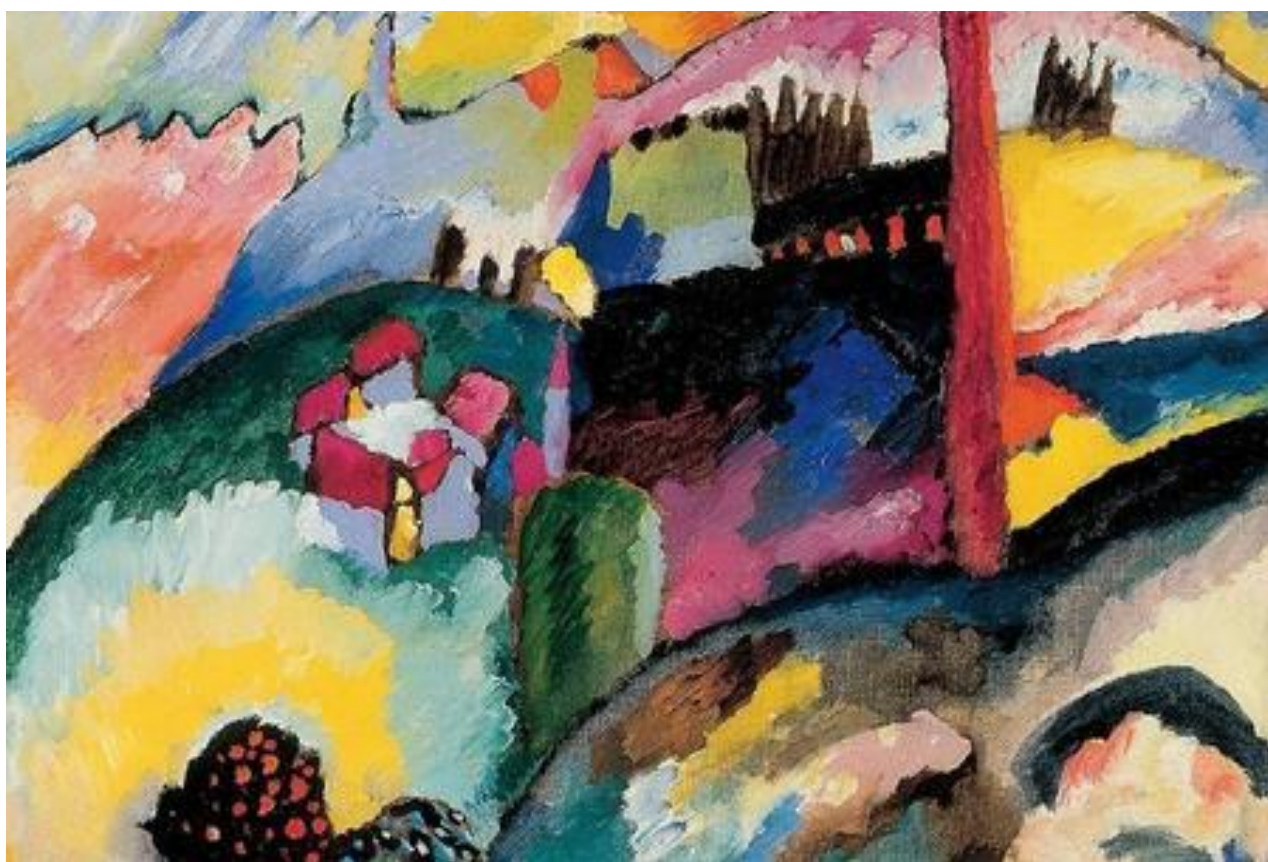


Numero 3 – 2022

# Il diritto *vivente*

**Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente***

**Direttore *Mario Cicala***



## *Direttore*

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

## *Comitato di direzione*

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLA MARIA BRAGGION (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – ALESSANDRO CENTONZE (*consigliere della Corte di cassazione*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato addetto al Gabinetto del Ministro della Giustizia*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ANTONIO D'AMATO (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – ALESSANDRO D'ANDREA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – COSIMO D'ARRIGO (*componente della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici.*) – BALDOVINO DE SENSI, (*giudice del tribunale di L'Aquila*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLA D'OVIDIO (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – GIANLUCA GRASSO (*componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – NICOLA MAZZAMUTO (*già presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) – ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LOREDANA MICCICHÉ (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ROBERTO MUCCI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – FIAMMETTA PALMIERI (*giudice del Tribunale di Frosinone*) – CESARE PARODI (*procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*già magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) – GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) – UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) – PAOLO SPAZIANI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LUCA VARRONE (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANDREA VENEGONI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

## Indice del fascicolo 3°

(settembre-dicembre 2022)

|                                                                                                                                                                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Gli Autori .....                                                                                                                                                                                                                              | 4  |
| Salvatore Casciaro, <i>Relazione introduttiva al 35° Congresso nazionale, «Diritti e Giurisdizione al tempo della ripresa», Roma 14/16 ottobre 2022, TH Roma - Carpegna Palace</i> .....                                                      | 5  |
| Giovanni Mammone intervista Mario Cicala sulla storia di Magistratura Indipendente .....                                                                                                                                                      | 16 |
| Gianluca Grasso, <i>Il seme dell'etica: la vita e la testimonianza di Rosario Livatino per la Magistratura</i> .....                                                                                                                          | 23 |
| Lorenzo Delli Priscoli, <i>Imprenditore e mercato: iniziativa privata e regole giuridiche</i> .....                                                                                                                                           | 29 |
| Alberto Barbazza, <i>Art. 47 Carta dei diritti fondamentali: i meccanismi di coordinamento fra azioni individuali e collettive in caso di violazione dei diritti umani e di altri diritti tutelati dalla legislazione eurolunitaria</i> ..... | 87 |
| Alessandro Centonze, <i>La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali della Corte di cassazione e la conoscibilita' delle informazioni processuali sensibili</i> .....                                            | 91 |

## ***Gli Autori***

*Alberto Barbazza, giudice del Tribunale di Treviso*

*Gianluca Grasso, componente della Scuola superiore della magistratura*

*Giovanni Mammone, primo Presidente emerito della Corte di cassazione*

*Salvatore Casciaro, segretario generale ANM*

*Mario Cicala, direttore della rivista Il diritto vivente*

*Lorenzo Delli Priscoli, consigliere della Corte di cassazione*

*Alessandro Centonze, consigliere della Corte di cassazione*

Salvatore Casciaro

Relazione introduttiva al 35° Congresso nazionale, «Diritti e Giurisdizione al tempo della ripresa», Roma 14/16 ottobre 2022, TH Roma - Carpegna Palace

SOMMARIO: 1. Ruolo dell'associazionismo – 2. Entrata in crisi del modello associativo – 3. Quali rimedi? – 4. Prospettive di rilancio.

## 1. Ruolo dell'associazionismo

1.1 Il sapere giuridico è requisito, certo, importante ma non sufficiente per l'esercizio costituzionalmente puntuale della giurisdizione. Si rivela, infatti, altrettanto decisiva «la capacità di ascoltare e di confrontarsi culturalmente, in maniera franca e rispettosa, innanzitutto all'interno dell'ufficio giudiziario, come pure in tutte le occasioni di elaborazione e approfondimento che la magistratura promuove in ambito sia professionale che associativo»<sup>1</sup>.

Aprirsi al confronto, acquisire, con lo scambio di conoscenze, nuove abilità, ampliare la cultura, affinare le capacità di discernimento delle problematiche, interloquire responsabilmente con gli altri legittimi protagonisti della vita pubblica, in questo, in fondo, si sostanzia l'impegno associativo.

L'essenