forza delle società benefit italiane*, di Donatella Cambosu, in *The Good in Town*, 12 Febbraio 2021.

⁴² *Le società benefit: un nuovo paradigma imprenditoriale*, PWC.

⁴³ R. CARUSO, *Società benefit: competitive e responsabili*, *Corriere Buone Notizie*, 7 dicembre 2021.

⁴⁴ Intervista a Mauro Del Barba, *Imprese e PNRR: verso un nuovo modello economico (e sociale)*, di Daniele Germiniani, su *Secondo Welfare*, 1° aprile 2022.

Un caso significativo, se si considera che il settore energetico è uno degli aspetti fondamentali del PNRR, dal momento che almeno il 37% dei fondi deve essere destinato ad azioni per la sostenibilità ambientale, è la “trasformazione”, in senso atecnico, di Eni gas e luce nella società benefit Eni Plenitude⁴⁵. Ad oggi, peraltro, come si legge nel piano d’azione REPowerEU, l’accelerazione sulla costruzione di una sostenibilità energetica europea è resa drasticamente inevitabile dalla nuova realtà geopolitica per affrancare l’Europa dai combustibili fossili russi⁴⁶.

⁴⁵ «Come Società Benefit, adottiamo principi ESG che guidano il nostro impegno ambientale, sociale e di governance con lo scopo di creare valore condiviso nel medio e lungo periodo. I nostri obiettivi per perseguire le finalità di beneficio comune: concorrere a creare e diffondere la cultura dell’uso sostenibile dell’energia, valorizzando il ricorso a fonti di energia rinnovabile ed educando a un consumo energetico consapevole ed efficiente, per contribuire attivamente alla transizione energetica in corso; promuovere, anche in collaborazione con altre entità, lo sviluppo e la commercializzazione di prodotti, servizi e tecnologie in grado di assicurare un utilizzo responsabile dell’energia, migliorando la qualità della vita; salvaguardare, nei rapporti con i propri dipendenti e collaboratori, la diversità e l’integrazione come risorse preziose, nonché creare condizioni favorevoli all’accoglienza e alla flessibilità del lavoro, sostenendo la conciliabilità dei tempi di vita e di lavoro; accompagnare i clienti a fare un uso migliore dell’energia e porli al centro della propria attività, relazionandosi con loro con correttezza e trasparenza, offrendo prodotti e servizi di qualità, in linea con le loro esigenze, al fine di rendere più sostenibile lo stile di vita e le abitudini dell’intera collettività»: *Company profile*, www.eniplenitude.com.

⁴⁶ REPowerEU: Joint European action for more affordable, secure and sustainable energy, Strasbourg, 8 March 2022.

CARLOTTA LOGGETTO*

LE CONSEGUENZE DELLA DICHIARAZIONE DI ILLEGITTIMITÀ DEL TRASFERIMENTO D'AZIENDA: LA QUESTIONE DELLA DOPPIA RETRIBUZIONE.

This paper analyses the non-performance of the employer after the sentence of the judge that orders him to report on duty the worker after an unlawful company transfer. The essay explains the judicial change of the Court of Cassation and the Constitutional Court through these years about the case. Therefore, it will be analysed the nature of the payment which must be paid by the employer in default (first damage, now remuneration) and the specific problem of "double-remuneration". Finally, will be examined the sentences of the tribunals after this variation of jurisprudence and it will be drawn some conclusions.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Il cambio di prospettiva della sentenza n. 303/2011 della Corte costituzionale. – 1.2 Un caso di interposizione di manodopera, la sentenza n. 2990/2018 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. – 1.3. Il sopravvenuto mutamento del diritto vivente. – 1.4. Prime conclusioni giuridiche rispetto a questo *excursus* giurisprudenziale. – 2. Un'analisi della sentenza n. 26262/2021 della Corte di Cassazione – 3. La reazione dei giudici di merito al nuovo orientamento della Suprema Corte. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Definita dalla Corte costituzionale quale «tormentato capitolo»¹, la questione della *mora credendi* nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato è sempre stata oggetto di animoso dibattito da parte della dottrina, della giurisprudenza di merito e di legittimità e, *last but not least*, da parte della Corte costituzionale.

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Ilario Alvino, docente di Diritto del Lavoro avanzato e Diritto dell'Occupazione presso Sapienza Università di Roma.

¹ Corte cost., sentenza n. 29/2019, *Considerato in diritto*, par. 6.3.

La questione ha riguardato un ventaglio di fattispecie piuttosto esteso quali: illegittima cessione del ramo d'azienda *ex* art. 2112 cod. civ.; interposizione illecita di manodopera così come regolata dal d.lgs. n. 276/2003; conversione del contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato, art. 32, l. n. 183/2010.

Il comune denominatore delle diverse fattispecie è la non coercibilità della sentenza che accerta o l'illegittimità della cessione del ramo di azienda per mancanza dei requisiti richiesti dall'art. 2112 ed obbliga il datore di lavoro cedente a riammettere il lavoratore alle proprie dipendenze; o l'illegittimità dell'interposizione di manodopera, dichiarando l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze del committente; o l'illegittima apposizione del termine, convertendo un contratto di lavoro a termine in un contratto avente durata indeterminata.

Ci si soffermerà unicamente sul primo di questi casi, il trasferimento del ramo d'azienda e, soprattutto, sulle conseguenze nascenti per il datore di lavoro che, obbligato a riammettere in servizio il lavoratore a seguito della sentenza che accerti l'illegittimità del trasferimento del ramo d'azienda, non ottemperi all'ordine del giudice, stante l'offerta rituale della prestazione lavorativa da parte del lavoratore nelle forme e nei modi previsti dal Codice civile.

In definitiva, ci si soffermerà sulla posizione del datore di lavoro in *mora*, che manchi di cooperare all'adempimento della prestazione lavorativa, elemento caratterizzante le obbligazioni infungibili, e sulle conseguenze giuridiche di detto comportamento.

In un primo momento e per lungo tempo la Corte di cassazione ha ritenuto che sul datore di lavoro moroso gravasse unicamente una obbligazione risarcitoria e che, di conseguenza, vi si applicassero i principi della *compensatio lucri cum danno* secondo cui il danno che deve essere risarcito al lavoratore è il danno effettivo.

Ciò comportava la coerente detraibilità del c.d. *aliunde perceptum*, cioè il guadagno che in quell'intervallo temporale è derivato al lavoratore da un'altra qualsivoglia attività lucrativa e del c.d. *aliunde percipiendum*, da intendersi con esso il guadagno che al lavoratore sarebbe potuto derivare se, in quell'arco temporale, si fosse utilmente adoperato in un'altra attività lucrativa del quale ovviamente si potrà dare solo una prova sorretta da valutazioni strettamente probabilistiche.

1.1. Il cambio di prospettiva della sentenza n. 303/2011 della Corte costituzionale.

Lo spartiacque fu la sentenza n. 303/2011 della Corte costituzionale la quale, pur analizzando la disciplina della conversione del contratto a termine di cui si è sopra accennato (dunque una fattispecie del tutto diversa rispetto al trasferimento del ramo di azienda di cui ci si occupa in questa sede), ha fatto alcune importanti affermazioni di principio cui si è attribuita «valenza generale»².

L'elemento di innovazione della sentenza n. 303/2011 della Corte costituzionale fu di distinguere la fattispecie della conversione del contratto a termine in due periodi: il c.d. «periodo intermedio»³ che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che, accertata la nullità dell'apposizione del termine, dichiara la conversione del rapporto per il quale vi è un'indennità omnicomprensiva da liquidare tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 retribuzioni; e un periodo successivo «a partire dalla sentenza» nel quale il datore di lavoro è «indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva»⁴.

La Corte costituzionale fa discendere detta conseguenza da alcuni diritti costituzionalmente tutelati, quali il diritto alla tutela giurisdizionale sancito all'art. 24 della Costituzione ed il principio di effettività della stessa sancito all'art. 111 della Costituzione.

Da ultimo la corte afferma che attraverso una interpretazione diversa da quella riassunta brevemente in questa sede «la tutela fondamentale della conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato sarebbe completamente svuotata»⁵.

² Corte cost., sentenza n. 29/2019, *Considerato in diritto*, par. 5.

³ Corte cost., sentenza n. 303/2011, *Considerato in diritto*, par. 3.3.1.

⁴ Corte cost., sentenza n. 303/2011, *Considerato in diritto*, par. 3.3.1.

⁵ Corte cost., sentenza n. 303/2011, *Considerato in diritto*, par. 3.3.1 in questo punto si è sottolineato che «se, infatti, il datore di lavoro, anche dopo l'accertamento giudiziale del rapporto a tempo indeterminato, potesse limitarsi al versamento di una somma compresa tra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione, non subirebbe alcun deterrente idoneo ad indurlo a riprendere il prestatore a lavorare con sé. E lo stesso riconoscimento della durata indeterminata del rapporto da parte del giudice sarebbe posto nel nulla».

1.2. *Un caso di interposizione di manodopera, la sentenza n. 2990/2018 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.*

A questa sentenza ha fatto seguito una importante pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, la sentenza n. 2990/2018 in tema di interposizione di manodopera.

Il caso trae origine da un giudizio di opposizione ad alcuni decreti ingiuntivi che, essendo stata dichiarata l'interposizione fittizia di manodopera in un appalto di servizi con conseguente riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del committente fin dall'origine, condannavano il committente (inottemperante rispetto all'ordine del giudice) a corrispondere le retribuzioni (e non a risarcire un danno) a partire dalla messa in mora.

La Corte d'appello sosteneva, invece, l'orientamento tradizionale secondo cui, in base ad una rigida interpretazione del principio di corrispettività, l'obbligazione retributiva sarebbe sorta solo a seguito della prestazione lavorativa, dal momento che l'erogazione della retribuzione in assenza di prestazione lavorativa è «un'eccezione che deve essere oggetto di un'espressa previsione di legge e di contratto» e che «in difetto di un'espressa previsione in tal senso, la mancanza della prestazione lavorativa esclude il diritto alla retribuzione, ma determina a carico del datore di lavoro, che ne è responsabile, l'obbligo di risarcire i danni, eventualmente commisurati alle mancate retribuzioni»⁶ e tale interpretazione costituiva all'epoca «diritto vivente».

Dunque, ferma della natura risarcitoria, la Corte d'appello ha sostenuto l'applicazione dei principi della *compensatio lucri cum danno*; dunque, avrebbero dovuto essere detratti sia l'*aliunde perceptum* sia l'*aliunde percipiendum*: in particolare, nel caso di specie, ai lavoratori non sarebbe spettato nulla, essendo stati già retribuiti dalla società appaltante nel medesimo arco di tempo intercorrente tra la sentenza dichiarativa ed i decreti ingiuntivi.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto necessario un cambiamento di interpretazione⁷ facendo proprie le argomentazioni della Corte

⁶ Cass., SS.UU., sent. n. 2990/2018, par. 7.

⁷ Cass., SS.UU., sent. n. 2990/2018, par. 10 si ritiene utile riportare il testo per esteso: «Si deve, a questo punto, esaminare se i suddetti principi necessitano di una loro rivisitazione al fine di valutarne la loro attuale applicabilità, alla luce di una

costituzionale contenute nella sentenza n. 303/2011 al fine di operare una «rimeditazione della giurisprudenza tradizionale, in tema di cessione di contratto ed applicata anche all'ipotesi di interposizione fittizia»⁸

Dunque, come aveva fatto la Consulta, anche le Sezioni Unite hanno distinto cronologicamente due periodi: il periodo anteriore alla sentenza dichiarativa ed il periodo successivo ad essa, questi due periodi sono caratterizzati da un diverso regime e una diversa disciplina⁹.

Nel primo periodo le somme dovute al lavoratore hanno natura risarcitoria e ciò ha come necessario corollario l'utilizzo dei principi tipici del risarcimento (*compensatio lucri cum damno*, detraibilità dell'*aliunde*, ecc.); nel secondo periodo avranno, invece, natura retributiva a partire dalla messa in mora.

La *ratio* di questa «soluzione bifasica»¹⁰ ha fondamento nella tutela offerta dalla sentenza e, come anche affermato dalla sentenza n. 303/2011 della Corte costituzionale e già sottolineato in questa sede, nei principi di effettività della tutela giurisdizionale e giusto processo.

Secondo la Corte giungere ad una conclusione diversa rispetto a quella prospettata in questa sede «indurrebbe il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento»¹¹ ed a sottrarsi alla sentenza di condanna la quale non è suscettibile, come già affermato, di esecuzione in forma specifica; in ultima analisi ciò andrebbe a detrimento del «diritto del cittadino al lavoro [ed] arrecando grave nocimento all'effettività della tutela giurisdizionale, che esige l'esatta, per quanto materialmente possibile, corrispondenza tra la perdita conseguita alla lesione del diritto soggettivo ed il rimedio ottenibile in sede giurisdizionale»¹².

necessaria interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, nell'ipotesi considerata del rifiuto del datore di lavoro di ricevere la prestazione offerta dal lavoratore, negando la riammissione in servizio e non ottemperando all'ordine giudiziale che, accertata l'interposizione fittizia della manodopera, ha affermato la sussistenza del rapporto di lavoro con l'interponente fin dall'origine».

⁸ Cass. SS.UU., sent. n. 2990/2018, par. 12.

⁹ Si veda a tal proposito C. CESTER, *Dopo la sentenza su trasferimento d'azienda o appalto illegittimi: risarcimento del danno o retribuzione?*, in *Argomenti Diritto del Lavoro*, 3/2018, par. 2, p. 711.

¹⁰ *Ivi*, par. 5, p. 779.

¹¹ Corte cost., sentenza n. 303/2011, *Ritenuto in fatto*, par. 1.2.

¹² Corte cost., sentenza n. 303/2011, *Ritenuto in fatto*, par. 1.2.

Tornando alla sentenza oggetto del nostro studio, le Sezioni Unite hanno ritenuto che il datore di lavoro che, senza giustificato motivo, non ottemperi all'ordine del giudice «dovrà sopportare il peso economico delle retribuzioni»¹³ e ciò deriva dal fatto che il lavoratore non può subire le conseguenze sfavorevoli derivanti dalla condotta omissiva del datore di lavoro che non ottemperi all'ordine contenuto nella sentenza.

In conclusione, le Sezioni Unite hanno enunciato il principio di diritto che, fatta propria la costruzione bifasica della sentenza n. 303/2011 della Corte costituzionale che distingue concettualmente il periodo antecedente la sentenza da quello successivo ad essa, afferma che a partire dalla sentenza il datore di lavoro (inadempiente rispetto all'ordine del giudice) ha l'obbligo di retribuire il lavoratore a partire dalla messa in mora, anche se nel medesimo arco temporale il lavoratore fosse stato già retribuito dall'appaltatore o da altro datore di lavoro senza che il lavoratore si trovi in una posizione di ingiusto arricchimento in quella che viene comunemente definita dalla dottrina «doppia-retribuzione».¹⁴

1.3. Il sopravvenuto mutamento del diritto vivente.

La questione si è posta anche con riguardo alla sentenza che dichiara l'illegittimità della cessione del ramo d'azienda per mancanza dei requisiti richiesti dall'art. 2112 cod. civ. nei medesimi termini; infatti, l'orientamento giurisprudenziale era mutato solo per quanto riguarda le ipotesi di conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto a tempo indeterminato a causa della illegittima apposizione del termine (si ricordi la pronuncia n. 303/2011 della Corte costituzionale) e per la sentenza che, accertata l'illegittimità dell'interposizione di manodopera, dichiara l'esistenza di un rapporto di lavoro

¹³ Cass., SS.UU., sent. n. 2990/2018, par. 15.

¹⁴ Per una versione estesa del principio di diritto si veda Cass., SS.UU., sent. n. 2990/2018, par. 17 «Sulla base delle considerazioni che precedono deve, pertanto, essere affermato il seguente principio di diritto: in tema di interposizione di manodopera, ove ne venga accertata l'illegittimità e dichiarata l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, l'omesso ripristino del rapporto di lavoro ad opera del committente determina l'obbligo di quest'ultimo di corrispondere le retribuzioni, salvo gli effetti dell'art. 3 bis d.lgs. n. 276/2003, a partire dalla messa in mora».

a tempo indeterminato alle dipendenze del committente fin dall'origine (sentenza n. 2990/2018 delle Sezioni Unite appena analizzata).

Tuttavia, l'orientamento tradizionale, elevato a rango di "diritto vivente", era rimasto fermo riguardo la sentenza che, dichiarata l'invalidità della cessione del ramo di azienda, abbia ordinato al datore di lavoro cedente la riammissione in servizio del lavoratore ceduto.

Il cedente, inottemperante rispetto all'ordine del giudice, avrebbe dovuto solo sopportare il peso di una condanna a risarcire i danni al lavoratore sia per il periodo antecedente che per quello successivo alla sentenza, ciò avrebbe comportato, come più volte affermato, l'applicazione dei principi propri del risarcimento (*compensatio lucri cum damno* e, quindi, detraibilità dell'*aliunde*).

Di conseguenza, il lavoratore, qualora nel periodo successivo alla sentenza dichiarativa avesse continuato a lavorare presso l'ex cessionario (lo stesso discorso vale anche con riferimento ad un terzo soggetto), avrebbe visto diminuire l'ammontare della somma di risarcimento in questione dalla quale sarebbero stati detratti i guadagni percepiti (c.d. detraibilità dell'*aliunde perceptum*) nel periodo intercorrente tra la sentenza dichiarativa e la richiesta del risarcimento del danno, finanche a fare arrivare detta somma a zero se il datore di lavoro cedente fosse riuscito a provare che il valore dell'*aliunde perceptum* era il medesimo della retribuzione da lui non corrisposta. Discorso analogo per la prova da parte del cedente del c.d. *aliunde percipiendum*, anche se, come sopra ricordato, in questo caso si potranno esprimere solo giudizi probabilistici e/o di massima, sicché spetterà al datore di lavoro cedente dimostrare che quel lavoratore (anche in relazione alle sue qualità personali, abilità, mansioni, competenze professionali, ecc.) avrebbe potuto agilmente trovare un'altra occupazione egualmente (se non di più) remunerativa, se vi si fosse prontamente e utilmente adoperato.

Dunque, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale degli articoli 1206, 1207 e 1217 cod. civ. relativi alla *mora credendi* così come interpretati dal diritto vivente.

Tale interpretazione è stata posta in comparazione rispetto alla irragionevole disparità di trattamento (sicuramente contraria art. 3 della nostra Costituzione) che si viene a creare rispetto alle fattispecie analoghe delle due sentenze sopra esaminate (conversione del contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato, sentenza n.

303/2011 della Corte costituzionale; interposizione fittizia di manodopera, sentenza n. 2990/2018 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) la cui interpretazione del regime della *mora credendi* si era fatta più rispondente ai principi costituzionali in tema di effettività della tutela giurisdizionale, giusto processo, ecc., i cui contenuti sono stati già abbondantemente analizzati nei paragrafi precedenti.¹⁵

Secondo l'interpretazione prospettata dall'ordinanza di rimessione, a seguito della sentenza dichiarativa della illegittimità della cessione (quale azione di nullità *ex art. 1418 cod. civ.*), si è ricostituito *ex tunc* il vincolo giuridico alle dipendenze del cedente e nel caso in cui, anche a seguito della sentenza, il rapporto di lavoro sia proseguito con l'ex cessionario esso deve essere giuridicamente inquadrato (e retribuito) come un rapporto di fatto *ex art. 2126 cod. civ.*; inoltre, ciò non comporta la perdita del diritto alla retribuzione per i lavoratori nel periodo successivo alla sentenza, dato che quest'ultima ha ricostruito in via retroattiva il vincolo giuridico con il cedente.

Di conseguenza, nel periodo successivo alla sentenza che ha ripristinato il vincolo e la corrispettività tra le due prestazioni, «se quella di lavoro non può essere eseguita a causa del rifiuto (ingiustificato dopo l'emanazione della sentenza) da parte del cedente, resta invece integra e non riducibile, a carico di quest'ultimo, quella di corrispondere la retribuzione»¹⁶.

Ed è proprio a questa conclusione che giunge la Corte costituzionale nella sentenza n. 29/2019 affermando che «in base alla disciplina generale sulla mora del creditore, il creditore dovrebbe innanzitutto eseguire la propria prestazione e, in secondo luogo, risarcire i danni prodotti dalla mora. L'obbligo risarcitorio si aggiungerebbe, senza sostituirsi, all'obbligo di riammettere in servizio il lavoratore.» Ed ancora «il lavoratore ceduto, pertanto, avrebbe diritto di ricevere

¹⁵ Per una più compiuta analisi dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale si veda C. CESTER, *op. cit.*, par. 3, pp. 769 ss., del quale giova riportare fedelmente quanto segue: «Ma l'ordinanza qui in commento, nel prendere le distanze da quell'orientamento, ormai consolidatosi come vero e proprio "diritto vivente", prefigura e paventa conseguenze non accettabili anche soprattutto alla luce dei principi costituzionali.» Ed ancora nel medesimo paragrafo si segnala: «Il filo argomentativo dell'ordinanza si regge dunque sulla inadeguatezza del "diritto vivente" a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e sulla asserito contrasto con la Costituzione di tale diritto vivente: se si preferisce, sull'asserito contrasto con la Costituzione della normativa così come interpretata dal diritto vivente».

¹⁶ *Ibidem.*, par. 3, pp. 769 ss.

la prestazione retributiva tanto dal cedente in forza della disciplina sulla mora del creditore, quanto dal cessionario, in virtù della disciplina sui rapporti contrattuali di fatto»¹⁷ (in base, quindi, all'art. 2126 cod. civ. di cui sopra accennato).

Per concludere, la Corte costituzionale ha affermato che il nuovo orientamento delle Sezioni Unite espresso nella sentenza n. 2990/2018 con riferimento alla interposizione illegittima di manodopera debba trovare applicazione anche alla fattispecie dell'inottemperanza da parte del datore di lavoro cedente di riammettere in servizio il lavoratore e, quindi, di corrispondergli le retribuzioni in caso di sentenza che dichiari l'illegittimità del trasferimento d'azienda o di un suo ramo; di conseguenza, è disatteso l'indirizzo interpretativo (il c.d. «diritto vivente») che affermava che sul datore di lavoro cedente inottemperante rispetto all'ordine del giudice gravasse unicamente una obbligazione risarcitoria¹⁸.

1.4. Prime conclusioni giuridiche rispetto a questo excursus giurisprudenziale.

Fino ad adesso si è osservato il percorso che ha portato all'affermazione della natura retributiva della obbligazione del datore di lavoro moroso al termine della *querelle* che per lungo tempo aveva visto prevalere, anche nella stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'affermazione della natura risarcitoria.¹⁹

¹⁷ Corte cost., sentenza n. 29/2019, *Ritenuto in fatto*, par. 5.

¹⁸ Corte cost., sentenza n. 29/2019, *Considerato in diritto*, par. 6.3 afferma quanto segue: «A tale riguardo, si deve rilevare che l'indirizzo interpretativo indicato come diritto vivente allorché sono state proposte le questioni di legittimità costituzionale, risulta disattivato dalla suddetta pronuncia delle Sezioni unite, successiva all'ordinanza di rimessione. Tale pronuncia mira a ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della mora del creditore nel rapporto di lavoro e consente di risolvere in via interpretativa i dubbi di costituzionalità prospettati.»

¹⁹ *Ex multis*, Corte Cass., sent. n. 18955/2014; Corte Cass., sent. n. 16694/2018 di cui si ritiene opportuno riportare quanto segue: «È orientamento consolidato di questa Corte quello secondo cui “in caso di trasferimento di azienda (o di cessione di un suo ramo cui è addetto il lavoratore), dichiarato illegittimo, il cedente, che non provveda al ripristino del rapporto di lavoro, è tenuto a risarcire il danno secondo le ordinarie regole civilistiche (art. 1218 cod. civ.), con conseguente detraibilità dell'*aliunde perceptum*, ivi compresa la retribuzione corrisposta dal cessionario al lavoratore (Cass. 9.9.2014 n. 18955, Cass. ord. 30.5.2016 n. 11095, Cass. 26.6.2014 n. 14542, Cass. 17.7.2008 n. 19740)” (Cass. n. 7794/2017).

L'orientamento tradizionale si basava, *in primis*, su una rigida interpretazione del principio di corrispettività già richiamata secondo cui ogni alterazione nel sinallagma contrattuale doveva trovare fondamento in una norma di legge o di contratto collettivo²⁰.

Ancora, è stato utilizzato l'art. 1180 cod. civ., norma sull'adempimento del terzo: secondo questa interpretazione il cessionario avrebbe adempiuto una obbligazione altrui e non una obbligazione propria, liberando così il cedente inadempiente; in realtà, questa tesi è stata abbondantemente smentita dalla successiva giurisprudenza, la quale ne ha messo in luce le fallacie logiche.

Infatti, nello schema causale dell'art. 1180 il terzo in questione (in questo caso, il cessionario) deve adempiere una obbligazione non propria, estinguendo, quindi, un debito altrui e, inoltre, deve essere estraneo al rapporto intercorrente tra le due parti del contratto (datore di lavoro cedente e lavoratore ceduto).

In realtà, nel nostro caso, non è così: in primo luogo, il cessionario estingue un debito proprio, remunerando il lavoratore per l'attività lavorativa prestata nell'interesse della propria organizzazione

L'orientamento in questione evidenzia non soltanto la responsabilità del datore di lavoro che si rifiuti o comunque non ottemperi al ripristino del rapporto in caso di cessione di azienda dichiarata illegittima, ma considera anche l'ipotesi in cui la prestazione di lavoro sia comunque proseguita con l'azienda cessionaria. Tale ultimo evento non rileva rispetto alla permanenza dell'obbligo datoriale conseguente alla pronuncia di illegittimità della cessione, ma solo con riguardo alla entità del danno risarcibile ed alla detraibilità del percepito presso il cessionario. Alcuna duplicazione retributiva si verifica nell'ipotesi considerata, ma solo la corretta applicazione del principio di responsabilità conseguente l'inadempimento datoriale e del principio di contenimento del risarcimento in ragione della presenza di un aliunde perceptum.».

²⁰ Corte Cass., sent. n. 18955/2014 in cui «costituisce, infatti, un principio che si è andato consolidando nell'elaborazione di questa Corte quello secondo il quale il contratto di lavoro è un contratto a prestazioni corrispettive in cui l'erogazione del trattamento economico in mancanza di lavoro costituisce un'eccezione, che deve essere oggetto di un'espressa previsione di legge o di contratto, ciò che avviene ad esempio nei casi del riposo settimanale (art. 2108 cod. civ.) e delle ferie annuali (art. 2109 cod. civ.). In difetto di un'espressa previsione in tal senso, la mancanza della prestazione lavorativa dà luogo, anche nel contratto di lavoro, ad una scissione tra sinallagma genetico (che ha riguardo al rapporto di corrispettività esistente tra le reciproche obbligazioni dedotte in contratto) e sinallagma funzionale (che lega invece le prestazioni intese come adempimento delle obbligazioni dedotte) che esclude il diritto alla retribuzione-corrispettivo, ma determina a carico del datore di lavoro, che ne è responsabile, l'obbligo di risarcire i danni, eventualmente commisurati alle mancate retribuzioni».

aziendale; in secondo luogo, egli non è estraneo al rapporto intercorrente tra il cedente ed il lavoratore, essendo la terza parte in causa in questo rapporto trilaterale.²¹

L'utilizzo dell'istituto del risarcimento del danno si fondava, inoltre, sulla c.d. unicità della prestazione, secondo cui, a seguito di un trasferimento del ramo di azienda *ex art.* 2112, il rapporto di lavoro resta unico ed immutato nei suoi elementi essenziali, sicché il lavoratore non può mai essere retribuito due volte per la medesima prestazione lavorativa, c.d. tesi della doppia retribuzione, secondo cui il nuovo corso intrapreso di comune accordo dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale genererebbe solo un illecito arricchimento per il lavoratore²².

La Corte ha mutato orientamento affermando che «d'altro canto, è insegnamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità che l'unicità del rapporto presupponga la legittimità della vicenda traslativa regolata dall'*art.* 2112 cod. civ. sicché, accertatane l'invalidità, il rapporto con il destinatario della cessione è instaurato in via di mero fatto [...] In sintesi, il trasferimento del medesimo rapporto si determina solo quando si perfeziona una fattispecie traslativa conforme al modello legale [...]»²³.

Quindi, a seguito della sentenza che accerti l'illegittimità del trasferimento d'azienda siamo di fronte a due rapporti: uno *de facto* con

²¹ *Ex multis*, Corte Cass., sent. 26759/2019, par. 6.1; Corte Cass., sent. 29091/2019 par. 8.1; Corte Cass., sent. 29092/2019, par. 8.1.

²² F. AVANZI, *La mora del creditore nel trasferimento di ramo d'azienda. Evoluzione giurisprudenziale sugli effetti della sentenza dichiarativa del rapporto, fra tutela del lavoratore, unicità della prestazione e "doppia" retribuzione*, in Working Paper ADAPT, 2021, n. 6, par. 2, par. 11. «In tale guisa, a fronte di una prestazione "unica", la novellata esegesi, anziché esercitare una funzione dissuasiva per il datore di lavoro inottemperante, implicherebbe l'ingiusto vantaggio di una doppia retribuzione per il lavoratore.»

²³ Corte Cass., sent. n. 26759/2019, par. 5.2; e, *ex multis*, Corte Cass., sent. 29091/2019, par. 7.2: «Ed è evidente che l'unicità del rapporto venga meno, qualora, come appunto nel caso di specie, il trasferimento si sia dichiarato invalido, stante l'instaurazione di un diverso e nuovo rapporto di lavoro con il soggetto (già, e non più, cessionario) alle cui dipendenze il lavoratore "continui" di fatto a lavorare.»; Corte Cass., sent. 29092/2019; Corte Cass., sent. n. 17488/2020; Corte Cass., sent. 17489/2020; Corte Cass., ord. n. 12442/2020; Corte Cass., ord. n. 22518/2021; Corte Cass., ord. n. 22516/2021; Corte Cass., ord. n. 33257/2021; Corte Cass., ord. n. 34722/2021; Corte Cass., ord. n. 33256/2021.

l'ex cessionario, «effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa»²⁴; l'altro *de iure* con l'originario cedente, nei cui confronti il rapporto è stato giuridicamente ricostruito dalla sentenza del giudice.

Di conseguenza, siamo di fronte a due prestazioni lavorative: una «materialmente resa» nei confronti dell'ex cessionario, con il quale il lavoratore ha instaurato un rapporto di lavoro di fatto a seguito dell'illegittima cessione (e che è perdurato anche a seguito della sentenza dichiarativa, a causa dell'illegittimo rifiuto da parte del cedente di riammettere in servizio il lavoratore); l'altra «giuridicamente resa»²⁵ nei confronti del datore di lavoro cedente nei cui confronti il rapporto di lavoro è stato ripristinato *de iure*, ma non *de facto*.

E la Corte nella medesima sentenza afferma: «ed infatti al dipendente la retribuzione spetta tanto se la prestazione di lavoro sia effettivamente eseguita, sia se il datore di lavoro versi in una situazione di *mora accipiendi* nei suoi confronti. Una volta offerta la prestazione lavorativa al datore di lavoro giudizialmente dichiarato tale, il rifiuto di questi rende giuridicamente equiparabile la messa a disposizione delle energie lavorative del dipendente alla utilizzazione effettiva, con la conseguenza che il datore di lavoro ha l'obbligo di pagare la contro-prestazione retributiva»²⁶.

Secondo la corte questa conclusione è coerente con il diritto generale delle obbligazioni, dove, nel disciplinare gli effetti della mora, si distinguono le obbligazioni fungibili da quelle infungibili (e tra queste ultime rientra, evidentemente, la prestazione lavorativa).

Negli obblighi fungibili l'offerta serve unicamente a stabilire la decorrenza degli effetti della mora ai sensi dell'art. 1207, co. 3, cod. civ.; per le obbligazioni infungibili, essendo necessari sia la collaborazione del creditore sia atti preparatori da parte dello stesso per consentire l'adempimento della obbligazione (nel caso di specie la riammissione in servizio da parte del datore di lavoro), l'offerta della prestazione lavorativa, mediante l'intimazione prevista dall'art. 1217 cod. civ., non determina solo la decorrenza della mora, ma consegue a liberare il debitore (nel nostro caso, il lavoratore)²⁷.

²⁴ Corte Cass., sent. n. 26759/2019, par. 5.3.

²⁵ Corte Cass., sent. n. 26759/2019 par. 5.3.

²⁶ Corte Cass., sent. n. 26759/2019, par. 5.3.

²⁷ Queste ed altre argomentazioni in Corte Cass., sent. n. 26759/2019 par. 5.4.; inoltre, *ex multis*, Corte Cass., sent. n. 29091/2019 par. 7.4. «Dai principi di diritto

2. Un'analisi della sentenza n. 26262/2021 della Corte di Cassazione.

A questo punto si dedicherà un paragrafo, seppur breve, all'analisi della sentenza da cui trae spunto questo lavoro prima di procedere a conclusioni e valutazioni critiche.

Si cercherà, per quanto possibile, inoltre, di evincere una massima dalla stessa, senza pretesa di esaustività o di completezza.

A seguito dell'emanazione di alcuni decreti ingiuntivi emessi per il pagamento da parte del datore di lavoro cedente delle retribuzioni non corrisposte dopo la sentenza dichiarativa ed a seguito della messa in mora dello stesso, a seguito del rigetto del giudizio di opposizione intentato dal medesimo datore di lavoro (il quale invece ha visto accolte le proprie pretese nel giudizio di Appello), si giungeva in Cassazione, con la sentenza medesima.

In questa pronuncia ricorrono tutte le argomentazioni di cui si è precedentemente accennato: la non continuità del rapporto di lavoro con il datore di lavoro cessionario a causa della invalidità del trasferimento per mancanza dei requisiti previsti dall'art. 2112 (o, volendosi configurare una cessione negoziale, per mancanza del consenso del contraente ceduto ai sensi dell'art. 1406 cod. civ.), essendoci, invece, «l'istituzione di un nuovo e distinto lavoro con la parte cessionaria»²⁸ e, di conseguenza, mancanza di unicità del rapporto accompagnata dalla duplicità dei rapporti *de iure/de facto* di cui si è fatto accenno nel paragrafo precedente.

A seguito di questa breve ricostruzione si ritiene di poter enucleare il seguente principio: dal momento che si ha continuità nel rapporto di lavoro solo a seguito di un legittimo trasferimento d'azienda,

su enunciati discende allora, siccome coerente precipitato logico giuridico, che, mediante l'intimazione del lavoratore all'impresa cedente di ricevere la prestazione con modalità valida ai fini della costituzione in mora credendi del medesimo datore (il quale rifiuta senza giustificazione), il debitore del facere infungibile abbia posto in essere quanto è necessario, secondo il diritto comune, per far nascere il suo diritto alla controprestazione del pagamento della retribuzione, la prestazione rifiutata alla prestazione effettivamente resa per tutto il tempo in cui il creditore l'abbia resa impossibile non compiendo gli atti di cooperazione necessari»; Corte Cass., sent. n. 29092/2019, par. 7.4; Corte Cass., ord. n. 12442/2020, par. 6.6.

²⁸ Corte Cass., sent. n. 26262/2021, par. 2.

dopo la sentenza il lavoratore è titolare di due rapporti: *de iure* col cedente nei cui confronti la prestazione è giuridicamente resa con diritto del lavoratore alla retribuzione dalla messa in mora; *de facto* con il cessionario, effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa nei cui confronti è materialmente resa.

3. La reazione dei giudici di merito al nuovo orientamento della Suprema Corte.

Il mutamento di giurisprudenza della Corte di cassazione ha visto nascere quella che è stata autorevolmente definita «la rivolta del merito» in cui sembra che i giudici di merito abbiano fatto «fronte comune»²⁹ nell'osteggiare l'interpretazione della Corte.

Le prime due pronunce da analizzare provengono dal foro di Trento, tribunale e Corte d'appello.

Il tribunale, con una interpretazione completamente diversa da quella prospettata dalla Corte di cassazione, ha affermato che vige un vincolo di solidarietà passiva tra le obbligazioni di cedente e cessionario data l'identità della prestazione; dunque, l'adempimento da parte del cessionario è idoneo a liberare il cedente dal suo debito³⁰.

La successiva sentenza della Corte d'Appello che si inserisce nella medesima controversia ritiene non coerente il percorso logico-giuridico (di cui si è cercato di fare un non esaustivo accenno nel paragrafo 1) che ha portato alla affermazione della natura retributiva dell'obbligo del datore di lavoro in mora³¹.

La Corte d'Appello in definitiva afferma che questa interpretazione ha portato «ad affermare come un diritto un arricchimento dei lavoratori senza una causa concreta che giustifichi lo spostamento patrimoniale, introducendo nell'ordinamento conseguenze irrazionali

²⁹ Si veda per una migliore elaborazione del F. AVANZI, *La mora del creditore nel trasferimento di ramo d'azienda. Evoluzione giurisprudenziale sugli effetti della sentenza dichiarativa del rapporto, fra tutela del lavoratore, unicità della prestazione e "doppia" retribuzione*, in Working Paper ADAPT, 2021, n. 6, par. 4, pp. 15 ss.

³⁰ Tribunale di Trento, sent. n. 86/2020.

³¹ Corte d'Appello di Trento, sent. n. 59/2020 in cui «si ritiene innanzitutto corretta e condivisibile la distinzione fatta dal giudice di primo grado tra le pronunce delle SS. UU. n. 2990/2018 e della Corte costituzionale n. 29/2019 e la successiva giurisprudenza (sentenze ed ordinanze) della Corte di Cassazione.»

ed ingiustificate disparità di trattamento anche fra datori di lavoro»³² avallando così il chimerico assunto che in questo caso saremmo in presenza di quella che viene definita in senso dispregiativo «doppia retribuzione».

Da ultimo, la Corte conclude che questa interpretazione camuffa sotto le spoglie di una natura retributiva la funzione sanzionatoria che invece sottostà all'obbligo di corresponsione della obbligazione retributiva³³.

Da ultimo si richiama la pronuncia del Tribunale di Roma la quale, facendo proprie le argomentazioni dei suoi predecessori, afferma che il lavoratore non potrebbe mai eseguire nello stesso momento la medesima prestazione nei confronti di due datori di lavoro e richiama l'applicazione dell'istituto dell'adempimento del terzo come precedentemente interpretato dalla Corte (la cui applicazione è ora opportunamente smentita dal nuovo orientamento della corte medesima) ed il principio contenuto nell'art. 1292 cod. civ. secondo cui, nelle obbligazioni solidali (tra le quali rientra, secondo il tribunale, quella tra cedente e cessionario) l'adempimento di uno libera tutti³⁴.

A questo punto ci si chiede se questo autore sia riuscito a rinvenire pronunce conformi al nuovo orientamento della corte: ebbene sì.

In particolare, ci sembra interessante segnalare una argomentazione del Tribunale di Siracusa il quale, partendo dall'affermazione del principio di corrispettività e facendo proprie tutte le

³² Corte d'Appello di Trento, sent. n. 86/2020.

³³ Corte d'Appello di Trento, sent. n. 59/2020: «Per applicare il principio di effettività della pronuncia giudiziale si viene a costituire in capo al cedente un obbligo di pagamento a titolo di corrispettivo, ma svincolato da una sinallagmaticità reale, che funziona nello stesso modo del danno punitivo, che secondo le Sezioni unite della Cassazione, sent. n. 16601/2017, deve invece sottostare a un rigoroso regime di tipicità legislativa ex art. 23 Cost., danno punitivo che la giurisprudenza è del tutto restia a riconoscere anche quando previsto da direttive UE (ad esempio in materia di abuso del contratto a termine o di violazione dei divieti di discriminazione). La conseguenza quanto a quest'ultimo profilo è infatti uno spostamento patrimoniale al quale non corrisponde una funzione compensativa e che svolge solo una funzione sanzionatoria».

³⁴ Tribunale di Roma, sent. n. 113/2021 nella quale vi è un esplicito richiamo, oltre alle pronunce del foro di Trento di cui si è sopra accennato, anche a Tribunale di Siena, sent. n. 89/2020.

argomentazioni del nuovo orientamento della corte, afferma che, essendo il datore di lavoro in una posizione di inadempimento contrattuale per l'ingiustificato rifiuto di ricevere la prestazione lavorativa, il lavoratore che manifesta la propria disponibilità ad offrirla ha diritto alla controprestazione retributiva dal momento che la sua prestazione lavorativa è resa impossibile dal comportamento illegittimo della controparte datoriale³⁵.

4. Conclusioni.

Al termine di questo lungo percorso ci sembra opportuno fare alcune conclusioni e, forse, anche qualche valutazione critica.

In generale, ci sembra di condividere l'evoluzione giurisprudenziale della Corte, in quanto essa appare veramente essere più aderente ai principi costituzionali e non solo in tema di giusto processo, effettività della tutela, ecc., ma anche in relazione alla tutela del lavoro e del lavoratore, principi cardine della nostra Costituzione sanciti dagli articoli 1, 4, 35 e 36.

Forse il mutamento di giurisprudenza del quale si è cercato di fare una panoramica quanto più possibile esaustiva è stato originato dal persistere da parte dei datori di lavoro a non ottemperare all'ordine del giudice di riammettere in servizio il lavoratore ceduto, ed, in ultima analisi, potrebbe essere stato il pretesto per rendere eseguibili da parte dei datori di lavoro queste pronunce in una prassi in cui raramente i lavoratori sono ottemperanti rispetto all'ordine di riammissione (oppure lo sono al termine di una lunga controversia, anziché a seguito della pronuncia del giudice di primo grado).

Infatti, ricordiamo che l'obbligo di riammissione non è suscettibile di esecuzione forzata, essendo un obbligo infungibile, inoltre, data l'inapplicabilità dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ. alle controversie di cui all'art. 409 cod. proc. civ. (tra le quali rientrano evidentemente quelle in esame), data la mancanza di un intervento del legislatore che adotti una normativa specifica (normativa che, invece, è presente in tema di somministrazione irregolare all'art. 38, co. 3, d.lgs. n.

³⁵ Tribunale di Siracusa, sent. n. 1405/2019; si veda anche Corte d'Appello di Milano sent. n. 154/2022.

81/2015³⁶ e che, data la sua specialità, è insuscettibile di interpretazione estensiva *ex art. 12 Preleggi*³⁷), ci sembra opportuno che il datore di lavoro in questione debba «sopportare il peso economico delle retribuzioni»³⁸ (oltre ad un congruo intervento del legislatore in materia che stenta ad arrivare).

³⁶ Art. 38, co. 3, d. lgs. n. 81/2015: «Nelle ipotesi di cui al comma 2 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione.».

³⁷ A tale riguardo si veda P. LAMBERTUCCI, *Trasferimento di ramo d'azienda – pronuncia giudiziale di nullità del contratto di cessione – prestazione lavorativa svolta presso il cessionario con corresponsione della retribuzione – unicità del rapporto di lavoro. – obbligo retributivo in capo al cedente – esclusione.*, in *Lavoro Diritti Europa*, 4/2021, par. 3, p. 7; V. SPEZIALE, *Trasferimento d'azienda illegittimo e «doppia retribuzione»*, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, 2/2020, par. 8, pp. 189-191.

³⁸ Corte Cass., SS.UU., sent. n. 2990/2018.

SILVIA BIANCU – MARTINA PADUA*

LA NORMATIVA RIGUARDANTE I CONGEDI
GENITORIALI E IL RUOLO EMERGENTE
DEL PADRE LAVORATORE IN ITALIA
E NEL CONTESTO EUROPEO

The survey concerns research on the main legislative provisions on maternity and paternity leaves in force in Italy. The analysis will cover the most important elements of the legal framework, leading to a final consideration over the parental roles. More specifically, the authors will focus on the way parental leaves influence gender gaps. The main topics will be the evolution of the role of the working father and its continuous transformation in the Italian as well as the European Labour Law legal system.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La cogenitorialità dal punto di vista dell'evoluzione delle normative europee. – 3. L'analisi dei congedi di maternità, di paternità e congedi parentali in Europa. – 4. Il carattere fondamentale del congedo di maternità. – 4.1. *Segue*. Definizione e normativa relativa al congedo di maternità. – 5. Le discriminazioni legate alla maternità e la loro incidenza sulla figura del padre lavoratore. – 6. Breve introduzione al congedo di paternità e alla valorizzazione del ruolo del padre. – 6.1 *Segue*. L'evoluzione delle disposizioni legislative relative al congedo di paternità. – 7. La disciplina recente del congedo obbligatorio del padre quale prima tappa di un percorso di legittimazione sul piano giuridico e previdenziale della paternità del lavoratore. – 7.1. *Segue*. L'influenza della giurisprudenza italiana nell'orientamento alla conciliazione. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Il congedo di paternità rappresenta un tassello essenziale nel contesto della condivisione della cura dei figli e della genitorialità, così come nel quadro della ripartizione dei ruoli familiari e

* Studentesse del Corso di Laurea Magistrale in European Studies. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Fabrizio Ferraro, docente di Comparative European Labour Law presso Sapienza Università di Roma.

dell'eguaglianza di genere¹. La disciplina tratta tematiche quali la parità di trattamento e l'attribuzione al padre lavoratore di un autonomo diritto al congedo di paternità. Il tema della protezione della maternità è al contempo di fondamentale importanza: esso rappresenta uno dei primi interventi della legislazione sociale italiana, rientrando tra i diritti della persona di rilevanza costituzionale². L'istituto ha inoltre l'obiettivo di incentivare il lavoro della madre sia durante la gravidanza che dopo il parto, in vista di un più equo riequilibrio del mercato del lavoro. Il tema dei congedi merita di essere discusso in quanto si riferisce al quotidiano dei cittadini italiani, cui dietro, però, si cela un concetto più profondo: la promozione di un migliore equilibrio dei tempi di lavoro e di cura dei figli in quelli che sono gli anni più importanti nella vita del minore; nonché concetti ancora più ampi come le vite lavorative degli individui stessi, e un diritto all'autorealizzazione personale, all'interno di una veduta equa degli impegni genitoriali nelle famiglie. L'elaborato tratterà le questioni maggiormente rilevanti nel percorso di legittimazione della figura del padre, tra cui la legge dell'8 marzo 2000³, che ha portato prima all'adozione del Testo Unico a sostegno della maternità e della paternità⁴, e in seguito al riconoscimento del «congedo di paternità». Lo sviluppo dell'istituto dei congedi verrà ulteriormente rifinito dalla legge delega del dicembre 2014⁵ e al suo decreto delegato⁶, nonché alla direttiva 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra la vita professionale e familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Nella prospettiva della storia del diritto, la conciliazione si pone come un processo graduale e al contempo inesorabile della riaffermazione dei ruoli, ricercando nuovi equilibri a livello nazionale ed europeo con l'auspicio del superamento del divario di genere. Nei seguenti paragrafi verranno ripercorse le tappe più significative del cammino verso la

¹ RASSEGNA GIURIDICA, *Il congedo di paternità tra promozione della parità di genere e valorizzazione del ruolo del padre: un quadro normativo* in https://www.minori.gov.it/sites/default/files/idi_congedo_di_paternita.pdf.

² La Costituzione italiana secondo l'art. 31 prevede come uno dei compiti essenziali della Repubblica e quindi di tutti i soggetti che la compongono (istituzioni, associazioni, organizzazioni, imprese, ecc.) la tutela e la promozione della maternità.

³ L. n. 53/2000.

⁴ D.lgs. n. 151/2001.

⁵ L. n. 183/2014.

⁶ D.lgs. n. 80/2015.

legittimazione del ruolo del padre lavoratore, nel quadro di una più giusta ripartizione degli impegni genitoriali.

2. La cogenitorialità dal punto di vista dell'evoluzione delle normative europee.

L'evoluzione verso la parità tra lavoratrici e lavoratori nel corso degli anni è stata progressivamente rafforzata dal legislatore europeo. La conciliazione tra famiglia e lavoro ha trovato spazio nell'agenda politica dell'Unione, emergendo come una questione sociale che necessitava obbligatoriamente di nuove disposizioni nel campo giuridico, volte ad una crescente partecipazione delle donne al mercato del lavoro, ma anche ad una condivisione degli impegni genitoriali e una maggiore equità di genere⁷. La figura del padre lavoratore nei periodi di congedo dopo la nascita acquisisce importanza grazie all'inserimento al par. 2 dell'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali europea introdotta con il Trattato di Nizza⁸. Questo sancisce il diritto a conciliare la vita professionale con la vita familiare, tutelando i genitori contro ogni tipo di possibile discriminazione legata alla nascita o all'adozione di un figlio.

Per quanto riguarda l'evoluzione legislativa della materia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel corso dell'ultimo decennio ha ribadito quanto i ruoli genitoriali all'interno delle famiglie siano equiparabili in ordine alla cura dei figli. Ne è un esempio la sentenza *Roca Alvarez* che tratta l'attuazione del principio di pari trattamento fra uomini e donne⁹, così come la sentenza *H. Lommers vs. Minister van Landbouw* per la necessità dei servizi di asili nidi per garantire le pari opportunità tra sessi¹⁰. Nonostante l'evoluzione della Corte nel corso degli anni abbia promosso una marginalizzazione del

⁷ E. CHIEREGATO, *Novità in materia di conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, Ipsoa, Milano, 2020.

⁸ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione europea per garantire diritti e libertà essenziali dei cittadini europei.

⁹ Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.

¹⁰ CGUE, Causa C-476/99.

divario di genere rispetto alla cura dei figli, talvolta si è riscontrata una posizione più tradizionalistica della giurisprudenza attraverso delle sentenze che garantivano invece dei congedi di maternità temporalmente più estesi. Questa visione dualistica dell'operato della Corte europea mostra come anche nell'ambito dell'Unione le concezioni sociali passate non fossero state del tutto accantonate in vista di un più equo trattamento di genere. L'avvocato generale Michael Bobek si è espresso in materia nella causa C-463/19 relativa all'insussistenza di un diritto al congedo supplementare per i lavoratori di sesso maschile¹¹: egli afferma che, nonostante il travagliato percorso evolutivo in merito, la giurisprudenza dell'Unione ha come obiettivo quello di offrire ai genitori un margine di scelta, eliminando i possibili ostacoli economici consolidati con le convenzioni sociali che caratterizzano la vastità di paesi e culture che popolano l'Unione Europea. Le conclusioni di Bobek sono state oggi concretizzate dalla direttiva 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra vita professionale e familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, volta ad abrogare la precedente direttiva¹² 2010/18/UE del Consiglio, attuante l'accordo quadro in materia di congedo parentale¹³.

3. L'analisi dei congedi di maternità, di paternità e congedi parentali in Europa.

Il diritto al congedo per le madri lavoratrici è stato stabilito dalla Direttiva sulle donne del 1992¹⁴ che fissava il periodo di maternità previsto a 14 settimane, con 2 settimane di congedo obbligatorio da fruire obbligatoriamente prima e/o dopo il parto, con un'indennità fissata dalla legislazione nazionale. La durata di 2 settimane del congedo di paternità invece è stata introdotta dalla Direttiva europea 1158/2019¹⁵ riguardante l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza all'interno del nucleo genitoriale; è stato previsto un tempo limite per il recepimento della

¹¹ Conclusioni dell'avvocato generale Michael Bobek, CGUE, Causa C-463/19.

¹² Direttiva 2010/18/UE del Consiglio.

¹³ R. ZUCCARO, *L'indirizzamento europeo sul congedo di maternità supplementare*, nota a CGUE, Sez. I, 18 novembre 2020, causa n. C-463/19, LG, 2021.

¹⁴ Direttiva 1992/85/CEE del Consiglio.

¹⁵ Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio.

normativa da parte degli Stati membri, che dovranno mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente entro il 2 agosto 2022.

La proposta sulla direttiva 1158/2019 tra equilibrio lavorativo e vita privata è stata approvata in seguito al ritiro di una precedente direttiva riguardante l'estensione temporale del congedo di maternità previsto: questa scelta è stata fatta in modo da garantire maggiore parità di genere ed equità genitoriale all'interno del territorio europeo.

La decisione di affrontare il tema dell'equità all'interno del nucleo familiare e della marginalizzazione del divario di genere rappresenta uno dei pilastri europei riguardanti i diritti sociali: l'art. 9 si occupa, infatti, di eliminare la sottorappresentanza femminile nel mercato del lavoro, in modo da condividere maggiormente le responsabilità assistenziali tra i due sessi¹⁶ e modernizzare l'attuale quadro giuridico dell'Unione¹⁷.

Al momento della nascita o dell'adozione di un bambino tutti i lavoratori europei, sia di sesso femminile che di sesso maschile, hanno diritto al congedo parentale, indipendentemente dal tipo di contratto stipulato o dal tipo di impiego. I congedi parentali dell'Unione possono essere comparati tra loro tenendo conto della durata del congedo, dell'indennità garantita ai genitori e della presenza di incentivi all'utilizzo del congedo da parte dei padri lavoratori.

In quasi tutti i paesi europei oltre al congedo parentale è fruibile un congedo aggiuntivo di maternità o di paternità, quale breve periodo di astensione dal lavoro in cui viene garantita un'indennità economica¹⁸. Il tempo previsto in Italia per il congedo di maternità

¹⁶EUROPEAN COMMISSION, *European Network of Legal Experts in Gender Equality and non-discrimination*, in https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/family_leave_nov18_en.pdf, 2018.

¹⁷EUROPEAN PARLIAMENT, *Maternity and paternity leave in the EU* in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/698892/EPRS_ATA\(2022\)698892_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/698892/EPRS_ATA(2022)698892_EN.pdf), 2020.

¹⁸ Il congedo parentale è stato introdotto nell'ordinamento italiano con la l. n. 53/2000 e il Testo Unico emanato con il d.lgs. n. 151/2001; questa nozione è stata introdotta insieme agli istituti di astensione facoltativa, i riposi giornalieri e le assenze per malattia dei figli. Il congedo parentale può essere definito come un periodo di astensione facoltativa dal lavoro che viene concesso ai genitori per prendersi cura del bambino nei suoi primi anni di vita, anche in caso di adozione o affidamento, ed è fruibile in aggiunta al congedo di maternità o paternità. Questo viene

rispecchia la media europea, cioè di circa quattro mesi e mezzo. Nell'Unione solamente in Portogallo e in Svezia non è previsto il congedo di maternità, a favore di un esclusivo congedo parentale.

In Italia il congedo di paternità, che inizialmente avrebbe dovuto corrispondere ad un solo giorno, è stato progressivamente aumentato negli anni fino a raggiungere i 10 giorni: con l'aumento del periodo di congedo il numero di beneficiari è cresciuto progressivamente del 64%. Tuttavia, l'Italia rimane agli ultimi posti in Europa per la durata dell'istituto, il divario con altri Paesi europei è ancora più evidente se si compara ad esempio con il sistema portoghese, dove vengono garantite cinque settimane, o con quello spagnolo che prevede dodici settimane. Allo stesso tempo alcuni Stati non hanno ancora previsto un congedo di paternità nel proprio ordinamento; si citano ad esempio l'Austria, la Croazia, il Lussemburgo e la Slovacchia¹⁹.

descritto dalla normativa come astensione facoltativa della lavoratrice o del lavoratore e viene utilizzato in modo da soddisfare i bisogni relazionali e affettivi del bambino. Durante i primi dodici anni di vita del minore i genitori hanno diritto all'astensione dal lavoro per un periodo che nella sua totalità non deve superare i dieci mesi o undici in caso il padre si astenga per almeno tre mesi. Il diritto alla fruizione del congedo parentale spetta: al padre lavoratore per un periodo continuativo o frazionato non superiore ai sei mesi dopo la nascita del figlio; alla madre lavoratrice che ha beneficiato per un periodo continuativo o frazionato non superiore ai sei mesi; qualora vi sia un solo genitore per un periodo continuativo o frazionato non superiore ai dieci mesi. Il congedo parentale spetta anche in caso di adozione, sia essa internazionale, nazionale o in casi di affidamento; può essere fruito dai genitori adottivi e affidatari per un totale di 12 mesi tra i due, entro i dodici anni dall'ingresso del minore in famiglia, e non oltre il raggiungimento della maggiore età. Nei casi di un «genitore solo» si può beneficiare in egual modo del congedo in questione. Questo caso è riscontrabile però nell'eventualità della morte dell'altro genitore; nei casi di abbandono del figlio; di affidamento esclusivo ad un solo genitore; in caso del non riconoscimento del figlio. Il periodo massimo di astensione può essere fruito in maniera continuativa o frazionata; in quest'ultimo caso ai fini del calcolo del periodo massimo fruibile si sommano tra di loro le frazioni fino al raggiungimento di trenta giorni, da considerarsi equivalenti ad un mese; ai fini della frazionabilità è necessaria l'effettiva ripresa dal lavoro tra un periodo e l'altro. Si può usufruire di più congedi, permessi o ferie, e i sabati, le domeniche o i giorni festivi non andranno computate dal congedo. Il congedo parentale può essere fruito anche ad ore: le modalità sono fissate dalla contrattazione collettiva di settore che stabilisce anche i criteri di calcolo su base oraria; nel caso in cui la contrattazione collettiva non ci sia, è il d.lgs. n. 80/2015 a sancire la fruizione del congedo parentale su base oraria.

¹⁹ M. CASAMONTI, *Congedi parentali e di maternità/paternità: chi si prende cura dei minori?* in <https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-Congedi.pdf>, 2021.

4. Il carattere fondamentale del congedo di maternità.

Il diritto alla maternità è stato consolidato, con l'evoluzione delle normative vigenti sia al livello europeo che italiano, come un diritto fondamentale. Come già osservato precedentemente, una tematica chiave è proprio la questione dell'uguaglianza di genere, sia a livello familiare che lavorativo. A tal fine, l'aumento della presenza femminile nel mondo del lavoro e la promozione di un modello familiare a doppio reddito contribuirebbero al raggiungimento degli obiettivi previsti dalle politiche europee e di crescita economica *lato sensu*²⁰.

La normativa è andata mutando verso una più consapevole protezione delle madri lavoratrici, distaccandosi dalla mera protezione dell'interesse del bambino. Nondimeno, è proprio dalla sempre più crescente importanza data ai rapporti affettivi e relazionali all'interno del nucleo familiare che è scaturita la necessità di modificare i testi normativi a favore di nuovi diritti per i genitori lavoratori. Ad oggi le normative applicabili sono il c.d. Testo Unico sulla maternità e paternità (d.lgs. n. 151/2001 e s.m.i.) e la direttiva 2018/18 UE. Tuttavia, la tutela della madre lavoratrice all'interno dell'ordinamento italiano è al contempo integrata sulla base dell'art. 37 Cost., che pone attenzione alla condizione della donna lavoratrice in virtù della sua «essenziale funzione familiare»²¹. Con riferimento all'art. 2110 cod. civ. e le tutele da esso previste²², la donna viene posta in condizione di parità sia di diritti che di retribuzione all'uomo lavoratore, in quanto è sancito il divieto di discriminazione²³. Ad oggi, nonostante le profonde evoluzioni, in Italia spesso la responsabilità familiare sembra gravare ancora sulla donna, impossibilitata a svincolarsi dal suo ruolo genitoriale.

²⁰ I. FANLO CORTES, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e diseguaglianze di genere. Riflessioni sul caso italiano nel quadro europeo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2015.

²¹ M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 146/2012, p. 4.

²² In caso d'infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge o le norme corporative non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità.

²³ Bisogna sottolineare che non vige però un generale principio di parità di trattamento a parità di mansioni.

4.1. Definizioni e normativa riguardante il congedo di maternità.

Il congedo di maternità è definito come il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro riconosciuto alle lavoratrici dipendenti durante la gravidanza e il puerperio. Quando si tratta il congedo di maternità ci si riferisce non solo ad un diritto, ma ad un divieto «di adibizione al lavoro»²⁴. Tale divieto è sancito dall'art. 18 del T.U.²⁵, quale assoluto e penalmente sanzionabile nel caso di violazione da parte del datore di lavoro con l'arresto fino a sei mesi. Dunque, il congedo di maternità è quel periodo nel quale la madre lavoratrice si assenta dal lavoro continuando a percepire un sussidio dall'INPS²⁶. Sotto il profilo prettamente economico, durante il periodo del congedo di maternità la lavoratrice ha diritto a un'indennità pari all'80% della retribuzione media globale giornaliera calcolata sulla base dell'ultimo periodo di paga precedente l'inizio del congedo, quindi, solitamente, l'ultimo mese di lavoro (artt. 22 ss. del T.U.)²⁷.

Secondo l'art. 16, il divieto di adibizione al lavoro viene imposto in periodi ben definiti: a) nei due mesi precedenti la data presunta del parto; b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente la data presunta e la data effettiva; c) nei tre mesi dopo il parto (o quattro nel caso di posticipazione del momento iniziale del congedo; d) durante i giorni non goduti prima del parto, qualora esso sia prematuro²⁸. L'art. 19 verte sulla possibilità di congedo nei casi di

²⁴ G. SANTORO-PASSARELLI; *Diritto e Processo del lavoro e della previdenza sociale privato e pubblico*; VIII ed., Milano, 2020, pp. 1375- 1385.

²⁵ Legge 30 dicembre 1971, n. 1204, art. 31, co. 1.

²⁶ L'art. 21 del T.U. dispone che la lavoratrice sia tenuta a consegnare al datore di lavoro, oltre che all'INPS, il certificato medico attestante la data presunta del parto e, entro trenta giorni dal medesimo, il certificato di nascita del figlio o una dichiarazione sostitutiva di responsabilità.

²⁷ Tale sussidio inizia a decorrere dal primo giorno di assenza obbligatoria dal lavoro ed è comprensivo di ogni indennità spettante per malattia. Come riportato nel sito INPS, il termine per la definizione del provvedimento è stato fissato a 55 giorni dal Regolamento per la definizione dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi ai sensi dell'art. 2 della l. n. 241/1990. L'indennità vale anche nei casi di aborto che si verifichi dopo il 180° giorno dall'inizio della gravidanza.

²⁸ Da aggiungersi al congedo *post-partum*, anche qualora la somma dei periodi di cui alle lettere b) e c) superi il limite complessivo di cinque mesi.

interruzione della gravidanza verificatasi dopo il centottantesimo giorno dall'inizio della gestazione. Tale casistica è disciplinata dal co. 2 dell'art. 17 del T.U., secondo cui la direzione territoriale del lavoro e la ASL prevedono il congedo, nei casi di lavori da ritenersi gravosi e pregiudizievoli: 1) quando vi sono gravi complicanze della gestazione o preesistenti forme morbose che possono aggravarsi a causa dello stato di gravidanza; 2) quando ci sono condizioni di lavoro o ambientali ritenute pregiudizievoli per la salute della donna e del bambino; 3) nei casi di impossibilità di spostare la lavoratrice ad altre mansioni, qualora quelle svolte al momento dell'insorgenza della gravidanza rientrino tra i lavori pericolosi o insalubri di cui agli artt. 7 e 12 del medesimo Testo Unico. Allo stesso tempo è prevista la possibilità di posticipare il congedo, opzione che è consentita solamente in base all'art. 20, che subordina tale diritto ad un duplice accertamento medico che attesti l'inesistenza di pregiudizi. Infine, è stata introdotta la possibilità di sospensione del congedo in atto in caso di ricovero del neonato in una struttura pubblica o privata²⁹. Il congedo potrà essere quindi riutilizzato in seguito alle dimissioni del figlio da tale struttura.

Per quanto concerne i soggetti titolari del congedo di maternità, il campo di applicazione della disciplina del T.U. è stato ampliato³⁰. Il congedo di maternità spetta a tutte le lavoratrici subordinate: apprendiste, operaie, impiegate e dirigenti con un rapporto di lavoro in corso all'inizio del congedo; disoccupate o sospese, purché non siano trascorsi più di 60 giorni tra l'inizio della sospensione o disoccupazione e il periodo di maternità, secondo quanto previsto dall'art. 24 del Testo Unico. Esistono poi disposizioni particolari in merito alle lavoratrici agricole³¹, lavoratrici addette ai servizi domestici e familiari (colf e badanti), lavoratrici a domicilio, lavoratrici impiegate in attività socialmente utili o di pubblica utilità e le lavoratrici dipendenti da amministrazioni pubbliche³². È opportuno sottolineare che l'indennità

²⁹ Corte Costituzionale, sentenza 116/2011, in base alla quale è stato dichiarato illegittimo l'art. 26, lett. c) del d.lgs. n. 151/2001.

³⁰ In base alle le recenti modifiche apportate dal d.lgs. n. 80/2015.

³¹ In base all'art. 63 del T.U. le lavoratrici agricole a tempo indeterminato o determinato che, nell'anno di inizio del congedo, siano in possesso della qualità di bracciante con iscrizione negli elenchi nominativi annuali per almeno 51 giornate di lavoro agricolo.

³² Le quali sono tenute agli adempimenti previsti dalla legge, in caso di maternità, verso l'amministrazione pubblica dalla quale dipendono e da cui percepiscono la

è prevista anche per le lavoratrici autonome per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi alla stessa, secondo quanto previsto dagli artt. 66 e 68 T.U.³³, al pari dei casi delle lavoratrici subordinate. Inoltre, dell'indennità di maternità beneficiano anche le lavoratrici a tempo parziale con la modifica, però, del trattamento economico che viene riproporzionato in ragione della ridotta prestazione lavorativa³⁴.

5. Le discriminazioni legate alla maternità e la loro incidenza sulla figura del padre lavoratore.

I principi di non discriminazione in ragione del genere tutelano le lavoratrici da trattamenti svantaggiosi³⁵. Il principio di non discriminazione per gravidanza e maternità è sancito dall'art. 3 del T.U. che stabilisce che sia vietata «qualsiasi discriminazione fondata sul sesso con particolare riguardo ad ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti»³⁶. In questo senso, si comprende la volontà del legislatore di non subordinare la non discriminazione di genere alla sola prerogativa della gravidanza.

Tuttavia, la crescente attenzione nei confronti della tutela e del principio di non discriminazione della madre mette in luce una problematica presente all'interno dell'ordinamento italiano, quale la diversificazione del trattamento tra madre e padre. Nello specifico, l'orientamento tende ad una protezione quasi totalmente data alla figura materna che, per quanto necessaria, ha spesso la conseguenza di essere relegata a quel ruolo facente parte di una visione «tradizionale» della famiglia. Ciò è ravvisabile sin dalle sue più profonde radici

relativa indennità, corrispondente al trattamento economico, secondo quanto disposto dagli artt. 2 e 57 del T.U.

³³ Legge 29 dicembre 1987, n. 546, art. 1 in seguito modificato dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228.

³⁴ G. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 1381.

³⁵ M. BARBERA, S. BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, Centre for the study of European Labour Law Massimo D'Antona in https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/WorkingPapers/Barbera_Borelli_451_2022it.pdf, p. 33.

³⁶ Modifica prevista dal decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198.

costituzionali, infatti l'art. 37 sancisce due valori differenti: quello relativo alla parità dei diritti e quello in base al quale le condizioni di lavoro devono consentire alla donna l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e garantire un'adeguata protezione alla madre e al bambino³⁷. Tale interpretazione è da ricollegare al contesto storico-sociale, in quanto i padri costituenti hanno promosso senz'altro una visione orientata verso una concezione della famiglia in cui il ruolo della donna era essenzialmente relegato all'ambiente domestico³⁸.

Per lungo tempo, l'obiettivo di affermare e realizzare la piena compatibilità tra la sfera familiare e lavorativa in capo alla donna è risultato problematico. In particolar modo, nel tutelare la salute della madre e del bambino si rischia di relegare le madri al solo contesto di attività familiari e tale problematica grava ancora sul nostro ordinamento con conseguenze per i padri lavoratori. Tali dinamiche sono state la causa per tanti anni di un immobilismo al livello pratico, con un alto tasso di disoccupazione femminile e una scarsa partecipazione dei padri alla crescita dei figli. È stato solo con la già citata legge n. 53 del marzo 2000 che il congedo è stato esteso anche ai padri lavoratori, con l'obiettivo di una più equa divisione dei compiti. Inoltre, con l'intervento di vari istituti a favore della conciliazione tra famiglia e lavoro, l'orientamento generale è andato modificandosi verso un modello più *family friendly*³⁹.

6. Breve introduzione al congedo di paternità e alla valorizzazione del ruolo del padre.

Il congedo di paternità svolge un ruolo centrale nel contesto dell'equità genitoriale, nella ripartizione dei ruoli familiari e nella gestione della vita lavorativa. La presenza di un congedo per il padre lavoratore è un segnale normativo importante, sia a livello nazionale che a livello europeo, in grado di scardinare i preconcetti sulla divisione dei ruoli genitoriali all'interno delle famiglie. Con un riferimento specifico all'ordinamento italiano, nonostante la morfologia degli istituti sia mutata nel corso degli anni, non si è verificata una

³⁷ M. MAGNANI, *op. cit.*, 2012, p. 9.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ivi*, p. 8.

vera e propria riduzione delle disposizioni già in atto, bensì, come si vedrà, un'estensione della durata di questi o un ampliamento del loro ambito di applicazione⁴⁰.

Il mutamento della concezione di famiglia e la riscoperta del ruolo del padre ha portato alla necessità di implementare un diritto autonomo per il padre lavoratore a livello normativo⁴¹. Con la l. n. 92/2012 c'è stato un intervento concreto a favore della promozione di una cultura di condivisione dei ruoli, in primo luogo attraverso il congedo obbligatorio di un giorno e quello facoltativo di due, fino ad arrivare al supporto parziale di questo da parte del d.lgs. n. 80/2015, a favore delle conciliazioni genitoriali⁴². L'attuazione del congedo obbligatorio di paternità è avvenuta attraverso proroghe sperimentali approvate quasi con cadenza annuale⁴³, sino ad arrivare all'approvazione della Legge di Bilancio 2021⁴⁴ che prevede 10 giorni di congedo obbligatorio⁴⁵.

6.1. L'evoluzione delle disposizioni legislative relative al congedo di paternità.

Per la legge italiana il congedo di paternità è definito come il permesso di astenersi dal lavoro che viene concesso al padre lavoratore per la nascita di un figlio.

Nell'analisi del congedo di paternità è di fondamentale importanza citare l'art. 13 della l. n. 53/2000: questo ha introdotto due nuovi articoli, ovvero il 6 *bis* e il 6 *ter* aggiuntivi alla legge precedente

⁴⁰ RASSEGNA GIURIDICA, *Il congedo di paternità tra promozione della parità di genere e valorizzazione del ruolo del padre: un quadro normativo* in https://www.minori.gov.it/sites/default/files/idi_congedo_di_paternita.pdf.

⁴¹ E. DE MARCO, *Congedo di paternità e riduzione del premio di risultato alla prova della bigenitorialità*, 2021, p. 1258.

⁴² INPS, *Congedo papà: nascita, adozione o affidamento bambino* in <https://www.inps.it/prestazioni-servizi/congedo-papa-nascita-adozione-o-affidamento-bambino>.

⁴³ Le variazioni sono avvenute secondo le seguenti normative: art. 4, co. 24, legge 28 giugno 2012, n. 92; art. 1, co. 205, legge 28 dicembre 2015, n. 208; art. 1, co. 354, legge 11 dicembre 2016, n. 232; art. 1, co. 354, legge 11 dicembre 2016 n. 232; art. 1, co. 278, legge 27 dicembre 2018, n. 145.

⁴⁴ L. 30 dicembre 2021, n. 234.

⁴⁵ G. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 1387.

del '77⁴⁶ che ha apportato notevoli modifiche nella disciplina della parità uomo-donna, così come nella gestione dei tempi di lavoro dei genitori. L'art. 6 della l. n. 903/1977, infatti, prevedeva inizialmente l'assenza da lavoro esclusivamente per le donne lavoratrici, (astensione facoltativa), nei casi in cui fosse stato adottato o avuto in affidamento un bambino⁴⁷. Invece, con gli articoli 6 *bis* e 6 *ter* è stato introdotto per la prima volta il diritto del padre lavoratore alla sospensione dal lavoro, attraverso l'astensione facoltativa e i riposi. Un'altra novità introdotta dal Testo Unico è stata l'introduzione di un'apposita sezione dedicata ai «congedi di paternità»⁴⁸. L'art. 28⁴⁹ dichiarava che il congedo del padre lavoratore poteva anche essere attribuito nella parte residua che sarebbe spettata, di norma, alla lavoratrice in casi di eventualità inderogabili e tassative, quali morte o grave impedimento della madre, abbandono del figlio o in caso di totale affidamento del figlio al padre⁵⁰. Particolare attenzione va posta sul fatto che il padre lavoratore, in caso avesse voluto usufruire del congedo di paternità, avrebbe dovuto obbligatoriamente provvedere alla consegna delle dovute certificazioni nei confronti del datore di lavoro, volte a comprovare la sussistenza delle eventualità precedentemente descritte⁵¹. Si può notare in questo senso come la previsione normativa fosse in realtà limitata, infatti l'astensione *pre-partum* era riservata esclusivamente alla madre naturale del bambino⁵². In questo caso la limitazione di cui si parla derivava dal fatto che contrariamente al congedo parentale, il congedo di paternità non veniva posto come un diritto vero e proprio, piuttosto come un diritto acquisito in caso di eventuali situazioni verificatesi nella vita della coppia genitoriale⁵³. Le situazioni previste dalla legge riguardavano l'impossibilità d'assistenza materna, autorizzando così il padre a prendersi cura del proprio figlio, oltretutto

⁴⁶ L. n. 903/1977.

⁴⁷ Art. 6, l. n. 903/1977.

⁴⁸ Capo IV, (artt. 28-31).

⁴⁹ D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

⁵⁰ *Ex art.* 28, d. lgs. n. 151/2001.

⁵¹ G. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 1387.

⁵² L. CIOTTI, *I Congedi Parentali e la Figura del Padre Lavoratore* in http://www.fedoa.unina.it/2770/1/Ciotti_Diritto_Economia.pdf.

⁵³ F. AMATO, *Il congedo di maternità e di paternità*, in D. GOTTARDI (a cura di), R. DEL PUNTA, *I nuovi congedi*, Il Sole 24ore, Milano, 2001, p. 29.

solo attraverso una certificazione dimostrativa riguardante le condizioni della madre⁵⁴.

La l. n. 92/2012⁵⁵ ha introdotto per i padri lavoratori dipendenti in via sperimentale il congedo obbligatorio e il congedo facoltativo; in alternativa al congedo di maternità, usufruibile da parte del padre lavoratore dipendente, così come dal padre adottivo o affidatario, entro e non oltre i cinque mesi di vita del bambino.

La normativa vigente, contenuta nella legge del 30 dicembre 2020, n.178⁵⁶, prevede che ci sia un giorno di congedo facoltativo, a seconda di una eventuale scelta della madre lavoratrice di non usufruire di altrettanti giorni del proprio congedo di maternità⁵⁷, e di dieci giorni d'istituto obbligatorio, godibile da parte del padre anche durante il periodo di maternità⁵⁸; la disposizione è fruibile sia in caso di nascita di un figlio che in caso di morte perinatale⁵⁹.

Con la direttiva del 4 aprile 2019⁶⁰ l'Unione Europea ha stabilito un periodo minimo di astensione obbligatoria dei c.d. «neopapà»: quest'ultima è stata recepita dallo stato italiano tramite il d.lgs. «Conciliazione Vita Lavoro» del 31 marzo 2022⁶¹, mentre con la Legge di Bilancio 2022⁶² sono stati stabilizzati entrambi i congedi del padre⁶³. I padri lavoratori dipendenti, pertanto, possono beneficiare del congedo in caso di nascita, adozione, affidamento o collocamento

⁵⁴ L. CIOTTI, *op. cit.*

⁵⁵ «L'art. 4, co. 24, lett. a), l. n. 92/2012 ha istituito per il padre lavoratore dipendente un congedo obbligatorio e un congedo facoltativo di paternità, le cui caratteristiche di dettaglio sono state illustrate dall'INPS con la Circolare n. 40/2013. La normativa non è direttamente applicabile ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2 del d. lgs. n. 165/2001, sino all'approvazione di apposita normativa.», INPS, *Guida Completa su contributi, prestazioni e agevolazioni*, SEAC, 2022, p. 756.

⁵⁶ Art. 1, co. 363, legge 30 dicembre 2020, n. 178.

⁵⁷ In questo caso la scelta la madre anticiperebbe il termine del proprio congedo *post partum*.

⁵⁸ Art.1, co. 25, legge 30 dicembre 2020, n. 178.

⁵⁹ Il numero di giorni fruibili è collegato all'anno di nascita del bambino e per le nascite a ridosso dell'anno i giorni sono fruibili nell'anno successivo.

⁶⁰ Direttiva 2019/1158/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁶¹ Annunciato nella seduta n. 423 del 6 aprile 2022.

⁶² Circolare n. 1 del 03 gennaio 2022.

⁶³ P. BALLANTI, *Conciliazione vita lavoro: novità in arrivo su smart-working e maternità* in LeggiOggi.it, 5 aprile 2022.

temporaneo di minori, ma anche in caso di morte perinatale del figlio⁶⁴. Con questo provvedimento il congedo di paternità è un diritto che si aggiunge a quello della madre. L'unico adempimento richiesto è la comunicazione ufficiale al proprio datore di lavoro⁶⁵, con preavviso di almeno 15 giorni e indicazione del periodo prescelto per la fruizione⁶⁶.

7. La disciplina recente del congedo obbligatorio del padre quale prima tappa di un percorso di legittimazione sul piano giuridico e previdenziale della paternità del lavoratore.

Lo sviluppo di una normativa priva di discriminazioni di genere è da ritenere meritevole sia per "alleggerire" il ruolo delle madri andando ad eliminare la concezione secondo cui solo queste debbano prendersi cura della famiglia, sia per fornire ai padri lo stesso grado di protezione e possibilità di poter prendere parte alla crescita dei propri figli. Come messo in luce nei paragrafi precedenti, grazie soprattutto agli impulsi del diritto europeo, nell'ordinamento italiano è stato introdotto il congedo di paternità. A tal scopo, è fondamentale ricordare le direttive nn. 2010/18/UE e 2019/1158/UE, che hanno influito drasticamente sulla normativa italiana andando a costituire una più solida base legale in continua trasformazione. Di conseguenza, in particolar modo nell'ultimo decennio, sempre più padri hanno potuto usufruire di tale istituto.

Tuttavia, nella prassi lavorativa si riscontra ancora una «resistenza culturale» verso il nuovo ruolo del padre lavoratore, da cui conseguono ripercussioni sull'ambito lavorativo. Come evidenziato in precedenza, tale situazione dipende, sul piano normativo, da un'interpretazione degli articoli costituzionali che mettono in luce una

⁶⁴ INPS, *Congedo papà (nascita, adozione o affidamento bambino)* in <https://www.inps.it/prestazioni-servizi/congedo-papa-nascita-adozione-o-affidamento-bambino>.

⁶⁵ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Da CdM ok a 2 schemi Dlgs di recepimento Direttive UE su proposta Orlando estesi diritti lavoratrici e lavoratori, migliori condizioni tempi vita-lavoro* in <https://www.lavoro.gov.it/stampa-e-media/Comunicati/Pagine/Da-CdM-ok-a-2-schemi-Dlgs-di-recepimento-Direttive-UE-su-proposta-Orlando-estesi-diritti-lavoratrici-e-lavoratori.aspx>.

⁶⁶ INPS, *Guida completa su contributi, prestazioni e agevolazioni*, SEAC, 2022, p. 758.

considerazione «tradizionale» della famiglia in cui il ruolo della donna è limitato alla vita domestica, mentre quello dell'uomo si riduce a quello di *breadwinner*⁶⁷. Per ovviare a tali impostazioni sociali appare opportuno «conciliare» la vita lavorativa con quella privata: sia per raggiungere una totale parità di genere, sia perché la riduzione del divario occupazionale tra i sessi giocherebbe un ruolo fondamentale sulla crescita economica in termini di aumento del reddito, incremento di nuovi posti di lavoro e di consumi⁶⁸. Non a caso, a livello europeo l'Agenda *for Sustainable Development* si è posta come obiettivo quello di «garantire entro il 2030 un'occupazione piena e produttiva e un lavoro dignitoso per donne e uomini, compresi i giovani e le persone con disabilità, e un'equa remunerazione per lavori di equo valore»⁶⁹.

La conciliazione tra famiglia e lavoro è da intendere come «conciliazione condivisa», capace di promuovere un ruolo più attivo per i padri lavoratori all'interno dei compiti di cura nella famiglia⁷⁰, ma anche quella di incentivare un modello di famiglia *dual earner dual carer*⁷¹. Quest'ultima prevede un riequilibrio del tempo dedicato, rispettivamente, agli impegni professionali e agli impegni familiari, con l'obiettivo di realizzare una parità di genere, non solo nel mercato del lavoro, ma anche nella sfera familiare, oltre alla riduzione dell'orario di lavoro per entrambi i componenti della coppia⁷².

Parallelamente agli istituti più classici che promuovono questo modello familiare «moderno», si può ricorrere anche ai differenti strumenti utilizzati dal nostro e da altri ordinamenti, volti a gestire in modo più flessibile l'orario di lavoro. Ci si riferisce ad esempio al *part-time*⁷³, strumento che se incentivato può rendere minore il carico tra

⁶⁷ R. CROMPTON, *Restructuring Gender Relations and Employment: The Decline of the Male Breadwinner*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

⁶⁸ I. FANLO CORTES, *op.cit.*, 2015, p. 38.

⁶⁹ R. ZUCARO, *La maternità dalla tutela alla valorizzazione, un'analisi comparata*, in *Osservatorio Isfol*, n.3, 2016, p. 85.

⁷⁰ ILO, *Care at work, Investing in care leave and services for a more gender equal world of work*, 2021, p. 3.

⁷¹ J.C. GORNICK, M.K. MEYERS, *Families that Work: Policies for Reconciling Parenthood and Employment*, Sage, New York, 2003.

⁷² I. FANLO CORTES, *op.cit.*, p. 42.

⁷³ M. BROLLO, *Occupazione femminile e flessibilità dei tempi di lavoro: il part-time*, in S. SERAFIN, M. BROLLO (a cura di), *Donne, politica e istituzioni: il tempo delle donne*, Forum, Udine, 2013, pp. 131-142.

impegni lavorativi e responsabilità familiari⁷⁴. Inoltre, risulta significativa anche la possibilità di rendere più adattabili gli orari passando da un contratto *part-time* ad un *full-time*. Altri strumenti utili in questo senso sono il *flexi-time*, lo *smart working*, gli orari a isole e la banca delle ore. Queste nuove tipologie di contratti, se usufruiti in maniera adeguata, vengono in aiuto ai genitori lavoratori. Tuttavia, appare doveroso in primo luogo dare spazio alla normativa dei congedi poiché, nonostante le varie modifiche apportate durante l'ultimo decennio, è evidente che il divario, in termini sia lavorativi che di responsabilità familiari, sia profondo e vada colmato al fine di permettere la corretta applicazione dei principi costituzionali per i quali la famiglia riveste un ruolo essenziale.

7.1. L'influenza della giurisprudenza italiana nell'orientamento alla conciliazione.

Nel determinare un nuovo ruolo per il padre lavoratore, la giurisprudenza ha avuto un impatto determinante. Negli anni, l'ampia giurisprudenza sul tema⁷⁵ ha ispirato il legislatore nella stesura delle successive normative, ad esempio nel 1987 una sentenza additiva della Corte Costituzionale⁷⁶ ha riconosciuto al padre il diritto all'astensione obbligatoria e ai riposi giornalieri nei casi di decesso, o grave infermità della madre. In generale, si riscontra la volontà di garantire un'adeguata assistenza al bambino non solo sul piano di tutele giuridiche, ma soprattutto su quello del suo sviluppo psicologico e affettivo. Tale questione si inserisce nel novero delle conclusioni che sono alla base delle regole sui congedi, che dimostrano l'importanza della presenza di entrambe le figure genitoriali per poter tutelare e proteggere l'interesse del minore⁷⁷. Ne consegue dunque una riflessione sulle funzioni familiari di madre e padre che dovrebbero essere equiparate e, in ultima analisi, sarebbe anche necessario conciliare la

⁷⁴ M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁵ Si ricordano ad esempio: Corte Costituzionale., sentenze nn. 179/1993, 104/2003, 385/2005.

⁷⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 1/1987.

⁷⁷ I. FANLO CORTES, *op.cit.*, p. 49.

funzione familiare e il lavoro extradomestico della madre per evitare tale disequilibrio⁷⁸.

Più recentemente, il Tribunale di Asti nella sentenza G.S. c. SKI S.P.A. ha accolto il ricorso di un lavoratore a contratto a tempo pieno e indeterminato *ex art.* 38 del d.lgs. n. 198 del 2006, il quale per fruire del congedo parentale ha segnalato la decurtazione del premio di risultato previsto dall'azienda per cui lavorava. Il dipendente aveva fruito nel corso del 2019 di più periodi di congedo parentale⁷⁹ per un totale di 60 giorni senza utilizzare alcun giorno di assenza⁸⁰. In tal senso, il Tribunale ha affermato che «lo status di genitore costituisce un autonomo fattore di protezione nel nostro ordinamento giuridico» ma che, in sostanza, i genitori lavoratori si vedono privati di una parte dell'ammontare del premio di risultato in misura proporzionale al numero di giorni utilizzati per il congedo parentale, venendo in questo modo gravemente penalizzati⁸¹.

In conclusione, nell'ambito delle tutele della maternità e della paternità, la giurisprudenza italiana promuove una lettura in chiave più moderna rispetto al legislatore: il fine ultimo è infatti quello di prevedere un effettivo compimento del concetto di cogenitorialità e di sostenere equamente i diritti delle madri come lavoratrici e dei padri come genitori. Il ruolo dell'evoluzione giurisprudenziale è stato quindi quello di indirizzare le normative verso una più solida conformazione dei ruoli genitoriali, in sostanza cercando di rendere più efficaci i principi costituzionali sanciti dall'art. 30 Cost. che assicura, seppur in modo implicito, il principio di parità dei genitori⁸².

8. Conclusioni.

La figura del padre lavoratore si è sviluppata durante l'arco degli ultimi decenni. Sotto gli impulsi europei, anche l'approccio italiano è stato adattato con l'introduzione del congedo di paternità e quello

⁷⁸ *Ivi*, p. 41.

⁷⁹ E. DE MARCO, *op. cit.*, p. 1257.

⁸⁰ Per queste ragioni si è ricorso all'*ex art.* 38 del d.lgs. dell'11 aprile 2006, n. 198 per poter dichiarare la discriminazione subita come genitore di non aver goduto del premio di risultato del 2019.

⁸¹ E. DE MARCO, *op. cit.*, p. 1257.

⁸² C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, Padova, 1954, pp. 143-144.

parentale, istituti a cui è stato dato ampio spazio nel contesto dei diritti della famiglia. Le normative recentemente applicate evidenziano la volontà del legislatore europeo e, seppur in minor misura, di quello italiano di orientare la disciplina verso una completa conciliazione del ruolo lavorativo e familiare di entrambi i genitori.

La cogenitorialità viene infatti perseguita per la creazione di un nuovo modello familiare «*family friendly*» in cui madre e padre sono posti sullo stesso piano. Come precedentemente illustrato, la conciliazione deve essere compresa come «conciliazione condivisa»⁸³ verso cui sono orientati i recenti provvedimenti europei. Tale conciliazione può essere raggiunta anche con l'utilizzo di diversi strumenti quali ad esempio il *part-time* e il *flexi-time*, ma ciò non può prescindere da una totale protezione dei diritti familiari nel contesto previdenziale.

In ultima analisi, nonostante l'introduzione del congedo di paternità obbligatorio e dell'istituto del congedo parentale, il nostro ordinamento appare ancora limitato sia sul piano normativo che su quello culturale ad una difficile partecipazione dei padri alla vita familiare e ciò determina una disincentivazione all'occupazione femminile. L'Italia ad oggi si trova in una posizione di inferiorità sia nelle statistiche di impiego femminile nel lavoro che in quelle di congedi di paternità, rispetto a molti altri Paesi Europei, pur essendo uno dei pochi ad averne introdotto il carattere obbligatorio. Ma proprio l'impiego di tali congedi potrebbe costituire un'arma a doppio taglio⁸⁴ nei confronti della stessa occupazione femminile, da una parte facilitandola, ma dall'altra compromettendone la continuità e, dunque, riaffermando la centralità del ruolo della donna all'interno del mondo domestico e familiare.

In conclusione, la conciliazione risulta essere l'unico modello perseguibile per raggiungere la parità di genere ed evitare le circostanze discriminanti sia per il padre genitore che per la madre lavoratrice. Pur avendo già lavorato alla modifica delle normative, è necessario che il legislatore italiano sviluppi ulteriormente la disciplina per scardinare quella concezione tradizionale in cui la nostra società rimane, alle volte, ancora intrappolata.

⁸³ I. FANLO CORTES, *op.cit.*, p. 42.

⁸⁴ *Ivi*, p. 49.

ELISABETTA PESCUMA*

IL PARTENARIATO PUBBLICO E PRIVATO
NEGLI ENTI LOCALI: DALL'EVOLUZIONE ECONOMICA
ALLA SUA DIFFUSIONE

The following paper illustrates the case of public private partnership (PPP), with a focus on project finance (PF) and its effects on territorial public finance, on the allocation of risks among public and private entities, and also on the relationship among public and third sector organizations. As a considerable amount of resources of the NRRP will be invested through PPPs at local level, Local public administrations must improve their administrative capacity to avoid bottlenecks in the overall implementation of the plan. The political guidance, the competences of the public administration and above all its relationship with the third sector are crucial in the current post-pandemic scenario. The ultimate goal is to put the individual at the center of public-private action for achieving an inclusive and cohesive society.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La fase Post Pandemia e il PNRR: Il PPP *New Generation*. – 3. Il PPP tra vincoli di bilancio e contabilizzazione. – 4. Il PPP nei comuni italiani. – 5. L'applicazione del PPP. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Il presente articolo illustra in chiave critica alcune modalità di integrazione della finanza pubblica e di quella privata per il finanziamento e la realizzazione delle infrastrutture e della loro successiva gestione. L'attenzione è posta sullo sviluppo del Partenariato Pubblico-Privato (PPP) e delle operazioni di *Project Financing* (PF) a livello di Enti Locali, con particolare riferimento al recente sviluppo del partenariato pubblico-privato sociale e all'utilizzo di tali strumenti per il finanziamento dei servizi di illuminazione pubblica. La tesi di fondo è che l'utilizzo del PF come modalità più opportuna di finanziamento

* Studentessa del Corso di Laurea in Diritto e Amministrazione Pubblica. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Andrea Salustri, Docente di Scienza delle Finanze presso Sapienza Università di Roma.

degli investimenti pubblici necessari del vaglio e del supporto di una compiuta attività di analisi, comparazione e monitoraggio nelle sue diverse fasi, dalla proposta fino alla gestione. In particolare, nell'ambito del servizio della pubblica illuminazione le caratteristiche peculiari di tale servizio giustificano ampiamente il ricorso a finanziamenti privati, ma anche l'intervento dell'azione pubblica.

2. La fase Post Pandemia e il PNRR: Il PPP New Generation.

Il PPP è una forma di collaborazione di lunga durata tra il soggetto pubblico e quello privato, che si pone come obiettivo il finanziamento, la costruzione, il rinnovo o la manutenzione di un'opera pubblica, oppure la fornitura di un servizio¹. In un contesto nazionale sempre più caratterizzato dalla scarsità di risorse pubbliche, anche a causa dell'introduzione di vincoli di bilancio sempre più stringenti, il PPP rappresenta una soluzione efficace per finanziare, costruire e rinnovare infrastrutture di pubblica utilità, anche favorendo la crescita e la competitività. In Italia l'impiego di capitali privati in ambiti prima riservati esclusivamente ai finanziamenti pubblici è stato fortemente condizionato dai vincoli che il legislatore ha imposto alla finanza pubblica. Si tratta di vincoli che hanno un'origine sia interna che esterna all'ordinamento nazionale, in quanto alcuni trovano il loro fondamento nella Costituzione, mentre altri dipendono dall'adesione dell'Italia all'Unione Europea.

Lo scenario di *austerity* osservato fino a prima dello scoppio della pandemia ha contratto fortemente la capacità di spesa, soprattutto negli Enti Locali, inducendo gli stessi al ricorso al mercato del credito o, più in generale, ad altre forme di finanza innovativa, e riducendo il ricorso al mercato dei mutui per gli investimenti². La crisi economico-finanziaria del 2011 ha, poi, minato fortemente il modello tradizionale di una PA autoritativa³, lasciando spazio a forme di

¹ COM (2004) 327, *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, definitivo, Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles, 2004, p. 3.

² AA.Vv., *I comuni italiani e il Partenariato Pubblico Privato*, documento di analisi n. 15, Senato della Repubblica, Roma, 2018, pp. 7-24.

³ M. TIBERII, *Il ruolo degli enti no profit nell'attività pubblica di programmazione e co-progettazione*, Fascicolo 4/2019, in *Amministrativamente-Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, Roma, 2019, pp. 484-494.

cooperazione a lungo termine tra pubblico e privato, non soltanto come percorso alternativo per realizzare l'interesse pubblico, ma anche come espressione del principio di sussidiarietà *ex art.* 118 della Costituzione.

Numerosi sono gli esempi di collaborazione tra gli Enti Pubblici e le istituzioni *non profit*, particolarmente innovativi soprattutto in quella nicchia, non ancora del tutto esplorata, rappresentata dal partenariato sociale, avente ad oggetto un'attività finalizzata al perseguimento di un'utilità sociale per la collettività.

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici⁴, rispetto al vecchio Codice del 2006⁵, ha previsto delle disposizioni specifiche in materia di PPP, introducendo anche nuove forme contrattuali, dette di partenariato *latu sensu* sociale, in un'ottica di sussidiarietà orizzontale e partecipazione attiva dei cittadini. Del pari, anche a livello internazionale le tendenze della *governance* sono rivolte, sempre più, alla sussidiarietà orizzontale ed al coinvolgimento dei cittadini. Così facendo, contemporaneamente alla creazione di valore finanziario, si crea anche «valore sociale», superando in tal modo la dicotomia tra logica sociale e logica di mercato.

Negli ultimi due anni, infine, l'emergenza sanitaria generata dalla diffusione del Covid-19, ha avuto importanti effetti indiretti di natura economica e sociale, che hanno portato gli Stati a ripensare le proprie politiche economiche in un'ottica maggiormente espansiva. Il *Next Generation EU* è il nuovo strumento temporaneo dell'Unione Europea per mitigare i danni economici e sociali causati dal Covid-19, attraverso l'erogazione di 750 miliardi di euro a favore dei Paesi europei, tra i quali l'Italia sarà il maggiore beneficiario⁶. Il suo nucleo principale è rappresentato dal «Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza», volto a creare un'Europa più verde, più digitale, più resiliente e più adeguata alle sfide presenti e future⁷. In tale scenario il ruolo che potrà assumere il PPP, soprattutto per gli Enti Locali, avrà valenza strategica, a condizione che le amministrazioni locali si dotino di un

⁴ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

⁵ Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

⁶ G. BUSIA, *Relazione Annuale 2020*, Camera dei deputati, Roma, 2021.

⁷ G. TORELLI, E. GUARNIERI, *Alcune considerazioni in tema di regolazione delle infrastrutture: crisi, semplificazioni, finanziamenti e ruolo dello stato-apparato*, in *Rivista digitale di diritto amministrativo*, n. 26, Venezia, 2021, pp. 127-154.

set di strumenti e competenze che le rendano più decise, più trasparenti, più digitali e più formate. Di fatto, il PPP è stato impiegato non solo per sopperire alla mancanza di risorse pubbliche, ma anche per fare fronte all'inadeguatezza degli apparati tecnico-burocratici delle PA, oltre che per velocizzare ed ottimizzare i processi di realizzazione e gestione delle opere pubbliche.

Ci attende una fase temporale, pari almeno alla durata del PNRR, di grandi cambiamenti della PA, di espansione economica e, si spera, anche sociale. La nuova stagione di dialogo tra pubblico e privato dovrà, dunque, avere come fulcro, in aggiunta al tradizionale settore privato, il mondo della società civile e del *non profit*, quali elementi indispensabili per rimediare ai possibili «fallimenti» dello Stato sociale e del mercato⁸.

In questo contesto mutato, l'evoluzione della PA dipenderà fortemente dalla qualità della classe dirigente pubblica e dalla sua capacità di programmare, monitorare e verificare l'uso dei nuovi strumenti introdotti dal PNRR⁹. La nuova stagione di dialogo richiede profili maggiormente abili nel *problem-solving*, piuttosto che nel possesso di conoscenze nozionistiche. Tali profili vanno formati puntando su strategie atte ad ampliare il bagaglio culturale e professionale dei dipendenti della PA, ma anche dei suoi amministratori, veri artefici delle scelte di *policy*¹⁰.

3. Il PPP tra vincoli di bilancio e contabilizzazione.

Negli ultimi venti anni il mercato del PPP è cresciuto in misura consistente, soprattutto per la sua capacità di amplificare le potenzialità di investimento, attraverso l'incontro di risorse e interessi privati e pubblici¹¹. Il ruolo della parte pubblica è molto diverso, a seconda che a monte del processo vi sia una iniziativa privata o una iniziativa pubblica, non potendo banalmente considerarsi, il PPP, una mera e semplice alternativa rispetto all'appalto pubblico tradizionale¹².

⁸ AA.VV., *I comuni e il Partenariato Pubblico Privato*, IV ed., IFEL, Roma, 2020.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ AA.VV., *Le forme di PPP e il fondo per la progettualità in campo culturale*, IFEL, Roma, 2013.

¹² E. BERTO, *Il Project Financing*, Altalex ebook, 2021.

Negli ultimi anni è cambiata anche la *mission* prioritaria della PA: non si tratta più di reperire risorse per realizzare opere pubbliche finalizzate allo sviluppo del territorio, ma di gestire servizi pubblici, anche attraverso l'utilizzo del patrimonio già disponibile, fermo restando l'esigenza di non consumare più nuovo suolo¹³. Sviluppando collaborazioni con il settore privato, la PA può mettere in atto operazioni virtuose, tali da consentire la rifunzionalizzazione, il riuso e la valorizzazione del suo patrimonio¹⁴. Scegliere il PPP consente di fornire risposte efficaci e al passo coi tempi alle domande del territorio¹⁵.

Di certo nell'attuale contesto economico, sempre più improntato ad una transizione ecologica e alla circolarità dei processi economici, nonché alla valorizzazione delle risorse territoriali, l'opportunità di ricorrere a forme di PPP deve essere valutata e confrontata con i benefici ottenibili rispetto alla prassi consolidata dell'appalto. In primo luogo, la tendenziale innovatività del settore privato stimola gli operatori ad attivare economie di scala riutilizzabili per più progetti simili, accumulando un *know-how* esperienziale difficilmente reperibile in ambito pubblico. In secondo luogo, il PPP può offrire forme di finanziamento integrative delle dotazioni di bilancio tradizionali, oltre alla possibilità di incrementi di efficienza nell'attuazione dei progetti. In terzo luogo, l'azione propositiva e decisionale della PA deve orientarsi a selezionare operazioni che siano attraenti sia per l'operatore privato, dal punto di vista economico, sia per il soggetto pubblico. In quarto luogo, elemento caratterizzante del partenariato è la corretta allocazione dei rischi, facendo leva sul soggetto che meglio può assorbirli. In quinto luogo, l'impiego del tradizionale sistema dell'Appalto impone che la PA, oltre alla spesa per gli investimenti iniziali, preveda ulteriori flussi per la gestione dell'opera. Nel caso del PPP, la possibilità di modificare l'assetto del bilancio tra spesa per investimenti e spesa corrente consente di attribuire ad un'operazione di Partenariato un effetto moltiplicatore dell'investimento pubblico.

Di fatto, il sistema contabile dell'UE (SEC 2010) permette, a certe condizioni, di registrare come voci fuori bilancio i contributi

¹³ AA.VV., *Il partenariato pubblico privato: uno strumento efficiente a disposizione dell'amministrazione*, Studio Cavaggioni, Verona, 2021.

¹⁴ M. GRECO, *Il PPP: opzione o necessità?* in www.diritto.it, 2009.

¹⁵ AA.VV., *Una Guida ai PPP. Manuale di buone prassi*, UTFP e EPEC, Roma, 2011.

pubblici al PPP. Fondamentale diventa, così, l'implementazione del processo di *governance*. La PA seleziona gli obiettivi e i progetti da perseguire, vigilando nella successiva fase di sorveglianza e controllo sull'esecuzione. Il privato sostiene le scelte in termini progettuali ed economico-finanziarie per garantire migliori risultati in termini prestazionali, ottimizzando i costi lungo tutto l'arco di vita dei progetti e migliorando il livello della manutenzione e dei servizi rispetto ai progetti tradizionali¹⁶.

Purtroppo, in Italia non sempre il PPP rappresenta la migliore alternativa disponibile, a causa delle seguenti disfunzioni: l'eccessiva fiducia nelle capacità risolutive del PPP quale unica alternativa alla carenza di risorse pubbliche disponibili; l'assenza di verifiche preliminari sulla reale convenienza del ricorso al PPP in termini di ottimizzazione dei costi per la PA; l'inadeguata capacità della PA a confrontarsi con la parte privata in ogni fase del processo; infine, l'allungamento dei tempi di avvio della fase operativa delle iniziative a causa della complessità delle procedure¹⁷.

Il vero tratto caratterizzante del PPP, come rinvenibile all'interno dell'ordinamento italiano, è la definizione e la disciplina del PPP e delle concessioni in modo sostanzialmente autonomo¹⁸. Il Legislatore opera una significativa suddivisione tra contratti di concessione e contratti di PPP: si ha un contratto di concessione quando il soggetto privato si assume il rischio sul lato della domanda. Si ha invece un contratto di partenariato, quando il rischio si manifesta dal lato dell'offerta.

Significativa, inoltre, è la scelta del Legislatore nazionale di disciplinare il «rischio operativo» in modo pressoché speculare alla Direttiva 2014/23/UE, riconducendo alla categoria di rischio operativo anche il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità ed il rischio di domanda¹⁹.

Un altro aspetto del contratto di PPP che, tanto nel precedente quanto nel vigente Codice dei Contratti Pubblici, assume un ruolo

¹⁶ M. GRECO, *Il PPP: opzione o necessità?*, in www.diritto.it, 2009.

¹⁷ AA.VV., *Le garanzie pubbliche nel PPP. Guida alla migliore valutazione, strutturazione, implementazione e gestione*, UTFP e EPEC, Roma, 2011.

¹⁸ I. BAISI, *Il partenariato sociale*, in www.diritto.it, 2021.

¹⁹ I. BAISI, *L'evoluzione del partenariato pubblico privato tra i due codici*, in *Salvis juribus*, 2021.

centrale è la remunerazione del soggetto privato. Il recupero di investimenti e costi a carico del privato dipende dall'effettiva disponibilità dell'opera o dall'effettiva fornitura del servizio che egli stesso è in grado di garantire alla PA, anche se, in caso di opere/servizi freddi o tiepidi, spetta alla parte pubblica versare un corrispettivo. Inoltre, l'Amministrazione può remunerare il *partner* privato non solo corrispondendo un canone, ma anche tramite la cessione di diritti.

Altra novità del nuovo Codice dei Contratti pubblici in materia di PPP è la peculiare attenzione rivolta alla fase di esecuzione del contratto, nel corso della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso sistemi di monitoraggio, verificando, in particolare, la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. Il mantenimento del rischio operativo in capo all'affidatario è indispensabile per garantire una corretta gestione della fase di esecuzione del contratto ed è importante anche ai fini di una corretta contabilizzazione delle operazioni di PPP e del conseguente impatto su deficit e debito pubblico. Il contratto deve, dunque, definire i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio e le conseguenze che potrebbero derivare dall'anticipata estinzione del negozio²⁰.

A distanza di oltre un quinquennio dall'attuazione del Nuovo Codice dei Contratti e in una economia fortemente condizionata dalla crisi pandemica, sembra utile riflettere su quale possa essere la prospettiva di crescita per il PPP. Il d.l. n. 76/2020, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», apporta numerose modifiche al Codice dei Contratti Pubblici, tutte volte a semplificare e accelerare la realizzazione di opere pubbliche e rilanciare gli investimenti infrastrutturali nel periodo di emergenza sanitaria in corso. Di notevole importanza è la modifica al presupposto per l'avvio del procedimento di PF cosiddetto «ad iniziativa privata», potendo essere presentate proposte progettuali riferite ad opere e/o servizi già inclusi negli strumenti di programmazione pubblica.

La modifica appare tra le più rilevanti dell'istituto, insieme a quella introdotta dal Decreto «Sblocca Cantieri» (d.l. n. 32/2019, convertito dalla l. n. 55/2019), che prevede di ampliare a investitori

²⁰ N. MARI, *La disciplina del contratto di partenariato pubblico privato*, in *Altalex*, 2016.

istituzionali (quali: Cassa Depositi e Prestiti, Istituto per il Credito Sportivo, Fondi comuni di investimento immobiliare, Assicurazioni, Casse di previdenza e Fondi Pensione, ecc.) la platea dei soggetti ammessi a presentare le proposte.

La modifica normativa amplia il raggio d'azione di una procedura sostanzialmente a costo zero per il fatto che i privati predispongono tutta la documentazione relativa alla realizzazione di un investimento infrastrutturale, dalla progettazione, al finanziamento, alla realizzazione e successiva gestione funzionale ed economica dell'opera, e possono altresì intervenire per migliorare ed affinare ipotesi di intervento già previste. Permane, in ogni caso, il ruolo della PA, cui spetta la parola finale in termini di accettazione o rifiuto delle modalità, ancorché innovative, di un'operazione che peraltro essa stessa aveva già posto tra i propri obiettivi di intervento.

Ancora: il Decreto «Semplificazioni» innova le modalità di remunerazione dell'operatore economico nell'ambito dei contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (gli *Energy Performance Contracts* – EPC) e, ancora di più introduce sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato nell'ambito dei beni culturali, consentendo anche allo Stato, alle regioni e agli enti territoriali di attivare tali forme speciali di PPP.

Fulcro delle operazioni di PPP è la loro contabilizzazione, soprattutto con riferimento all'ordinamento degli Enti Locali, essendo questi ultimi gli attori istituzionali che più fanno ricorso agli strumenti di PPP. Le operazioni di PPP hanno, infatti, effetti rilevanti sugli equilibri di bilancio dell'Ente Locale. Tali effetti differiscono in base alla gestione *off balance* oppure *on balance* delle operazioni considerate. Anche dopo la Legge di bilancio 2019 e la disposta abolizione del saldo di competenza, i bilanci locali continuano ad essere subordinati ad un sistema di regole finalizzate al monitoraggio dei conti pubblici²¹.

A partire dal 1° gennaio 2019, superata la quasi ventennale esperienza del patto di stabilità interno, le regole di finanza pubblica cogenti per le amministrazioni locali fanno essenzialmente riferimento al mantenimento degli equilibri di bilancio e al rispetto dei limiti

²¹ ANCI – IFEL, *Legge di bilancio 2019. Nota di lettura sulle norme di interesse degli Enti Locali*, Roma, 2019.

all'indebitamento²². Il d.lgs. n. 267/2000 (TUEL) stabilisce che il bilancio di previsione debba essere redatto nel rispetto dei principi di veridicità e di attendibilità e deliberato in pareggio finanziario complessivo, da garantire anche durante tutto il periodo di gestione. Tale sistema è stato integrato dal d.lgs. n. 118/2011, che, in ragione delle nuove esigenze di garantire gli equilibri di medio e lungo periodo, ha previsto che, con l'approvazione del bilancio, vengano garantiti una serie di equilibri. In questo sistema, la contabilizzazione dei PPP nei bilanci comunali è di fondamentale importanza.

Altra possibile forma di intervento da parte della PA è rappresentata dalla fornitura di garanzie, a vantaggio del *partner* privato, connesse a finanziamenti per la realizzazione dell'infrastruttura, con il risultato che il privato riesce ad ottenere fondi sul mercato a condizioni migliori. Naturalmente, solo in caso di escussione delle garanzie la classificazione diventa *on balance*, stante la loro registrazione nella contabilità pubblica. Sia per i contributi che per le garanzie, l'Eurostat considera *on balance* le sole infrastrutture oggetto di contratti per i quali i contributi e/o le garanzie pubbliche coprano più del 50% dei finanziamenti²³. Il bisogno di superare i vincoli economico-contabili e il *trade-off* tra investimenti e rispetto dei vincoli e l'obbligo di garantire gli equilibri di bilancio, porta gli Enti Locali a trovare una via d'uscita proprio nei PPP, garantendo, mediante la contabilizzazione *off balance*, una riduzione della pressione sui bilanci pubblici²⁴.

Le complesse regole per la contabilizzazione dei PPP rendono estremamente difficoltosa la corretta allocazione contabile dei PPP nei bilanci²⁵. Complessivamente, si va sviluppando un sistema di *governance* multilivello, base per una coesione sociale, economica e territoriale, che passa attraverso una progettazione *bottom-up*, con modalità partecipative e inclusive di tutti i portatori di interesse, ed una fase di realizzazione dei progetti che coinvolge tutti gli attori-*partner*,

²² *Ibid.*

²³ AA.VV., *Partenariato pubblico-privato: una proposta per il rilancio*, in Delibera n. 116, a cura dell'ANAC, 2020 e Determina n. 1, a cura del Ragioniere Generale dello Stato, 2021.

²⁴ M. MARIANI, *Soluzioni contrattuali nella Pa tra vincoli di bilancio ed esigenze di crescita*, in *Dossier Appalti*, 2015.

²⁵ R. DELUCA, N. LUCIDO, *Il Piano Economico-Finanziario nelle procedure di Partenariato Pubblico-Privato: orientamenti ANAC, Ragioneria Generale dello Stato e giurisprudenza recente*, Fondazione Nazionale Commercialisti, 2019.

tra i quali sono incluse anche le organizzazioni del Terzo Settore²⁶.

Più in generale, lo scopo principale dell'ente pubblico che attiva o valorizza partenariati con il Terzo Settore è quello di co-programmare e di fornire servizi pubblici innovativi, di alta qualità, che soddisfino le esigenze dei singoli e delle comunità locali. Applicare *best practices* nel partenariato sociale rappresenta la sfida nei presenti e prossimi impegnativi anni di attuazione del PNRR: creare comunità, valorizzare le reti territoriali, rispettare le risorse ambientali per produrre un'economia circolare che non trascuri mai il valore della persona, ponendola sempre al centro di ogni scelta di *policy*²⁷.

4. Il PPP nei comuni italiani.

In Italia l'utilizzo del PF da parte della PA ha avuto una significativa espansione negli ultimi anni, soprattutto nei servizi pubblici locali. Nel mondo del PPP, i Comuni rappresentano i principali soggetti committenti, per la capacità di tale strumento di contemperare la scarsità di risorse pubbliche, i vincoli di finanza pubblica e la domanda di crescita dei servizi destinati alla collettività²⁸. La domanda è concentrata, in larga parte, verso opere pubbliche che incidono sui processi di riqualificazione urbana, ma una quota rilevante delle *partnership* attivate si riferisce anche ai servizi essenziali e di pubblica utilità. Tra le concessioni di lavori, quelle ad iniziativa privata sono meno numerose di quelle ad iniziativa pubblica, ma riguardano opere per importi maggiori rispetto a queste ultime²⁹. Geograficamente, maggiore diffusione, almeno sino al 2014, si è avuta nelle regioni settentrionali, con un aumento di incidenza, negli ultimi anni, anche nelle regioni meridionali³⁰. Dal punto di vista delle stazioni appaltanti, tra i soggetti committenti, i Comuni coprono quote superiori al 90%

²⁶ AA.VV., *Partenariato pubblico-privato: una proposta per il rilancio*, in Delibera n. 1116, a cura dell'ANAC, 2020 e Determina n. 1, a cura del Ragioniere Generale dello Stato, 2021.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ AA.VV., *La dimensione comunale del Partenariato Pubblico Privato*, III ed., IFEL, Roma, 2019.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

della domanda degli Enti Locali per numero di procedure e superiori al 75% per importi messi a gara³¹, divenendo, così, i principali committenti delle opere di PPP, sia per numero di procedure attivate, sia per importo messo a gara³². Il PPP ha alimentato un clima di fiducia nei contesti locali, liberando spazi di manovra, senza, però, che, nelle more, si mettesse a punto un'organizzazione a supporto delle stazioni appaltanti.

Nonostante la vivacità di questo mercato potenziale e alternativo per gli investimenti dei Comuni, il PPP non è immune da problematiche di contesto e specifiche. Ad esempio, ritardi, contenziosi e instabilità politica e programmatica possono incrementare i costi, rendere non più conveniente l'iniziativa, o determinarne addirittura il fallimento³³. Ulteriori criticità emergono nell'allocazione dei rischi tra *partner* pubblico e privato³⁴. La stipula del contratto di PPP è di fondamentale importanza per il buon esito dell'operazione. La genesi del contratto prevede, quindi, tre momenti: lo studio di fattibilità, la bozza di Convenzione e la stipulazione del Contratto³⁵. Il contratto disciplina la condivisione delle risorse economiche, delle capacità e delle competenze. L'elemento di condivisione più delicato riguarda il rischio, elemento cardine di ogni operazione di PPP³⁶. Il contratto deve essere concretamente commutativo: non deve consentire al privato di lucrare eccessivamente e non deve allocare sullo stesso rischi eccessivi, perché la collettività sarebbe esposta all'utilizzo di beni o servizi di basso livello³⁷.

L'analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera è condizione necessaria da svolgere preventivamente secondo i principi del *risk management* per ottenere un migliore controllo sui fondi pubblici da parte della PA e consentire al privato un'esposizione al rischio più consapevole³⁸. Affinché risulti efficace, una corretta

³¹ AA.VV., *I comuni italiani e il Partenariato Pubblico Privato*, Documento di analisi n. 15, Senato della Repubblica, Roma, 2018.

³² AA.VV., *I comuni e il Partenariato Pubblico Privato*, IV ed., IFEL, Roma, 2020.

³³ *Ibid.*

³⁴ F. NICOTRA, *Collaborare per migliorare: il partenariato pubblico-privato*, anno XIV n. 8, in *Il Diritto Amministrativo*, Catania, 2020.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

operazione di PPP deve giungere ad una allocazione ottimale dei rischi. Naturalmente, alla redistribuzione dei rischi e dei costi ad essi connessi deve accompagnarsi l'equilibrio economico-finanziario, vale a dire la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e di sostenibilità finanziaria. Tutta l'operazione del PF null'altro è che il metodo per allocare rischi e responsabilità tra soggetti in base alla loro capacità di sostenerli, ma anche in base all'efficienza, all'efficacia e all'economicità della gestione degli stessi³⁹.

La corretta quantificazione dei costi connessi ai rischi da allocare riduce le asimmetrie informative. Ciò aumenta la consapevolezza dell'Amministrazione in fase di negoziazione con il settore privato e facilita il conseguimento di una efficace allocazione delle risorse pubbliche⁴⁰. L'obiettivo è massimizzare il *Value for Money* per il settore pubblico, tenendo in considerazione aspetti qualitativi e quantitativi⁴¹. Uno dei metodi più diffusi per effettuare tale operazione è quello di ricorrere al *Public sector comparator*⁴², una tecnica che si basa sul confronto del Valore Attuale Netto (VAN) dei costi e dei ricavi generati nelle due alternative di approvvigionamento⁴³.

Dal punto di vista economico, il PPP si colloca all'interno della funzione allocativa, come strumento mediante il quale il settore pubblico realizza infrastrutture e fornisce servizi. Questo ruolo dell'intervento pubblico si rivela necessario ogniqualvolta ci si trovi di fronte a situazioni di fallimento del mercato, ossia situazioni in cui il mercato, nel suo operare sulla base delle regole generali che presiedono agli scambi, non realizza una allocazione delle risorse che il decisore pubblico possa considerare socialmente ottimale. Il problema dell'informazione e della sua allocazione nel mercato è comunemente rappresentato attraverso il modello delle relazioni di agenzia⁴⁴. La relazione tra PA e privato, è, infatti, perfettamente riconducibile ad un rapporto *principal-agent*. In sostanza, si tratta di un rapporto di committenza connotato dai tipici problemi di selezione avversa e azzardo morale abilitati dalla presenza di asimmetrie informative.

³⁹ AA.VV., *Allocazione dei rischi tra pubblico e privato nel project financing*, Regione Emilia-Romagna, 2008.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ E. VALERIANI, *Public Procurement*, Cisalpino, Milano, 2013.

È di tutta evidenza che il privato è indotto, secondo il suo calcolo razionale, alla scelta che massimizza il suo profitto. D'altra parte, la PA, oltre a perseguire l'interesse collettivo, è un soggetto meno informato dei soggetti privati, sia perché non possiede personale e strumenti idonei per accedere e controllare le informazioni, sia per carenza di interesse alla verifica. Pertanto, l'asimmetria informativa riguarda sia la valutazione delle informazioni, sia il comportamento del soggetto privato, in quanto, oltre all'*hidden knowledge* nella fase della scelta del contraente migliore, appare anche l'*hidden action* in fase di adempimento del contratto⁴⁵. Si generano, così, fallimenti di mercato, che l'Autorità pubblica cerca di correggere, in veste di legislatore, predisponendo norme che incentivino l'agente ad agire anche nell'interesse del committente⁴⁶.

Rileva, in particolare, il tema dell'*enforcement* contrattuale, i cui cardini si identificano nell'allocazione dei rischi, e nei sistemi di incentivazione e monitoraggio dell'esecuzione del contratto.

5. L'applicazione del PPP nei comuni italiani.

I Comuni utilizzano il PPP soprattutto per realizzare progetti infrastrutturali legati alla produzione di energia da fonti rinnovabili, con risparmi immediati e consistenti sui bilanci finanziari degli enti. Nel settore della riqualificazione energetica, i bandi di PPP relativi agli interventi di riqualificazione energetica da parte dei Comuni rappresentano più della metà (57%) dei bandi pubblicati, nei 17 anni considerati, da tutti i committenti nel settore energia⁴⁷. Il PPP utilizzato per la realizzazione, efficientamento energetico e gestione degli impianti di pubblica illuminazione ha avuto, in questo ambito, un ruolo di primaria importanza.

Funzione catalizzante in questa direzione di crescita è da ascrivere all'implementazione del d.lgs. n. 50/2016, apportata dalla l. n. 120/2020, riferita alle modalità di remunerazione dell'operatore economico nell'ambito dei contratti di rendimento energetico o di

⁴⁵ G. CAMPA, *Economia e finanza pubblica*, UTET, Milano, 2017.

⁴⁶ F. ANTELLINI RUSSO, *Il Partenariato Pubblico Privato in Italia tra efficienza e vincoli di finanza pubblica*, LUISS, Roma, 2011.

⁴⁷ AA.VV., *La dimensione comunale del Partenariato Pubblico Privato*, III ed., IFEL, Roma, 2019.

prestazione energetica (gli *Energy Performance Contract* – EPC). La disposizione stabilisce che i ricavi di gestione possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica. In tal modo, nelle operazioni di PPP, qualificate come EPC, viene assicurata la corretta allocazione dei rischi contrattuali, risultando la remunerazione del *partner* privato correlata ai risultati effettivamente conseguiti e alle prestazioni rese⁴⁸.

Tipicamente l'EPC è il modello contrattuale utilizzato dalle E.S.Co (*Energy Service Company* – Società di Servizi Energetici), società che forniscono tutti i servizi tecnici, commerciali e finanziari necessari per realizzare un intervento di efficienza energetica, assumendosi l'onere dell'investimento e il rischio di un mancato risparmio, a fronte della stipula di un contratto in cui siano stabiliti i propri utili⁴⁹.

In Italia, le prime operazioni di finanza di progetto in materia di illuminazione pubblica (ambito pertinente al macrosettore dell'energia) sono state realizzate a seguito della liberalizzazione del mercato della produzione dell'energia elettrica avvenuta agli inizi degli anni Novanta⁵⁰. Tuttavia, l'effettivo incremento si è registrato da quando le E.S.Co hanno iniziato a ricercare attivamente la collaborazione con la PA per la gestione e l'efficientamento energetico degli impianti di Pubblica Illuminazione, attribuendosi interamente il rischio d'impresa e liberando il beneficiario da ogni onere organizzativo e di investimento⁵¹.

Nella stragrande maggioranza dei casi, gli impianti della pubblica illuminazione scontano una diffusa obsolescenza dei loro componenti, così incidendo in maniera significativa sui bilanci comunali a causa degli ingenti costi d'acquisto dell'energia elettrica. Altrettanto diffuso è il mancato o carente adeguamento alla vigente normativa tecnica di settore⁵².

⁴⁸ AA.VV., *La dimensione comunale del Partenariato Pubblico Privato*, III ed., IFEL, Roma, 2019.

⁴⁹ C. MERANI, *E.S.Co. e Codice Appalti*, IFEL, Roma, 2018.

⁵⁰ AA.VV., *La dimensione comunale del Partenariato Pubblico Privato*, III ed., IFEL, Roma, 2019.

⁵¹ *Ibidem*. Il contratto di rendimento energetico è stato introdotto nell'ordinamento comunitario dalla direttiva 2006/32/CE, relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici, e recepito nell'ordinamento interno con il d.lgs. n. 115/2008, di attuazione della direttiva citata. Oggi è disciplinato dal d.lgs. n. 102/2014.

⁵² *Ibid.*

D'altra parte, il servizio di pubblica illuminazione si presta molto all'applicazione delle forme di PPP, declinate nei vari modelli procedurali astrattamente utilizzabili: affidamento-concessione del servizio a terzi, concessione di costruzione e gestione e finanza di progetto. In particolare, il PF appare lo strumento ideale per conseguire obiettivi di riqualificazione, efficientamento e risparmio economico ed energetico, con implementazione di servizi *smart city*⁵³.

6. Conclusioni.

L'obiettivo di questo lavoro è illustrare come la tecnica del Progetto di Finanza e, più in generale, del PPP, possa consentire alla PA di fornire beni e/o servizi ai cittadini in modo più efficace ed efficiente.

Il successo di operazioni di PPP dipende, sostanzialmente, dalla compiutezza del sistema di *governance*, che diventa virtuoso quando il dialogo tra le diverse parti riesce a fare sintesi tra una forte autonomia e innovatività dei soggetti privati ed una reale autorevolezza e capacità di negoziazione delle pubbliche amministrazioni coinvolte.

Un aspetto sensibile per il successo delle operazioni di PPP riguarda la corretta allocazione contabile delle poste in entrata ed in uscita nei bilanci. Si tratta, tuttavia, di un'attività governata fino ad oggi da regole così complesse da renderne difficile l'applicazione. Occorre correggere queste distonie, identificando le esigenze territoriali, sia alla scala locale, sia alla scala nazionale, monitorando in ogni fase (*ex ante*, *in itinere*, *ex post*) le politiche pubbliche intraprese, esplorando l'intero ciclo della loro valutazione.

Grazie all'interazione con il Terzo Settore si va delineando una vera rivoluzione copernicana, tale da superare le resistenze della PA derivate da un utilizzo difensivo della burocrazia, mediante la considerazione esplicita delle finalità eminentemente filantropiche del privato sociale. È maturo il tempo per un rapporto dialogico da svolgersi a tre: pubblico, privato economico e privato sociale, in una continua evoluzione temporale e scambio dei reciproci ruoli di «mittente» e «ricevente».

⁵³ M. MERLO, *Project Financing e Comuni: una spinta al processo di Smart City*, in *LentePubblica.it*, 2019.

Nella contemporanea cornice del PNRR, il PPP ad iniziativa privata diventa occasione per utilizzare la cosiddetta «finanza sostenibile», ancora più efficace se ottimizzata da una PA che pubblici avvisi di manifestazione di interesse per sollecitare i privati a formulare proposte in ambiti circoscritti e predefiniti da una pianificazione pubblica.

La collaborazione tra pubblico e privato è di fondamentale rilevanza in tema di finanziamento delle opere infrastrutturali ed oggi può offrire un contributo significativo alla gestione delle risorse del PNRR. Tuttavia, urge una radicale ristrutturazione dell'organizzazione degli Enti Locali per uscire da quella condizione che l'economista Carlo Cottarelli definisce «l'imbuto degli enti locali»⁵⁴.

In Italia, solo di recente, con la Delibera ANAC n. 116/2020 e con la Determina del Ragioniere Generale dello Stato n. 1/2021, è stato approvato il documento costituito da una bozza di contratto di concessione, accompagnato da una corposa relazione illustrativa, in cui si dà atto dell'aderenza ai principi Eurostat in materia di contabilizzazione delle operazioni di PPP. Si vogliono, così, incentivare e sostenere gli investimenti in infrastrutture, tutelando, al contempo, la finanza pubblica. Per il raggiungimento del suddetto obiettivo le diversificate e divergenti *missions* dei tre agenti (pubblico, privato e privato sociale) dovranno convergere nell'attenzione allo sviluppo e al controllo del territorio, quale luogo materiale e immateriale di attuazione delle azioni di programmazione e gestione del pubblico, delle azioni di investimento del *partner* privato economico e delle azioni di volontariato e di modellamento culturale del *partner* privato sociale.

Ciò che conta, nel momento in cui la PA si rivolge al mercato, è la fase preventiva di chiarimento dell'ambito dei bisogni, durante la quale l'interazione dialettica tra pubblico e privato sociale deve tendere a chiarirne le caratteristiche (valutazione *ex ante*). Nella fase intermedia di monitoraggio, invece, si monitora l'impatto delle scelte di *policy* sul territorio, sia locale che nazionale (valutazione *in itinere*), al fine di verificare i risultati concreti ed eventualmente riallinearli con modifiche contrattuali, fermo restando gli equilibri economico-finanziari da salvaguardare nel rispetto degli obblighi contrattuali tipici

⁵⁴ C. COTTARELLI, *L'imbuto degli enti locali: gestiscono un terzo delle risorse del PNRR, ma rischiano di fare tardi*, in *Repubblica*, 2021.

del PPP. Nella fase conclusiva del ciclo di valutazione delle politiche pubbliche si analizzano gli esiti, misurando il successo delle operazioni di PPP (valutazione *ex post*), tenendo conto anche degli impatti ambientali e sociali delle azioni realizzate.

In tutte e tre le fasi il privato sociale assume naturalmente un ruolo privilegiato e trasversale, in ragione delle informazioni che il Terzo Settore può raccogliere sul campo, le sole capaci di supportare, correggere ed integrare le scelte del decisore pubblico e rendere legittime, perché sostenibili, le esigenze di profitto del *partner* privato.

Nella fase attuale, così decisiva per la ripresa dell'economia italiana, a seguito della crisi generata dalla pandemia di Covid-19, diventa ancora più determinante la conoscenza reciproca e il dialogo tra operatori finanziari ed Enti del Terzo Settore per attivare azioni efficaci sul territorio.

Le istanze sociali ed ambientali devono essere integrate nelle valutazioni prettamente economiche del settore finanziario, al fine di veicolare le risorse finanziarie verso il finanziamento di politiche ed investimenti ad impatto sociale e ambientale.

Il tema della finanza sociale è più che mai attuale e al centro del dibattito pubblico e delle politiche nazionali, in quanto può sostenere la capacità di investire in innovazione sociale. In un contesto caratterizzato dalla contrazione strutturale delle risorse pubbliche e da forti cambiamenti sociali in atto, le imprese sociali e le organizzazioni del Terzo Settore hanno bisogno di strumenti innovativi per rispondere alle sfide che hanno di fronte, rispetto a bisogni sempre meno coperti dal *welfare* pubblico. Il processo di ammodernamento delle politiche sociali e dello sviluppo economico del territorio nazionale deve dunque poggiare su una nuova sinergia tra la dimensione economico-finanziaria e la dimensione sociale, resa possibile grazie alla riforma del Terzo Settore.

In economie caratterizzate da una sempre più diffusa esternalizzazione dei servizi da parte degli enti pubblici, le sfide per la costituzione di partenariati multi-attore sono molto complesse. Da una parte, si esige che il Terzo Settore diventi più esperto nel modo in cui opera, riconoscendo il proprio coinvolgimento come necessario e paritario, assieme a quello degli organismi privati e del *non profit* nella fornitura di servizi pubblici efficienti ed efficaci. Dall'altra parte, il settore pubblico deve considerare il Terzo Settore, in quanto

portatore di necessarie e specifiche competenze, quale *partner* egualitario e fondamentale nelle operazioni di PPP finalizzate all'inclusione e al miglioramento del benessere sociale.

Questa la sfida che ci attende: collocare la persona e la sua sfera sociale al centro della pianificazione pubblica e del dialogo con il privato, per una società espansiva, inclusiva, aggregativa, nella quale le risorse europee e nazionali della politica di coesione 2021-2027 possano agevolare un'ottica di sinergia e complementarità nel rapporto tra *partner* pubblico, *partner* privato e *partner* sociale.

FARIDEH AMIRFARHANGI BONAB*

THE CONCEPT OF HUMAN RIGHTS
IN THE EUROPEAN UNION

The European Union's approach to the concept of «human rights» has already been discussed, from the history and treaties for the observance of human rights to the conventions and articles, and the perspectives in international law. Some scholars are of the opinion that when the European Union (EU) states that its binding obligations on human rights originate from its internal legal order, it means that it is obligated not to violate human rights in its performance; it should protect and fulfill human rights within its spheres of competence. This article, first, reviews the history of human rights in the EU's treaties and European human rights bodies. Then, it questions the EU's contribution to human rights in its domestic and foreign policies. It concludes that respecting human rights is the main part of the EU's relations with non-EU countries and international institutions. To protect human rights beyond the EU's borders, the EU adopted a Global Human Rights Sanctions regime that provides the EU with more flexibility to target those responsible for serious human rights violations and abuses worldwide. The EU claims that it explores all avenues for progress before resorting to restrictive measure.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Protection of Human Rights in the European Union. – 3. The EU and Human Rights from the Perspective of International Law. – 4 Conclusion.

1. *Introduction.*

Members of the *Mouvement Européen*, an influential European movement or a collection of movements, established in 1948 and set up the *Comité d'Études pour la Constitution Européenne* (CECE) in 1952 to promote the cause of European unity and integration. This body was not chosen by governments, nor is it a representative of

* Studentessa del Corso di Laurea in European Studies. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Angelo Schillaci, docente di Comparative and European Public Law presso Sapienza Università di Roma.

governments, but rather a group of influential lawyers, scholars, activists, and politicians interested in advancing the project of European integration.

The CECE, labeled itself as a «study group» (*comité d'études*), was established specifically to contribute to the process of drafting a constitution (statute) for a European political community. The CECE raised the question of the place of human rights in the proposed new European polity, remarking that the committee should give attention to human rights and fundamental freedoms. Despite basic differences in views about the role of human rights in the new European construction, «Human Rights» were assigned a separate chapter by the committee.

The development of the European Defense Community (EDC) witnessed the promotion of the idea of establishing a European Political Community (EPC) to provide political leadership and a democratic basis for the defense community.

The Treaty, establishing the EDC, was signed in May 1952; immediately, the Consultative Assembly of the Council of Europe asked that the responsibility for drawing up a plan for a European Political Community be given to the Common Assembly of the European Coal and Steel Community (ECSC).

Based on Article 38 of the ECSC Treaty, the Special Council of Ministers of the ECSC established the «AD HOC Assembly» to draft the statute for a European Political Community.

The «AD HOC Assembly» set up a 26-member Constitutional Committee with a smaller working group and four subcommittees to do the task of drafting. Following the CECE Resolutions, Article 2 of the EPC Treaty stipulates that the Community aims to contribute to the protection of human rights and fundamental freedoms in the member states.

On November 4, 1950, the 12 member states of the Council of Europe signed the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, known as the European Convention on Human Rights (ECHR). This Convention entered into force on September 3, 1953. Given that the Council of Europe aims to achieve greater unity among its members, one of the methods, by which this aim must be pursued, is the maintenance and further realization of human rights and fundamental freedoms.

From the Rome Treaty to the Maastricht Treaty, the European Economic Community Treaty and the European Atomic Energy Treaty were silent on the subject of human rights. However, from the Maastricht Treaty to the Lisbon Treaty, an EU Constitutional Framework for Human Rights Protection emerged. The preamble and the opening articles of the Constitution declare that the EU «draws inspiration from the cultural, religious, and humanist inheritance of Europe» and defends universal values: human rights, democracy, equality, freedom, and the rule of law. It hopes «unity in diversity» and welcomes all European States which respect its values.

It underlines that the rights belong to pluralism, minorities, nondiscrimination, justice, tolerance, solidarity, and equality between genders.

2. Protection of Human Rights in the European Union.

The undertakings of the EU, its institutions and its member states can be praised for their continued implementation of human rights obligations in parallel to the process of integration. The EU has a law on non-discrimination as the main element of all human rights regimes. Article 21 of the EU Charter of Fundamental Rights on non-discrimination states: «Any discrimination based on any ground such as sex, race, color, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinions, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited; within the scope of Treaties and without prejudice to any of their specific provisions, any discrimination on grounds of nationality should be prohibited¹».

Accordingly, EU law protects against discrimination in the context of employment², access to supply of goods and services including

¹ EU Charter of Fundamental Rights, in <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/21-non-discrimination>.

² FEDERAL TRADE COMMISSION, *Notification and Federal Employee Antidiscrimination and Retaliation Act (No FEAR) P.L. 107-174*, in <https://www.ftc.gov/policy-notices/no-fear-act>.

housing and health care³, and access to welfare and forms of social security⁴.

Also, Article 6 of the Treaty of European Union (TEU) refers to the importance of fundamental rights, saying Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the member states, shall constitute general principles of the Union's law⁵.

Also, Article 10 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) – a new provision introduced by the Lisbon Treaty – obligates the EU to «combat discrimination» while «defining its policies and activities». In other words, the EU's policies should not discriminate but should promote equality⁶.

Also, the Lisbon Treaty focuses on the legally binding status of the Charter of Fundamental Rights (CFR) and asks all the institutions and member states to respect the rights in their interpretation and implementation of EU law^{7,8} Article 51(1) of the CFR reads: «The provisions of this Charter are addressed to the institutions, bodies, offices, and agencies of the Union with due regard to the

³ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008PC0426&from=DA>.

⁴ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Handbook on European non-discrimination law: Case-law update. July 2010-December 2011*, 2011, in <https://fra.europa.eu/en/publication/2011/handbook-european-non-discrimination-law-2011-edition>.

⁵ *Consolidated Version of the Treaty on European Union*, 26 October 2012, in Official Journal of the European Union. In https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0023.02/DOC_1&format=pdf.

⁶ *The European Union and International Human Rights Law. United Nations, Human Rights Office of the High Commissioner*, in https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf.

⁷ *Ibid.*

⁸ Article 6(1) TFEU: «Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law», in https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/teu_2016/art_6/oj.

principle of subsidiarity and to the member states only when they implement Union law. They should respect the rights, observe the principles, and promote their application in accordance with their respective powers⁹». It means, as long as the member states have the competence to implement their national laws, the CFR has no role in determining their validity¹⁰.

The Council of Europe (CoE) is an intergovernmental organization with 47 member states; it is entirely separate from the European Union. As regards the connection of the COE to the EU, it is claimed that the EU, its 27 member states, and candidates for EU membership are required to ratify the European Convention on Human Rights (ECHR)¹¹.

The ECHR is an international and legally-binding treaty developed by the Council of Europe. The ECHR was put into practice in 1953 and protects human rights and fundamental freedoms in all member states of the Council of Europe. In terms of civilization, it is known as one of the most important achievements of Europe after the Second World War¹².

Responsible for legislation, the European Commission declares that legislative proposals must be assessed according to human rights to match with the CFR¹³.

The Council of the European Union adopted several guidelines¹⁴ to inform the institutions and the member states about

⁹*Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Official Journal of the European Communities*. In
https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

¹⁰*The European Union and International Human Rights Law*. United Nations, Human Rights Office of the High Commissioner, in
https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf.

¹¹*European human rights bodies*, in *International Justice Resource Center*, in
<https://ijrcenter.org/regional/europe/>.

¹²*Council of Europe*, in *Europe's Human Rights Watchdog*, in
<https://www.europewatchdog.info/en/council-of-europe/>.

¹³EUROPEAN COMMISSION, *Report on the Practical Operation of the Methodology for a Systematic and Rigorous Monitoring of Compliance with the Charter of Fundamental Rights*; COMMISSION COMMUNICATION, *Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union*, 19 October 2010.

¹⁴*EU Guidelines on Human Rights Dialogues*, 3 December 2001; *Mainstreaming of Human Rights into ESPD*, 14 September 2006; *EU Guidelines on Human Rights*

promoting human rights in relations with third states. The Council and Commission also produce annual reports on human rights. The Commission verifies member states' compliance with the Charter when they implement EU law¹⁵.

To ensure the bringing up of any violation of the demands specified in the ECHR before a court, the Council of Europe established an instrument in 1959, known as the European Court of Human Rights (ECtHR). The Court is a regional human rights judicial body based in Strasbourg, France. The Court, known as the Strasbourg Court, plays a complementary role to that of the European Committee of Social Rights, which oversees the European states' respect for social and economic rights¹⁶.

In addition, the European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights, both established under the auspices of the Council of Europe, are the major judicial and quasi-judicial authorities responsible for defining and supervising the member states' compliance with their regional human rights duties¹⁷.

Among the other European institutions that play a role in protecting human rights, one can refer to the European Committee of Social Rights (ECSR), a regional human rights body that oversees the protection of certain economic and social rights in Europe. This Committee was established under the auspices of the Council of Europe, pursuant to articles 24 and 25 of the 1961 European Social Charter¹⁸.

Another European body that protects human rights is the Court of Justice of the European Union (CJEU). It consists of three courts, namely the European Court of Justice, the General Court, and the European Civil Service Tribunal, which serve different purposes.

Dialogues with Third Countries – Update, 22 December 2008; *EU Guidelines for the Promotion and Protection of the Rights of the Child*, 3 December 2007; *Update of the EU Guidelines on Children and Armed Conflict*, 5 June 2008.

¹⁵ *The European Union and International Human Rights Law*. United Nations, Human Rights Office of the High Commissioner, in https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf.

¹⁶ European Court of Human Rights. <https://ijrcenter.org/european-court-of-human-rights/>.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *European Committee of Social Rights*, in *European Justice Resource Centre*, in <https://ijrcenter.org/european-committee-of-social-rights-3/>.

The Court respects human rights as a condition of the legality of EU law. Wherever the EU takes measures, it observes human rights as recognized as a part of the «general principles» of EU law¹⁹. The accepted general principles of EU law are fundamental rights, proportionality, legal certainty²⁰, equality before law and subsidiarity²¹.

The Court's activities are based on Article 6 of the Treaty on European Union (TEU)²² which reads «the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law are the foundations of the EU». All member states should respect these common principles, in particular fundamental rights as guaranteed by the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms²³.

For the protection of fundamental rights, the case law of the Court evolved in terms of two directives, namely Directive 2000/43/EC and Directive 2000/78/EC. Here, the case law states that, in interpreting the Directives, one should refer specifically to the fundamental norm of the EU legal order, namely the general principle of equal treatment, derived from the human right to equality and non-discrimination. The Court interpreted the specific provisions of these two Directives to ensure the effective protection of rights to equality and non-discrimination. The Court clarifies that the two Directives mainly aim «to give effect to the fundamental right of

¹⁹*The European Union and International Human Rights Law*. United Nations, Human Rights Office of the High Commissioner, in https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf.

²⁰P. KENT, *Law of the European Union*, III ed., Pearson Education, 2001, p. 41.

²¹K. DAVIES, *Understanding European Union Law*, Rutledge, 2003, p. 44.

²²Consolidate version of the treaty on European Union, in https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506fd71826e6da6.0023.02/DOC_1&format=pdf. For more information, see Directive 2000/43/EC and Directive 2000/78/EC (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0043> and <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>, respectively).

²³Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0043>.

individuals not to be subjected to discrimination», as highlighted by the principle of equal treatment and Article 21 of the EU Charter²⁴.

The Court also looks to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) as a significant external reference point, especially to define the concepts of «ethnic origin» and «religion or belief». As regards the definition of the complicated concept of «ethnicity», the Court takes account of the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) on race discrimination issues arising under the non-discrimination provisions of Article 14 ECHR. This means that the Court finds the ECHR as an authoritative source of guidance when it interprets the scope of fundamental rights recognized in EU law. Therefore, the Court considers the case law of the ECtHR to define ethnicity as having «its origin in the idea of societal groups marked in particular by common nationality, religious faith, language, cultural and traditional origins and backgrounds²⁵».

It is noteworthy that the Court's case law enjoys a high level of consistency and predictability, in particular regarding core concepts such as direct and indirect discrimination. For the Court, protection against discrimination is an expansive term that maximizes protection for individuals. Equality law is still a main instance of EU policy, strongly driven by judicial developments; and case law only confirms that the Court is still an important force in the establishment of equality norms in and across the member states. The Court feels a commitment to the continuities in the case law, all the time and in different fields²⁶.

The Court must observe the ECHR standards and follow the jurisprudence of the ECtHR in interpreting the Charter rights, and it has always applied the jurisprudence of the ECtHR²⁷. To sum up,

²⁴ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, C. O'CONNOR, K. LIU, *The ongoing evolution of the case-law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC: a legal analysis of the situation in EU Member States*, Publications Office, 2019, in <https://data.europa.eu/doi/10.2838/307887>.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ A. I. KARGOPOULOS, *ECHR and the CJEU, Competing, overlapping, or Supplementary Competences?*, issue 3/2015, p. 96-100. Available at <https://eucrim.eu/articles/echr-and-cjeu/>.

the CJEU and ECtHR have a cooperative and harmonious relationship²⁸. This relationship is not in an institutionalized context but in an informal form «on a two-fold basis consisting of [an ambivalent] presumption of equivalent human rights protection and of an abstract legal commitment on the part of the CJEU to follow the jurisprudence of the ECtHR²⁹».

Nold v. Commission (1974) is the EU Law case concerning the enforcement of EU Law where Nold, of a coal and construction materials' wholesale and a limited partnership governed by German law, as the applicant, requested that the Court should annul the Commission's decision of authorizing new terms of business and it should declare that decision is null and inapplicable insofar as it relates to the applicant as the decision withdrew its status as a direct wholesaler³⁰.

According to the judgment of the Court of 14 May 1974, «The Commission has the right to authorize trading rules restricting the entitlement to direct supplies of fuels on the grounds of the need to rationalize distribution, provided that such rules are applied in a like manner to all the undertakings concerned; Fundamental rights are an integral part of the general principles of law the observance of which the Court ensures. In safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from the constitutional traditions common to the member states and cannot uphold measures which are incompatible with the fundamental rights established and guaranteed by the Constitutions of these States³¹».

²⁸ C. TIMMERMANS, *Will the Accession of the EU to the European Convention on Human Rights fundamentally change the relationship between the Luxembourg and the Strasbourg Courts?*, in *EUI Distinguish Lecturers*, in https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31932/LAW_CJC_DL_2014_01.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

²⁹ A. I. KARGOPOULOS, *The Presumption of Equivalent Protection Rebutted: The Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings in the ECHR and EU Law in Kanstantsin Dzehtsiarou, Theodore Konstadinides, Tobias Lock, Noreen O'Meara, Human Rights Law in Europe*, Routledge, in *Human Rights Law in Europe. The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*, 2014.

³⁰ *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities*, Case 4/73, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61973CJ0004#I1>.

³¹ *Judgment of the Court of Justice, Nold, Case 4/73 (14 May 1974)*, in https://www.cvce.eu/en/obj/judgement_of_the_court_of_justice_nold_case_4_73_14_may_1974-en-a5d0ff00-7837-4f6c-b0ac-3aa8a2e71de3.html.

This decision led to an understanding between the ECJ and member states as it let state courts give recommendations at the time of a conflict between the law of the ECJ and the rights of state court. This ideology protects state courts; however, it is detrimental to what the ECJ tries to achieve, and detracts from its legitimacy and authority. When such a case is brought before this court, more intense scrutiny is necessary, something that a lower court could not provide. The EU member states need «to have an ultimate authority to make substantial differences through decisions as opposed to unsuccessful domestic courts that do not even begin to address individuals' issues» The Treaties of the European Union (TEU) limit the ECJ, i.e., there are restrictions on the Court with many exceptions to allow decisions to stand. The treaties also define the specific roles of the European Parliament and of the Commission in this field. The CJEU shall not have jurisdiction with respect to these provisions, except for its jurisdiction of monitoring compliance with Article 40 of TEU and to review the legality of certain decisions as provided for by the second paragraph of Article 275 of TEU about EU functioning. These restrictions on other European courts' authority force the ECJ to possess less authority and legitimacy. Unfortunately, the lack of enforcement of judicial decisions is justified in this way. Such an approach brings short and long-term effects. The short-term effects give a substantial authority to domestic courts, while the long-term effects will hopefully provide the European community with upholding individual rights³².

The case of *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v. Italian Republic* together with the joined cases C-6/90 and C-9/90 are other examples of case law about the failure to implement a directive-liability of the member states. These cases were referred to the Court for a preliminary ruling under Article 177 of the EEC Treaty with a number of questions on the interpretation of the third paragraph of Article 189 of the EEC Treaty and Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws

³² D. V. ARTUSY, *The Evolution of Human Rights Law in Europe: Comparing the European Court of Human Rights and the ECJ, ICJ, and ICC*, in *Inquiries Journal*, Vol. 6, number 11, pp. 3-4, in <http://www.inquiriesjournal.com/articles/936/the-evolution-of-human-rights-law-in-europe-comparing-the-european-court-of-human-rights-and-the-ecj-icj-and-icc>.

of the member states about the protection of employees in the case of the insolvency of their employer without prejudice to more favorable provisions in the member states. It provides particularly for specific guarantees of payment of unpaid wage claims³³.

Under Article 11, the member states were required to practice the laws, regulations and administrative provisions to comply with the directive within the time expired on 23 October 1983³⁴. To answer the questions submitted to the Court with regard to the Pretura di Vicenza (in Case C-6/90) and the Pretura di Bassano del Grappa (in Case C-9/90) and by orders of 9 July 1989 and 30 December 1989 respectively, the Court rules that «the provisions of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the member states relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer which determine the rights of employees must be interpreted as meaning that the persons concerned cannot enforce those rights against the state before the national courts where no implementing measures are adopted within the prescribed period; and a member state is required to make good loss and damage caused to individuals by failure to transpose Directive 80/987/EEC³⁵». Here, the principle whereby a state must be liable for loss and damage caused to individuals by breaches of Community law for which the state is responsible, is inherent in the Treaty. Under Article 5 of the Treaty, the member states are required to take all appropriate measures to ensure the implementation of Community law and to nullify the unlawful consequences of a breach of Community law. If a member state fails to fulfill its obligation under paragraph 3 of Article 189 of the Treaty to take all the necessary measures to achieve the result prescribed by a directive, there should be a right to reparation. In the case of absence of any Community legislation, the state must make reparation in accordance with the rules of national law on liability³⁶.

³³ *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v. Italian Republic*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0006>.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

Before *Francovich*, due to the lack of an article 169 proceeding, the Court of Justice did not recognize a member state's breach of its Treaty obligations in the form of non-implementation of a directive in a determined period. *Francovich* holds that when the member states fail to implement a directive within the prescribed period, they breach the Treaty obligations. It is reinforced by the Court's judgments in Article 169 proceedings that when the member states fail to implement directives within the determined periods of time, they fail to fulfill their Treaty obligations. According to Article 189 of the Treaty, a directive shall be binding upon each member state to which it is addressed. Therefore, the *Francovich* judgment requires the national courts to provide an effective remedy in damages. Under UK law, private law remedies must be awarded for a breach of the treaty giving rise to enforceable community rights for the benefit of individuals. The Court of Justice progressed in *Francovich* to address the inefficient application and enforcement of Community rights for the non-implementation of directives. Under Community law and Court of Justice jurisprudence, effective protection of Community rights has always been a priority. Individuals now have Community rights as a result of the *Francovich* judgment. The Court of Justice effectively requires the member states to comply with Community law by seeking for a remedy in damages for a breach of this right, assuring directive implementation. The introduction of this right and remedy by the Court represents a significant expansion of the Community's tactics for establishing European unity³⁷.

When the two Directives of 2000/43/EC and 2000/78/EC of 27 November were passed in 2000 about equality and non-discrimination, they established a general framework for equal Treatment in Employment and Occupation. Since 1997 – Treaty of Amsterdam – equality is called as a substantive aim of European policies from dignity standpoint. The comparison between Directive 2000/43/EC and Directive 2000/78/EC reveals that the former includes procedural rules and duties of member states, which are not found in the

³⁷ J. E. HANFT, *Francovich and Bonifaci v. Italy: EEC Member State Liability for Failure to Implement Community Directives*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 15, Issue 4, 1991, pp. 1237-1273, in <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1330&context=ilj>.

latter, apart from some substantive rights. The other anti-discrimination Directives only deal with vocational training, employment, working conditions and involvement of workers; while, Directive 2000/43/EC includes social protection, together with social security and healthcare, social advantages, education and access to and supply of goods and services available to the public, such as housing. This piece of EU legislation dealt with the prohibition of discrimination in the access to services for the first time³⁸.

The case law, that refers to Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, is the Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 7 July 2011, *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești v. Ștefan Agafiței and Others*, a reference for a preliminary ruling: Curtea de Apel Bacău – Romania, salary rights of judges, discrimination on grounds of membership of a socio-professional category or place of work and conditions for compensation for the harm suffered³⁹. If it is clear that Union law cannot be applied, directly or indirectly, to the circumstances of a case, a reference by a national court for a preliminary ruling could be rejected. This rule appeals to a reference for a preliminary ruling from a national court about Article 15 of Directive 2000/43 which implements the principle of equal treatment between individuals regardless of racial or ethnic origin, and Article 17 of Directive 2000/78 which provides a general framework for equal treatment in employment and occupation. Article 15 of Directive 2000/43 and Article 17 of Directive 2000/78 clearly cannot be applied to discrimination regarding payment based on socio-professional category or work place. The principle of equal treatment included in these directives applies by reference to the fields comprehensively listed in Article 1 thereof⁴⁰.

That is not the case where a national provision provides a compensation scheme, following to Article 15 of Directive 2000/43 and Article 17 of Directive 2000/78, for violations of the rules prohibiting discrimination inserted in those directives, if that scheme applies

³⁸ J. C PEREIRO, *The ECJ doctrine on racial discrimination*, in *E-Journal of International and Comparative Labor Studies*, Volume 3, Issue 1, pp. 14-16.

³⁹ *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești v. Ștefan Agafiței and Others* Reference for a preliminary ruling: Curtea de Apel Bacău, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2011:467>.

⁴⁰ *Ibid.*

for violations of the rules prohibiting discrimination applicable under national law alone. In addition, the need to be sure of uniform interpretation of the provisions of Union law justifies the extension of the Court's jurisdiction to such provisions, also in situations where, a rule of national law refers to such provisions; they can be applied indirectly. However, the divisions of powers between the Union and its member states should not be disregarded⁴¹.

Article 1 of Directive 2000/43 states: «The purpose of this Directive is to lay down a framework for combating discrimination on the grounds of racial or ethnic origin, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment». Article 2(1) of Directive 2000/43 is worded as follows: «For the purposes of this Directive, the principle of equal treatment shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination based on racial or ethnic origin⁴²».

Article 1 of Directive 2000/78 states: «The purpose of this Directive is to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment». Article 2(1) of Directive 2000/78 is worded as follows: «For the purposes of this Directive, the “principle of equal treatment” shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds referred to in Article 1⁴³».

In addition, government Legislative Decree No 137/2000, on prohibiting and punishing all kinds of discrimination, brings Directives 2000/43 and 2000/78 into national law. Here, one may ask whether the referred questions are admissible, particularly on the basis that the situation at issue in the main proceedings is not included in the scope of Directives 2000/43 and 2000/78 or, generally, in the realm of European Union law. In this regard, under Article 267 TFEU, the Court of Justice has jurisdiction to provide preliminary rulings about the interpretation of the Treaties and EU institutions' acts.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

The procedure in Article 267 TFEU is used for the cooperation between the Court of Justice and national courts. Therefore, it is for the national courts alone to seize the case and they are responsible to deliver the judgment. However, in exceptional circumstances, the Court can examine the conditions, in which the case is referred to it by the national court, to confirm its own jurisdiction. It is therefore apparent from settled case-law that a reference by a national court can be rejected if, inter alia, it is obvious that European Union law cannot be applied, either directly or indirectly, to the circumstances of the case⁴⁴.

With regard to the number of racial and ethnic discrimination cases- less than all other forms of discrimination (250 or more important cases during the years 2004-2010) - reported by the national experts of the EU network of legal experts in the field of non-discrimination, domestic courts should not ignore to request a preliminary ruling from the CJEU about racial and ethnic discrimination. Many of these cases may be decided by quasi-judicial equality bodies established following the Race Equality Directive. Thus, the works of quasi-judicial equality bodies are important; this shows the importance of giving these bodies the possibility to refer questions for a preliminary ruling to the CJEU from the perspective of securing uniform interpretation of EU law⁴⁵.

It is attractive to reconstruct the expansion of the non-discrimination regime of the EU as an important point in the recent history of the EU; however, the transformation of EU citizenship through fundamental rights is different. A motion deepened and broadened the scope of non-discrimination law and linked it to human rights law. At the micro-level: the principle of equality of EU citizens increased through influence on interpersonal relationships and social interactions; thus, non-discrimination principle should re-model social and economic participation at EU level. At the macro-level, the language of fundamental rights imposed a new framing that the EU could promote itself as a key protector of fundamental rights. In

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ T. KÁDÁR, *The Standing of National Equality Bodies before the European Union Court of Justice: The Implications of the Belov Judgment*, in *The Equal Rights Review*, Vol. 11, pp. 13-25, in <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Tamas%20Kadar%20ERR11.pdf>.

general, non-discrimination law could be read as a building block and safeguard of a form of the least EU citizenship⁴⁶.

Of the important issues with regards to the EU institutions dealing with fundamental rights is the relations between the ECJ and the ECtHR which took place in 1974; while the EU has not yet acceded to the European Convention on Human Rights (ECHR); therefore, the two legal systems are still formally separate and independent. Still, it should be bear in mind that relationship between the EU and the ECHR will be affected by a «classic» connection and transposition. By the accession of the EU to the ECHR, the conventional norms will be subject to the system of validity and application of international treaty norms within the EU, based on what is codified in the Treaties and in the ECJ case law⁴⁷.

EU law –particularly the EU Charter of Fundamental Rights – has been taken into consideration by the ECtHR in recent years. However, techniques used by the ECtHR to justify its references to the Charter are complex. The reference to the EUCFR has the major function of specifying the level of consensus reached in Europe about the protection of a specific right such as the right of children. Thus, as it is referred to by the ECtHR, the text of the EU Charter of Fundamental Rights represents the epiphenomenon of the broadest and deepest experience dynamics, circulation of discourse on rights, and rights awareness. Here the questions are to what extent the EUCFR enter into force has affected the ECtHR's relevance in the ECJ case law, and whether the reference to the ECHR plays a significant role in the ECJ case law. Before the EUCFR entered into force, the Court used some of its provisions to confirm the convergence among levels of protection. After the Charter entered into force, the Court's argumentation on rights grew poorer. To sum up, in Europe – and in particular with regards to the protection of fundamental rights – there is no permanent balance point. Only strong focus on the cooperative features of such relationships effectively conveys the great effort and

⁴⁶ R. XENIDIS, Transforming EU Equality Law? On Disruptive Narratives and False Dichotomies, in https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/60945/Manuscript%20Xenidis_postPrint2019.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

⁴⁷ A. SCHILLACI, *Cooperation in Relations between the ECJ and the ECtHR*, in G. REPETTO, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law, An Italian Perspective*, Intersentia Publishing Ltd., 2013.

deep tension of a process that is controversial by nature precisely because it regards fundamental rights⁴⁸.

The final EU body protecting human rights and fundamental freedoms is the EU Fundamental Rights Agency (FRA). The Agency is an independent center of reference and excellence, funded by the Union's budget, to promote and protect human rights in the EU. It helps make Europe a better place to live and work. It helps defend the fundamental rights of all people living in the EU and works with local and international stakeholders and shares its expert advice and evidence-based insights with policy- and decision-makers⁴⁹.

The Agency works on the nine thematic areas, namely: access to justice; victims of crime, including compensation to victims; information society and, in particular, respect for private life and the protection of personal data; Roma integration; judicial cooperation, except in criminal matters; rights of the child; discrimination; immigration and integration of migrants, visa and border control, and asylum; racism, xenophobia and related intolerance⁵⁰. The Agency is equipped with a collection of tools and databases on various human rights-related topics, such as case law database, equality data collection, and some others.

3. The EU and Human Rights from the Perspective of International Law.

Respecting human rights is the main part of the EU's relations with non-EU countries and international institutions. For instance, the treaties and agreements signed by the EU must be compliant with human rights defined in the EU charter. In other words, all Council bodies that deal with foreign affairs must incorporate human rights into their works. In addition, the promotion of human rights is a

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Promoting & Protecting Your Fundamental Rights across the EU*, 15 November 2019, in https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-eu-rights-agency_en.pdf.

⁵⁰ *Introducing FRA: The European Union established the EU Agency for Fundamental Rights (FRA) to provide independent, evidence-based assistance and expertise on fundamental rights to EU institutions and Member States. FRA is an independent EU body, funded by the Union's budget,* in <https://fra.europa.eu/en/content/introducing-fra>.

priority. Adopted in November 2020 for the years 2020-2024, the guideline for the EU's work is the action plan on human rights and democracy. The Council approves conclusions on the EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020-2024. The Working Party on Human Rights (COHOM), as the specialized body within the Council, focuses on international affairs directly related to human rights⁵¹.

The EU has also made good governance and the supporting of human rights an integral part of its external and development policies and insists that all trade, cooperation, dialogue, partnership and association agreements with third parties contain a human rights clause⁵². Also, the European Parliament and its committees⁵³ concern human rights beyond the EU's borders. As a vocal and constant defender of human rights, the Parliament calls for all countries to implement the Universal Declaration of Human Rights and other international human rights treaties. The Parliament tries to be sure that all the EU's international activities, such as trade and aids, follow its human rights principles. The death penalty and torture were focal issues for many years for the Parliament; but it has recently concerned digital rights, trafficking, and some other topics⁵⁴.

The EU provides roughly half of all international official development assistance. Furthermore, the EU is the largest donor of humanitarian aid, accounting for 58% of total emergency aid provided to the OECD Development Assistance Committee in 1999. By cooperation and partnership agreements with third countries, the EU finds opportunities to conduct regular political dialogues and provide financial support for human rights-related policies and activities. The European Community conducts cooperative funding

⁵¹ *Protection and promotion of human rights*. <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/human-rights/>.

⁵² V. MILLER, *The Human Rights Clause in the EU's External Agreements*, Research Paper 04/33.16, April 2004, House of Commons Library, in <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP04-33/RP04-33.pdf>.

⁵³ The Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs; the Committee on Employment and Social Affairs; the Committee on Women's Rights and Gender Equality and the Committee on Human Rights.

⁵⁴ EUROPEAN PARLIAMENT, *Defending human rights beyond the EU: the European Parliament is a vocal and constant defender of human rights, including beyond the EU's borders*, in <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en/democracy-and-human-rights/human-rights-outside-the-eu>.

programs⁵⁵ as well. It also provides a budget for the European Initiative for Democracy and Human Rights (EIDHR) and co-finances projects for developing NGOs, combating HIV, promoting gender equality, and providing humanitarian aid, managed by the European Community Humanitarian Aid Office (ECHO). Also, the European Community's policies on trade or immigration affect human rights and democratization⁵⁶. Some scholars believe that the EU may be subject to more extensive human rights obligations, bound by customary international law. In their view, the EU must not merely refrain from violating human rights, it should instead take positive measures to protect and fulfill human rights within its spheres of competence⁵⁷.

To protect human rights beyond the EU's borders, the EU adopted a global human rights sanctions regime. The High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and the European Commission brought forth a Joint Proposal for a Council Regulation for the implementation of restrictive measures against serious violations of human rights and abuses throughout the world⁵⁸. The Council finally adopted conclusions on the EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020-2024, outlining the EU's degree of ambition and priorities in this area in its interactions with all third parties. In the EU Action Plan, the EU pledged to create a new horizontal EU global human rights sanctions framework to address significant human rights breaches and abuses across the world. Acts of genocide, crimes against humanity, and other significant human

⁵⁵ The funding programs include: the European Development Fund (EDF) for African, Caribbean and Pacific (ACP) countries; the ALA funds for Asian and Latin American countries; Tacis for the Russian Federation, the Newly Independent States and Mongolia; Phare for countries of Central and Eastern Europe (candidate countries to the EU); CARDS for the western Balkans; and MEDA, for Mediterranean countries. Available at: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuideMinorities14en.pdf>.

⁵⁶ *The European Union: human rights and the fight against discrimination*, Pamphlet No.14. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideMinorities14en.pdf>.

⁵⁷ T. AHMED, I. DE JESUS BUTLER, *The European Union and Human Rights: An International Law Perspective*, in *European Journal of International Law*, Vol. 17, Issue 4, pp. 771-801, in <https://doi.org/10.1093/ejil/chl029>.

⁵⁸ *Sanctions and Human Rights: towards a European framework to address human rights violations and abuses worldwide*, October 2020, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1939.

rights breaches or abuses are included in the framework for targeted restrictive measures (e.g., torture, slavery, extrajudicial killings, arbitrary arrests or detentions)⁵⁹. Other human rights violations or abuses may be restricted if they are widespread, systematic, or particularly serious in regard to the Treaty's foreign and security policy goals, according to Article 21 TEU⁶⁰.

The EU Global Human Rights Sanctions Regime provides the EU with more flexibility to target those responsible for serious human rights violations and abuses worldwide⁶¹. In its annual review of the annex to the EU Global Human Rights Sanctions Regime, the Council decided to extend restrictive measures against individuals and companies guilty of tremendous human rights breaches and abuses across the world for another year, until December 8, 2022. The EU claims that its new decision reaffirms its commitment to protecting human rights violations and abuses wherever they occur, using all available tools, and reaffirms that human rights are universal, indivisible, interdependent, and interrelated.

4. Conclusion.

Respecting human rights and fundamental freedoms is essentially the responsibility of states. In the case of failure in upholding human rights, states must account to their citizens, the international community, and the United Nations. Therefore, positive and constructive cooperation with governments, based on conversation, support, and encouragement, is the most effective approach for making change. This should be done to improve mutual understanding and respect, and to promote long-term reform. However, a condition for success is that governments should be truly willing to collaborate.

⁵⁹ *Protection and promotion of human rights: the EU ensures that fundamental rights are taken into account when developing EU law and action, and promotes human rights in its external relations*, in <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/human-rights/>.

⁶⁰ COUNCIL OF THE EU PRESS RELEASE, *EU adopts a global human rights sanctions regime*, December 2020, in <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/12/07/eu-adopts-a-global-human-rights-sanctions-regime/>.

⁶¹ *Sanctions and Human Rights: towards a European framework to address human rights violations and abuses worldwide*, 19 October 2020, Bruxelles, in <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip201939>.

Wherever possible, the EU acknowledges that, in some circumstances, the third nation may lack a real commitment to change via dialogue and consultation, and that negative actions may be more appropriate. Accordingly, the EU's essential elements of agreements and the «suspension clauses» operate. The EU claims that it explores all avenues for progress before resorting to restrictive measures⁶².

⁶² *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – the European Union's Role in Promoting Human Rights and Democratization in Third Countries*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52001DC0252&from=DE>.

MARTINA MARIA TOSI*

IL *DICTATOR* TRA EMERGENZA E LIBERTÀ.
CONTRIBUTO ALLO STUDIO
DEL DIRITTO PUBBLICO

This report exposes some considerations of illustrious jurists about Giuseppe Valditara's book which is dedicated to the figure of the dictator in ancient Rome. The scholars' observations are focused on the role that the dictatorship had played in the archaic phase up to the republican period, highlighting the distinctive and positive characteristics of the institute. The essay aims to explain the methods of appointment, the powers of the dictator, and the duration of his office. It points out through a historical excursion the relationship between the Roman magistracy and two extremely current elements, which are those of emergency and freedom.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le riflessioni. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa.*

Il giorno venerdì 25 marzo 2022, presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza si è svolto l'incontro «Il *dictator* tra emergenza e libertà. Contributo allo studio del diritto pubblico», organizzato nell'ambito del "Corso di Alta formazione in Diritto romano" e del "Dottorato di ricerca in Diritto romano, teoria degli ordinamenti e diritto privato del mercato", dal prof. Franco Vallocchia, Vice Preside Vicario della Facoltà di Giurisprudenza del nostro Ateneo e qui docente di Istituzioni di diritto romano, Storia del diritto romano e Fondamenti del diritto europeo.

Dopo i saluti di rito del Preside della Facoltà, prof. Oliviero Diliberto, il quale, in qualità di docente di Istituzioni di diritto romano, ha altresì presieduto e coordinato i lavori della giornata, è stato introdotto il tema oggetto dell'evento, ovvero la recente pubblicazione del

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il dott. Antonio Angelosanto, ricercatore in Diritto romano presso Sapienza Università di Roma.

prof. Giuseppe Valditara – docente di Storia del diritto pubblico romano presso l'Università di Torino –, «*Il dictator* tra emergenza e libertà», edito da Giappichelli nel novembre 2021.

Come affermato dal prof. Andrea Di Porto – docente di Istituzioni di diritto privato e di Tecniche di interpretazione delle sentenze presso la Sapienza Università di Roma (ma già docente in passato di Istituzioni di diritto romano, prima, e di Diritto romano, poi) –, al quale sono state affidate le considerazioni introduttive, l'insieme delle dissertazioni riguardanti la figura del *dictator* si pone da sempre al centro di un dibattito di estremo interesse per gli studiosi contemporanei, in quanto esso ricomprende tematiche di grande importanza e attualità.

L'opera del prof. Valditara affronta lo studio dell'istituto in maniera senz'altro suggestiva, seguendo un percorso storico che parte dalla nascita della dittatura originaria sino a giungere alla sua compiuta maturazione in epoca repubblicana. Infatti, è attraverso un'approfondita indagine di questa magistratura caratteristica dell'ordinamento costituzionale repubblicano che diviene possibile inquadrare con completezza tutte le differenti istituzioni repubblicane.

Oltre all'analisi del ruolo ricoperto da questa magistratura nel panorama del governo dell'emergenza, vengono esaminati due ulteriori concetti saldamente connessi all'idea di dittatura, da un lato quello di emergenza appunto e, dall'altro, quello di libertà. È dunque necessario – secondo quanto ha invitato i relatori a fare il prof. Di Porto introducendo così la discussione – rapportare tra loro questi due elementi al fine di fortificare il collegamento tra antichità e modernità, tra passato e presente.

2. Le riflessioni.

Hanno poi preso parola – nell'ordine – i professori Riccardo Cardilli, Tommaso dalla Massara, Alessandro Ferrara, Massimo Luciani, Vincenzo Mannino, Laurent Verso, Antonio Saccoccio e Franco Vallocchia: gli interventi, che non hanno mai superato il quarto d'ora, hanno avuto tutti il pregio della chiarezza e della concisione.

Claude Nicolet ha più volte sottolineato che «di tutti i termini del vocabolario politico lasciatoci dall'antichità romana, quello di

dittatura è quasi certamente uno dei più interessanti»¹, in quanto si tratta di un concetto storico caratterizzato da una notevole dinamicità. Una delle prime problematiche sollevate dal termine è quella che il prof. Riccardo Cardilli – docente di Diritto romano presso l'Università di Roma Tor Vergata –, ha definito «problema del potere».

Il potere nella concezione romana è un elemento concreto e non astratto, monolitico e indiviso, in quanto nasce innervato nella natura umana e non si astraie da chi lo detiene. Si tratta di una prospettiva unica del potere che si lega a una delle caratteristiche dello stesso, ovvero la sua limitatezza. Quest'ultima si coglie sia dal punto di vista dell'armonizzazione (in quanto il potere del *dictator* per essere equilibrato e limitato ha sempre necessitato di lotta politica, di momenti di scontro e di tensione, i quali sono stati in grado di controllarlo e di renderlo una conquista politico-giuridica), sia dal punto di vista della temporaneità, connessa all'idea concreta di un potere insito nella persona che lo esercita. Valditara evidenzia come la teoria della straordinarietà della dittatura sia connessa alla straordinarietà delle ragioni e delle cause che danno vita alla stessa. Secondo Mommsen² la dittatura era indubbiamente una magistratura caratterizzata dalla straordinarietà e avente, per ciò stesso, una «competenza speciale»; per Valditara, invece, la straordinarietà dei presupposti alla base dell'investitura del dittatore non va assolutamente confusa con la natura straordinaria della magistratura stessa.

La limitatezza temporale (ovvero la semestralità della carica) viene qualificata nelle fonti non tanto come un limite legislativo, quanto come un vincolo fondato sul *mos*, sulla *religio* e sul *fas*. Questo implica che la delimitazione semestrale era fondata su un principio giuridico-religioso di natura consuetudinaria, più antico delle stesse origini cittadine.

Oltre alla dimensione temporale, è necessario approfondire il carattere della «emergenzialità» della dittatura e il concetto di crisi degli strumenti ordinari di risoluzione dei conflitti. Il prof. Tommaso dalla Massara – docente di Istituzioni di diritto romano e di Roman Law presso l'Università di Roma Tre – ha sottolineato come oggi,

¹ C. NICOLET, *Introduzione*, in G. MELONI (a cura di), *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni*, Roma, 1983, p. 3.

² T. MOMMSEN, *Storia di Roma*, II, trad. it. in A.G. QUATTROINI (a cura di), 2018, p. 121.

successivamente al periodo pandemico, si sia giunti a una fase di normalizzazione dell'emergenza e conseguenzialmente siano entrati in crisi non solo principi di natura giuspubblicistica, ma anche elementi di diritto privato che affondano le proprie radici nella tradizione romanistica. Un esempio è sicuramente rappresentato dalla crisi dell'idea di libertà racchiusa nella formula *pacta sunt servanda*: «ci si accorda e si sta ai patti». Tale formula, oltre a racchiudere in sé tutto il senso dell'autonomia privata, ponendosi quale pilastro dell'impianto liberale del nostro sistema, include anche una componente ulteriore, quella della sovranità.

In questa dimensione storica diviene fondamentale tenere distinti due concetti che, secondo il prof. Alessandro Ferrara – docente di Filosofia politica presso l'Università di Roma Tor Vergata –, giocano un ruolo significativo nell'attuale contesto politico: l'eccezione e l'emergenza. Pare indubbio che la produzione di norme in deroga ai principi di un ordinamento possa ritenersi motivata e giustificata in seguito al verificarsi di eventi emergenziali esorbitanti da ogni possibile previsione. L'emergenza è in grado di giustificare l'adozione di provvedimenti straordinari e si distingue dall'eccezione ingiustificata, cioè motivata al solo fine di instaurare dei processi di cambiamento politico (un'ipotesi di eccezione senza emergenza si rinviene, ad esempio, nell'esperienza golpista cilena del 1973). Gli studi condotti sulla figura del *dictator* della Roma repubblicana ci permettono di affermare che tale magistrato governava l'emergenza senza mai lasciarla sconfinare nell'eccezione. I caratteri distintivi che vengono evidenziati all'interno del libro di Valditara (l'unicità della persona investita del comando, l'ancoramento delle prerogative proprie del *dictator* al diritto vigente, l'impossibilità di autoproclamazione) sono gli stessi che hanno acquisito rilievo nei millenni successivi. Nei suoi «Discorsi», Machiavelli presentava l'istituto dell'autorità dittatoriale come un ordine necessariamente presente in una Repubblica ben costituita che voglia essere in grado di far fronte alle emergenze, affermando che «[q]uelle repubbliche, le quali negli urgenti pericoli non hanno rifugio o al Dittatore o a simili autoritadi, sempre ne' gravi accidenti rovineranno»³. Il *dictator*, lungi dall'essere un sovrano *legibus solutus*,

³ Per Machiavelli vi sono degli «accidenti straordinari» o «urgent pericoli» che giustificano la creazione della figura del *dictator*: «[d]onde i Romani intra gli altri rimedii soliti farsi da loro negli urgenti pericoli, si volsono a creare il

godeva di un'autonomia esecutiva collocata però in un quadro istituzionale e giuridico che non era a sua completa disposizione: «[c]reato il Dittatore, rimanevano i Tribuni, i Consoli, il Senato, con la loro autorità; né il Dittatore la poteva tórre loro: e s'egli avessi potuto privare, uno del Consolato, uno del Senato, ei non poteva annullare l'ordine senatorio, e fare nuove leggi. In modo che il Senato, i Consoli, i Tribuni, restando con l'autorità loro, venivano a essere come sua guardia, a farlo non uscire della via diritta»⁴. Anche Rousseau nelle pagine de «Il Contratto Sociale» sosteneva che solo l'emergenzialità potesse giustificare il ricorso a forme istituzionali di particolare rigidità e fermezza, creando realtà politico-istituzionali definibili con il termine «dittatura»⁵. La dittatura era una soluzione diversa rispetto a un semplice rafforzamento dell'esecutivo, in quanto essa comportava una sospensione temporanea del sacro potere della legge richiesta e giustificata dalla salvezza della cosa pubblica.

Fino al periodo delle grandi rivoluzioni settecentesche, l'istituto dittatoriale è stato concepito come un'istituzione salvifica; successivamente, sarà Schmitt – secondo quanto esposto da Ferrara – a introdurre la distinzione tra dittatura «commissaria», prevista dalla costituzione e che si limita a sospendere temporaneamente la vigenza di alcuni articoli della stessa, e «sovrana», la quale invece «non sospende una costituzione vigente [...], bensì mira a creare uno stato nel quale sia possibile imporre una costituzione ritenuta come autentica»⁶. Peraltro, l'art. 48 della Costituzione di Weimar, al suo secondo comma, autorizzava espressamente il presidente del Reich ad adottare

Dittatore, cioè dare potestà a uno uomo che senza alcuna consulta potesse deliberare, e senza alcuna appellazione potesse eseguire le sue deliberazioni». Cfr. N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, Libro I, XXXIII.

⁴ *Ivi*, Libro I, XXXIV.

⁵ J.J. ROUSSEAU, *Il Contratto Sociale*, T. MAGRI (a cura di), Editori Laterza, Roma-Bari, 1992, Libro IV, pp. 193 ss.

⁶ C. SCHMITT, *La Dittatura*, (trad. it. a cura di B. LIVERANI), Laterza, Bari, 1975, p. 149. Norberto Bobbio ne *Il futuro della democrazia* affermava «[l]a distinzione, introdotta da Carl Schmitt, tra dittatura commissaria e dittatura sovrana, rispecchia la differenza tra i pieni poteri come istituzione prevista dalla costituzione e i pieni poteri assunti al di fuori della costituzione dal capo destinato a rovesciare l'antico regime e a instaurare il nuovo»: N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, p. 65.

le misure necessarie in caso di minaccia alla sicurezza e all'ordine pubblici.

Il recupero dello spirito del dittatore repubblicano all'interno di un contesto democratico come quello attuale è possibile se si considera il dittatore in qualità di governante o reggitore emergenziale che lascia il potere nelle mani della sovranità democratica, senza impadronirsene. Tale riflessione è stata sollecitata anche dagli studi di Paolo Grossi, che ha più volte sottolineato la possibilità di instaurare una dittatura costituzionale, una «*constitutional dictatorship*», con un magistrato che fosse altro da un mero signore dell'eccezione. Questa forma di ordinamento dovrebbe essere in grado di preservare una reale separazione dei poteri, cioè dovrebbe disgiungere effettivamente, e non solo *pro forma*, il potere di convalidare l'emergenza da quello di proclamarla, il potere di gestire l'emergenza da quello di deciderne la continuazione e dovrebbe dunque affidare la gestione dell'emergenza a strutture che stravolgano il meno possibile e per il minor tempo possibile il tessuto preesistente dell'ordinamento, mantenendosi il più possibile fedele agli elementi costituzionali essenziali. Anche nel contesto attuale è quindi preferibile che la dichiarazione di uno stato di emergenza non sia autoperformativa, ma corrisponda a un dato oggettivo sul quale sia possibile instaurare un confronto *ex ante*, durante ed *ex post*. Per riassumere in senso filosofico-politico la nozione di *dictator* romano, basterebbe ribaltare la formula Schmittiana: non è sovrano chi decide dello stato di eccezione, ma sovrano è chi conferma «l'emergenzialità dell'emergenza» e soprattutto chi impone il ritorno alla normalità.

Quindi, come affermato anche dal prof. Massimo Luciani – docente di Istituzioni di diritto pubblico presso la Sapienza Università di Roma –, la caratteristica del dittatore romano è quella di essere un potere costituito, con giurisdizione senza dubbio straordinaria e discrezionale, ma mai sconfinante nel potere costituente. La dittatura originaria, a differenza della dittatura sovrana, ha il compito di allontanare l'eccezione e di condurre l'emergenza. Nella narrazione liviana della dittatura di Cincinnato⁷ emerge la figura di un'autorità dittatoria a cui spettava il dovere di restituire la *res publica* nella *forma civitatis* in cui l'aveva ricevuta, in quanto quest'ultima non era venuta

⁷ T. LIVIO, *Ab Urbe condita*, Libro III, 26, 1-29, 11.

meno a causa del fatto emergenziale. Quindi una dittatura per essere un potere costituito deve rappresentare un potere instaurato solo per la difesa dello Stato e dell'ordine costituzionale e non può essere prolungato oltre la risoluzione della crisi, in quanto è sempre necessario il ripristino delle condizioni politiche preesistenti.

Questi numerosi collegamenti tra istituzioni politiche antiche e attuali possono portare a una tendenziale specializzazione dei saperi, che, secondo il prof. Vincenzo Mannino – già docente di Storia del diritto privato romano e poi di Fondamenti romanistici delle istituzioni politiche moderne presso l'Università di Roma Tre –, potrebbe rendere l'ambito di ricerca eccessivamente autoreferenziale. Quella di Valditara è, invece, una narrazione giuridica che riesce a creare un ponte tra la dittatura romana e i concetti a noi attuali di emergenza e di libertà. Attraverso una puntuale e attenta analisi delle fonti ad opera dell'autore, emerge un affresco della dittatura che lascia scarsi margini ai dubbi sulla effettiva consistenza di questa magistratura all'interno dell'assetto politico e costituzionale di Roma. Quando parliamo della Costituzione repubblicana non è possibile fare riferimento ai parametri ricostruttivi da noi applicati nel modo di pensare e concepire la Costituzione, essa era tutt'al più un'organizzazione di fonti, una realtà costruita quotidianamente attraverso la partecipazione diretta del popolo alle scelte politiche della città. La ricerca di Valditara ha inoltre un duplice pregio: quello di saper svelare il limite della costituzione Schmittiana (relativamente al convincimento che l'archetipo dello stato di eccezione fosse da ricercare nella dittatura romana, in particolare quella sovrana) e quello di riuscire contestualmente a sfatare alcune più recenti rappresentazioni dello stato di necessità facenti riferimento alla *iustitia* e all'*auctoritas* del principe e riproducenti quindi l'idea che lo stato di eccezione si radichi direttamente nella necessità, dando così luogo a una nuova fase costituente.

Il successivo intervento del prof. Laurent Verso – docente di *Histoire du droit et des institutions* presso l'Université de Toulon – ha permesso di compiere un raffronto con l'attuale situazione giuridica della Francia. Durante il periodo pandemico, il Paese ha avuto modo di ricorrere più volte allo stato di emergenza, situazione che ha dato luogo a ben sette leggi c.d. «di emergenza sanitaria», emanate in applicazione della *loi* n. 55-385 del 3 aprile 1955 relativa alle limitazioni delle libertà individuali dei cittadini francesi. Occorre però

considerare che la Francia è stata sottoposta a questo regime giuridico anche in periodi anteriori, come ad esempio nel 2005 a causa dei tumulti e delle sollevazioni popolari avvenuti nelle *banlieues* delle principali città francesi e successivamente nel 2015, conseguentemente agli attentati di Parigi. Questo perché nel diritto attuale francese lo stato di emergenza si è progressivamente trasformato in un elemento di normalità. Come già accennato precedentemente, Rousseau considerava la dittatura come un'istituzione destinata alla salvezza dello Stato nei tempi di estremo pericolo e per il filosofo la concentrazione estrema dei poteri e la sospensione delle leggi, non implicavano per sé soli la sospensione della volontà generale e della sovranità: l'intento primario del popolo è sempre stato, infatti, quello di mantenere integro l'apparato statale. Relativamente al declino della Repubblica romana, Rousseau sosteneva che era stata proprio la mancanza dell'istituzione della dittatura a causare il crollo dell'intero sistema, spingendo i consoli a oltrepassare i loro poteri e indebolendo così l'insieme delle istituzioni repubblicane. La dittatura si è posta come uno strumento di protezione della Repubblica ma anche come un ostacolo alla sovversione delle leggi.

Sulla stessa linea interpretativa si pone anche il pensiero del prof. Antonio Saccoccio – docente di Istituzioni e Storia del diritto romano presso la Sapienza Università di Roma –, il quale ha sottolineato come lo studio della dittatura non vada collocato e appiattito su un binario statico, ma necessiti di diversi livelli di analisi; d'altronde, richiamando le parole di Lenin, «[l]a dittatura è una grande parola e le grandi parole non possono essere gettate al vento». Secondo le due accezioni conferite, positiva l'una e negativa l'altra, la dittatura viene intesa, da un lato, quale potere emergenziale previsto dalla costituzione repubblicana, e, dall'altro, come potere arbitrario, tirannico. Tale ultima attitudine autoritaria si afferma definitivamente verso la fine del XVIII secolo, e in particolare all'indomani del 18 brumaio (9 novembre 1799), quando Napoleone si presentò al Consiglio dei Cinquecento venendo accolto con l'ostile coro «Abbasso il dittatore». In età romana, invece, il dittatore veniva indicato anche come *magister populi*; egli era dunque l'unico magistrato romano che recava nella sua titolatura un riferimento al popolo, proprio perché la sua figura non si poneva in una posizione di ostilità rispetto al popolo o alla plebe. Quando la dittatura venne attribuita a

figure quali quella di Silla, – «il fantasma della libertà», come fu definito da Appiano – o quella di Cesare – che utilizzò la dittatura come strumento per esercitare il proprio potere personale – la magistratura in questione iniziò ad assumere quei connotati negativi di cui oggi per lo più si colora. Fu proprio a causa di questa mutata concezione dell'autorità dittatoria che Marco Antonio decise di promulgare una legge nel 44 a.C. finalizzata all'abolizione del nome e dell'istituto della dittatura, prevedendo altresì una punizione per chiunque volesse restaurare questo potere. Si trattava del tentativo di annientare una parola per eliminarne il contenuto trasmutato in un significato che certo non era quello originario.

In alcune fonti risalenti all'Alto Medioevo la dittatura poi cambiò nuovamente accezione e venne accostata al potere monarchico e monocratico, mentre nel Tardo Medioevo il termine "*dictator*" soleva indicare colui che dettava documenti in senso formale, una sorta di notaio, comportando la rimozione di quel valore costituzionale oppure eversivo, a seconda dei casi, che aveva assunto nel corso dei secoli precedenti.

I romanisti odierni possono, per un recupero della nozione originaria, provare innanzitutto a scindere dittatura e fondamentalismi, dittatura e totalitarismi (secondo la distinzione analizzata anche da Hannah Arendt⁸). Per la straordinarietà di un potere è necessario osservare il suo fondamento e non il suo contenuto, altrimenti si cadrebbe nell'errore di concepire in termini di straordinarietà anche il potere del Governo di legiferare in casi di necessità e di emergenza, così come stabilito dalla nostra Carta all'art. 77, co. 2^o. In definitiva, un'esperienza moderna di uso dello strumento tecnico della dittatura in richiamo al significato romano è possibile (basti pensare alla c.d. «dittatura illuminata» del Paraguay) e il libro di Valditara ci guida

⁸ All'interno de *Le origini del totalitarismo*, Hannah Arendt afferma che nel fenomeno della dittatura non si riscontra una mutazione così radicale del cittadino in uomo-massa e non vi è pertanto la costrizione alla rinuncia di determinati valori. Nei regimi totalitari, invece, si innesca, prende forma e si concretizza esattamente tale processo.

⁹ L'art. 77, co. 2, così recita: «[q]uando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni».

proprio in questo, nell'operare una giusta ricollocazione e rivalutazione dello strumento dittatoriale nel suo alveo costituzionale.

Da ultimo è intervenuto l'organizzatore dell'evento, il prof. Franco Vallocchia, il quale per riassumere i precedenti interventi, ha utilizzato tre suggestioni ricavabili dalla lettura del libro: la prima suggestione ha ruotato a sua volta intorno a tre ulteriori concetti, quelli di «popolo», di «notte» e di «legittimità», ripercorsi dall'autore nei capitoli del suo libro in cui parla della nomina del *dictator*. Tale procedura era rimessa ai consoli e al Senato, e questo potrebbe far pensare che il popolo avesse un ruolo alquanto limitato, ma come l'intervento del *comitium* c'era, anche se successivo e solo sotto forma di gradimento. È importante ricordare, a tal proposito, che nella dittatura tradizionale il ruolo del popolo si spingeva al di là dei meccanismi comiziali, coinvolgendo molteplici e ulteriori aspetti. La designazione del dittatore era, inoltre, rigorosamente notturna e questa usanza si spiega grazie al terzo concetto, quello di emergenza, che non poteva attendere l'arrivo del giorno seguente. Resta da chiedersi se vi fossero dei controlli durante l'attività di nomina e si può rispondere affermativamente tenendo però in considerazione che si trattava di una modalità di accertamento inquadrabile solamente nel sistema giuridico-religioso romano, dato che si parla di un controllo svolto dagli auguri.

La seconda suggestione si basa, invece, sul concetto di «norme predominanti». Il giurista Pomponio nel parlare dell'estensione massima della dittatura ordinaria¹⁰, usa una categoria giuridica-religiosa e parla di *fas*, facendo dunque riferimento all'ambito divino. Non è *fas* e quindi è *nefas* che il dittatore oltrepassi il vincolo temporale dei sei mesi. Quella della semestralità è una regola che nasce con il *dictator*, non è successiva alla sua creazione ed è evidente come la violazione della stessa costituisse una profonda minaccia per i fondamenti della Costituzione repubblicana. Quando la componente temporale viene violata si genera il *caos*, dando così vita a situazioni degenerative e di dittatura vitalizia, come quella di Silla e di Cesare. Per comprendere appieno il significato della predominanza delle norme, è necessario

¹⁰ POMPONIO, *l. s. enchirid.* D. 1,2,2,18: «[...] *hunc magistratum, quoniam summam potestatem habebat, non erat fas ultra sextum mensem retineri.* / [...] Poiché questa magistratura comportava la somma potestà, era nefando tenerla per più di sei mesi». Trad. it. in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta Seu Pandectae. Testo e Traduzione*, I, Milano, 2005, p. 84.

richiamare tre elementi aggiuntivi: la *res publica*, i *mores* e la dedica al Tempio di Giove Ottimo Massimo Capitolino, avvenuta nel primo anno della Repubblica romana, acquisendo così un rilievo giuridico-religioso e un valore costituente su cui è possibile fondare le consuetudini costituzionali che regolarono i limiti e i contenuti dei poteri del *dictator*.

Quando i tribuni della plebe iniziarono a proporre alla plebe l'approvazione di plebisciti sul *dictator*, i *mores*, fondati sul *fas*, vennero superati e sostituiti dalla legge tribunizia, la cui validità era fondata sulla *sacrosanctitas* dei tribuni, che prese così il loro posto nel controllo normativo della dittatura e dell'emergenza.

Terza e ultima suggestione sollevata dal prof. Vallocchia è quella che ha come oggetto i concetti cardine di emergenza e di libertà. Per gran parte della storia repubblicana, proprio i già citati tribuni della plebe si astennero dall'apporre il veto sulla nomina e sugli atti compiuti dal *dictator*, tuttavia nelle fonti ci sono alcuni esempi di opposizione degli stessi al dittatore. Si trattava di un'opposizione «rivoluzionaria» che i tribuni cominciarono a esercitare a partire dal II secolo a.C. anche nei confronti degli altri magistrati patrizi, portando a conseguenze estreme il loro *auxilium plebis*, interpretandolo cioè estensivamente come un sussidio alla più ampia libertà di tutta la Repubblica. Questo significa che era possibile paralizzare l'attività dittatoria quando si intravedesse nella stessa una minaccia per la *libera res publica* e ciò assume una rilevanza importantissima per quanto riguarda la considerazione attuale del rapporto tra potere e *libertas*.

3. Considerazioni conclusive.

Le conclusioni sono state affidate al prof. Luigi Capogrossi Colognesi – emerito di Diritto romano e accademico dei Lincei – il quale ha invitato gli intervenuti a elaborare una profonda riflessione sul pensiero critico, oggi sempre più messo in discussione dal dilagare dei «pensieri ovvi», i quali spesso degenerano in forme pericolose di dittatura mentale. E la figura del *dictator* non può considerarsi immune da tali ovvietà di pensiero. Nella figura del *dictator* romano si saldano insieme funzioni militari e religiose, poiché la storia delle istituzioni e del popolo romano è strettamente legata alla dimensione religiosa e al fattore del culto. Il dittatore, impregnato fin dalle origini di religiosità

e sacralità, nasce in una fase arcaica di «sperimentazione delle istituzioni» per condurre l'emergenza e governare la crisi ancor prima che questa sopraggiunga. In sostanza, si può dire che il riuso di un'istituzione arcaica come quella della dittatura sia servito a creare delle situazioni politiche successive nuove e questo ha costituito senz'altro uno straordinario fattore politico.

Per concludere, l'autore, Giuseppe Valditara, ha ripreso la distinzione tra eccezione ed emergenza, differenza che permette agli studiosi odierni di qualificare la dittatura come magistratura di emergenza e non di eccezione, quindi quale potere costituito e mai costituente. È importante tenere a mente che quando leggiamo la storia delle istituzioni, ci troviamo innanzitutto di fronte agli eventi politici di un tempo e in questo contesto l'azione dei *tribuni plebis* rivestiva un ruolo di centrale importanza. L'intervento dei tribuni della plebe nei confronti del *dictator*, pur escludendo l'*intercessio*, non era del tutto inesistente: basti pensare all'influenza dagli stessi esercitata nei confronti di Marco Furio Camillo nel 368 a.C., quando vi fu il timore che egli potesse interrompere il procedimento legislativo del concilio plebeo¹¹. I tribuni intervennero allorché il potere del dittatore, come già precedentemente affermato, ebbe come fine ultimo la violazione della sovranità popolare (attuata, per esempio, attraverso l'esercizio di un'azione legislativa autonoma non spettante al magistrato) e, quindi, quando provò a trasformarsi in potere costituente. Lo scopo della dittatura non è dunque la rottura della *forma civitatis*, ma essa deve tendere, al contrario, alla *salus rei publicae*. Per tali motivi non esiste alcuna testimonianza concreta di un ruolo negativo esercitato nei confronti della plebe da parte del *dictator*. Possiamo affermare ciò osservando ancora una volta le motivazioni che, soprattutto nella fase delle origini e fino al III secolo, si ponevano alla base della nomina di questa magistratura: il dittatore veniva nominato quando si temeva che i consoli – o solo uno tra essi – potessero aver stretto un'intesa con i Tarquini per la reintroduzione del potere regio; o ancora, la nomina poteva essere indispensabile per evitare tumulti quando i comizi dovevano svolgersi senza la presenza dei consoli. Il

¹¹ Livio narra che il Senato decise di nominare dittatore Camillo al fine di impedire l'entrata in vigore delle *leges Liciniae Sextiae*, le quali avrebbero concesso (e che effettivamente concessero, una volta entrate in vigore nel 367 a.C.) ai plebei di accedere al consolato.

giudizio negativo, che tutt'oggi spesso avvolge la figura dittatoriale, ha inizio con la dittatura sovversiva di Cesare, che rompe con un taglio netto lo schema della Repubblica. La *libertas* è un valore fondamentale, e come tale va preservato per garantire la sovranità popolare.

Concludendo, dalle acute riflessioni condotte nel corso della giornata di presentazione del libro del prof. Giuseppe Valditara è emerso chiaramente che il *dictator* era e può ancora essere senz'altro colui che, nel guidare e condurre l'emergenza, difende le fondamenta dello Stato e, nel farlo, salvaguarda le garanzie costituzionali, senza divenire mai un tiranno dell'eccezione.

GIULIO MONTESANO*

PRESUNZIONE D'INNOCENZA E LIBERTÀ DI STAMPA:
CRONACA DEL CONVEGNO DEL 15 GIUGNO 2022
TRA CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE
E ORDINE NAZIONALE DEI GIORNALISTI

The present article is a report of a meeting organized by the National Lawyers Council and by the National Journalists Council. The first chapter introduces the importance of such conference with all the categories that are involved in the issue of presumption of innocence relating to new Italian rules about the spreading of news concerning criminal trials. The second chapter is an excursus about the law theme, in particular the author underlines some topics about the rules balancing between the Judiciary public institution, the Constitutional Court and the Parliament. The third chapter shows opinions of Lawyers, Journalists and Judges discussed at the roman conference. Lawyers underlined the necessity that the Parliament should be more careful about the fundamental constitutional principles. Journalists focused on necessity to have a new law on this subject, with a clear vision and without limiting press freedom and the right to spread news.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il tema affrontato. – 3. Il dibattito.

1. *Introduzione.*

Con la presente trattazione si intende offrire una cronaca contestualizzata dell'importante incontro tenutosi in data 15 giugno 2022 presso la sala del Consiglio Nazionale Forense in via del Governo vecchio a Roma¹. L'incontro è stato promosso dal CNF e dall'Ordine Nazionale dei Giornalisti italiani ed ha visto la partecipazione di diversi esponenti di tutti i mondi coinvolti dal tema in questione.

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Giulio Vasaturo, docente di Antropologia presso Sapienza Università di Roma.

¹ Si veda il convegno sul canale Youtube ufficiale del CNF al link <https://www.youtube.com/watch?v=t0ecuzyETu0&t=2388s>.

L'importanza di questo incontro risiede proprio nella dialettica e nella diversità di vedute che il convegno ha potuto apportare, tale da favorire un vivace dibattito fra autorevoli studiosi ed esperti che hanno avuto modo di confrontarsi sul difficile bilanciamento tra i due diritti costituzionalmente garantiti: la presunzione di innocenza e la libertà di stampa. Tale questione troppo spesso è stata affrontata adottando una visione unilaterale, privilegiando gli interessi più «vicini» alla propria categoria. Un simile atteggiamento ha portato a legislazioni oscillanti, sproporzioni ed alla assenza quindi di un bilanciamento adeguato. Il tema affrontato appare interessante per il giurista non soltanto sotto il profilo del risolto contenutistico, ma anche sotto il profilo del metodo. Come sappiamo, la *quaestio iuris* del bilanciamento tra i diritti costituzionalmente protetti è sicuramente uno degli argomenti su cui più giuristi concentrano le loro energie intellettuali, la Corte Costituzionale opera a presidio di questi valori primari, salvaguardandone i «nuclei essenziali». Il legislatore, attraverso la sua discrezionalità, sceglie la connotazione del bilanciamento, il suo peso e il suo colore, ma non deve mai oltrepassare il limite invalicabile del nucleo essenziale del precetto costituzionale. La Consulta, con una sintesi ammirevole, per esprimere e spiegare il concetto del bilanciamento, ha specificato che «nessun diritto costituzionale può farsi tiranno a scapito degli altri»². Un adeguato bilanciamento normativo è una operazione prima socio-intellettuale e poi legislativa, che non rende nessuna categoria oppressa e delusa; è una operazione che deve portare ad un risultato che permetta una migliore *pax* sociale e non ulteriori fratture; un risultato che si può raggiungere solo attraverso lo strumento del dialogo, scendendo nella concretezza e non ragionando in termini meramente astratti e teorici. I costituzionalisti³ sottolineano come il percorso migliore in linea con la *ratio constitutionis* sia quello coerente con i sentimenti sociali e culturali. La norma deve essere il frutto di un dibattito, deve costituirne l'esito naturale e non deve essere spunto di dissidio sociale ed intellettuale.

Sul tema della presunzione di innocenza il legislatore, sotto l'induzione della relativa direttiva europea, è intervenuto con il d.lgs. n. 188/2021, fornendo una spinta maggiore verso la tutela del

² Corte Costituzionale, sentenza del 9 maggio 2013, n. 85.

³ C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2018.

richiamato diritto fondamentale. Tale decreto legislativo è stato però oggetto di forti critiche, che poi vedremo, da parte di tutte le categorie in gioco ed è stato il principale oggetto di dibattito del convegno in questione.

Nell'ambito del convegno sono intervenuti principalmente il Presidente del Consiglio Nazionale Forense Maria Masi, il Presidente del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti Carlo Bartoli e il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione Giovanni Salvi. Apprezzati anche gli interventi del giornalista Gianluca Amadori, del consigliere nazionale forense Giuseppe Sacco, del consigliere nazionale forense Piero Melani Graverini e del giornalista del Corriere della Sera Luigi Ferrarella.

2. Il tema affrontato.

L'art. 27 della Costituzione sancisce che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva». L'enunciato ha diversi risvolti specialmente sul piano del diritto processuale penale. Nella interpretazione più risalente questo principio è stato inteso quale regola destinata primariamente al potere giudiziario. Una recente interpretazione richiede invece una visione più ampia del canone costituzionale. La presunzione di innocenza non deve essere solamente un «affare processuale», una questione tecnico-giuridica, ma deve essere anche una mentalità sociale che riguarda ogni aspetto della dinamica penale. In questa prospettiva, il monito della presunzione di innocenza si rivolge naturalmente anche alla sfera del giornalismo e della informazione, ponendosi così in tensione con l'altro diritto costituzionalmente garantito: la libertà di stampa. Questa nuova connotazione della presunzione di innocenza appare più in linea con la sistematica del quadro costituzionale. *In primis* si mostra coerente con il principio di effettività. Sotto altro profilo, questa nuova ermeneutica valorizza più adeguatamente il legame con il principio fondamentale di cui all'art. 3 della Costituzione: la garanzia dello sviluppo pieno della persona umana. Proprio il principio costituzionale di uguaglianza ricorda all'interprete come i valori che attengono alla persona umana debbano sempre essere colti utilizzando una visione completa e trasversale della vita e mai adottando una prospettiva a compartimenti stagni. Se usiamo tale criterio di lettura, emerge in

maniera evidente come una «effettiva» presunzione di innocenza non è rispettata se si è «presunti innocenti» per il diritto, per il giudice e per il processo in corso, ma si è «presunti colpevoli» per il resto del mondo fuori l'aula di giustizia. Il procedimento penale, invero, genera nei confronti dell'imputato dei pregiudizi di notevole entità⁴, di tipo economico, sociale e psicologico e non sono mancati neanche i casi in cui persone innocenti, portate allo stremo dagli effetti stigmatizzanti del processo penale, sono ricorse anche al suicidio.

La presunzione di innocenza è considerata un parametro di civiltà giuridica. I risvolti processual-penalistici di questo imperativo costituzionale permeano tutte le regole del procedimento, con particolare riguardo all'onere della prova, alle misure cautelari e al regime di esecutività della sentenza di condanna non definitiva.

La funzione della libertà di stampa non è solamente connessa al più ampio principio di libertà di informazione, al principio di circolazione delle idee e al principio di libertà di pensiero, ma rivela un collegamento assiologico più preciso con riguardo alla sfera del processo penale. La libertà di stampa si presenta quale momento fondamentale di attuazione piena anche dell'art. 101 della Costituzione, in forza del quale la giustizia è «amministrata in nome del popolo». In tal senso, la libertà di informazione favorisce il controllo della *iurisdictio*⁵ da parte della collettività. Sotto tale lente quindi la società civile non può e non deve avere alcuna influenza sul potere giudiziario, ma allo stesso tempo deve avere notizia di quel che accade nelle aule di giustizia per esercitare al meglio la sua funzione di controllo democratico di ogni potere. Dall'altro lato, il principio di cui all'art. 27 della Costituzione dovrebbe sicuramente essere considerato di «rango costituzionale» superiore rispetto a quello della libertà di stampa, in quanto inerente direttamente alla persona umana.

L'autorevole dottrina processual-penalistica sottolinea la necessità quindi di avere una «narrazione della giustizia penale»⁶ conforme al principio personalistico, auspicando una ulteriore riforma in tal senso verso la tutela non solo della presunzione di innocenza, ma anche della riservatezza del soggetto indagato ed imputato.

⁴ G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Editori Laterza, Roma, 2020.

⁵ C. PINELLI, *op. cit.*

⁶ G. GIOSTRA, *op. cit.*

3. Il dibattito.

Il Convegno è stato caratterizzato da una costruttiva dialettica tra le varie categorie dell'Avvocatura, della Magistratura e del Giornalismo.

Partendo dalle posizioni della Avvocatura, interessante è stata la digressione della Presidente del Consiglio Nazionale Forense Maria Masi circa la direttiva europea n. 343/2016 sulla presunzione di innocenza e il d.lgs. n. 188/2021 che l'ha recepita. La riforma Cartabia, ha sottolineato la Presidentessa del CNF, ha meritoriamente rafforzato la presunzione di innocenza seppure in ottemperanza alla prescrizione comunitaria e non già per autonoma determinazione del nostro legislatore a cui, secondo l'Avvocato Masi, ben si doveva pervenire dando immediata applicazione alla nostra Carta fondamentale.

L'Avvocatura segnala però anche i limiti del d.lgs. n. 188/2021. Oggetto di critica, in particolare, è l'art. 2 della normativa, laddove stabilisce un espresso divieto per le autorità pubbliche di indicare come colpevole la persona indagata o imputata fino a che l'eventuale colpevolezza non sia accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili. Per l'Avvocatura non dovrebbero essere disciplinate solamente le dichiarazioni delle autorità pubbliche, ma anche quelle di altri soggetti quali i giornalisti. Pur interpretando analogicamente, pare in effetti impossibile estendere il precetto anche alla categoria dei giornalisti alla stregua della formulazione «autorità pubbliche». Per l'Avvocatura anche la disposizione di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 188/2021, è, per usare le parole della Presidentessa, «tutto e niente allo stesso momento». L'art. 3, infatti, stabilisce che «il Procuratore della Repubblica, o il magistrato dell'ufficio appositamente delegato, mantengono i rapporti con gli organi di informazione esclusivamente tramite comunicati ufficiali, oppure, nei casi di particolare rilevanza pubblica dei fatti, e sulla base di determinazione assunta con atto motivato che dia conto delle specifiche ragioni di interesse pubblico, tramite conferenze stampa». Una regolamentazione tanto formale ed apparentemente rigorosa viene considerata eccessivamente esposta alla discrezionalità della Autorità giudiziaria. Gli Avvocati considerano però il decreto in esame anche come una «occasione persa» riguardo ad un più ampio progetto di riforma complessiva del sistema

mediatico-giudiziario a cui il legislatore non ha avuto, sin qui, la volontà ed il coraggio di approdare.

Il Presidente del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti Carlo Bartoli, dando conto delle idee degli operatori dell'informazione, considera il decreto utile sotto il profilo sistemico, ma fortemente limitato sotto il profilo della specificità. La Riforma viene ritenuta dai Giornalisti come un atto che avrebbe avuto senso anni fa, quando la piaga del processo mediatico era fortemente incisiva, ma oggi, usando le parole proprie del Presidente Bartoli, il Decreto si inserisce in un contesto pratico completamente diverso e qui trova il suo maggior limite.

Il Decreto, secondo Bartoli, prescinde dalla realtà attuale sotto il profilo dei canali di informazione e sotto il profilo del loro utilizzo e del loro dinamismo. Oggi la sfera della circolazione delle informazioni è prevalentemente *online*, con particolare riferimento ai *social network*. In questo scenario andrebbero introdotti, per i rappresentanti della stampa, non già strumenti preclusivi della discussione *online*, bensì regole tali da garantire una «informazione di base» che sia ispirata ai principi fondanti della deontologia giornalistica. Per Bartoli è possibile arginare le campagne di diffamazione, specialmente tramite i *social*, offrendo alla sfera pubblica delle informazioni che siano assoggettate a ferree regole di ponderazione.

Interessante la proposta di questo relatore al vaglio del Convegno: inserire nell'organico della magistratura, specialmente quella requirente, degli uffici stampa che siano composti da giornalisti professionisti. Per il Presidente dell'ODG «ognuno deve saper fare il proprio mestiere»; a suo avviso «è poco pratico pretendere da un magistrato di padroneggiare la sfera comunicativa ed allo stesso tempo è poco logico chiedere ad un giornalista di ergersi ad esegeta del diritto». La collocazione dei giornalisti nelle Procure, secondo Bartoli, potrebbe risolvere i problemi esposti in quanto le valutazioni giuridiche sarebbero rimesse ai magistrati e quelle comunicative ed informative ai giornalisti.

I Giornalisti sono la categoria che, stando a quanto emerso nel Convegno, si fa promotrice del confronto tra le varie «forze» in gioco: solo una simile interlocuzione può rendere un risultato normativo apprezzabile e fondato su una chiara visione del rapporto tra le norme e gli effetti pratici. In conclusione, il Presidente Bartoli

afferma che il dialogo tra le parti non deve impostarsi come un compromesso tra categorie professionali dove ognuno cerca di massimizzare il proprio risultato; la costruttività degli incontri deve piuttosto fondarsi su un obiettivo comune: perseguire gli interessi del cittadino e il principio di giustizia. Lo *status* normativo, evidenzia il Presidente, di certo mantiene degli importanti profili di ingiustizia con particolare riferimento alla assenza di significative conseguenze in capo a chi compie diffusione distorta di informazioni, soprattutto *online*, ma sfugge dall'assoggettarsi alla categoria professionale ed alla relativa deontologia.

Il punto di vista della Magistratura è stato autorevolmente illustrato dal Procuratore Generale della Cassazione Giovanni Salvi, il quale ha sottolineato come la Riforma Cartabia non costituisca affatto una «legge bavaglio», pur conservando innegabilmente dei forti punti di criticità. Anche per Salvi si intravede il rischio di un rapporto «privilegiato ed occulto» tra il magistrato o l'ufficiale di polizia giudiziaria e taluni giornalisti. Per il Procuratore, l'attuale normativa sarebbe viziata da una caratteristica di autoritatività che la porterebbe ai limiti della legittimità costituzionale, specialmente con riferimento all'art. 21 della Costituzione. Salvi rileva, inoltre, un eccesso di discrezionalità attribuibile al procuratore capo nella selezione delle notizie di cronaca giudiziaria di «interesse pubblico». Viene sottolineato piuttosto come dovrebbe essere l'organo di informazione a valutare la necessità o meno della sussistenza dell'interesse pubblico rapportandosi con l'autorità giudiziaria.

Pienamente condivisibile è l'affermazione finale del Procuratore Generale della Suprema Corte: «Informare non è un diritto del magistrato bensì un suo dovere, essere informato è un diritto del cittadino e ciò deve avvenire attraverso la mediazione del giornalista».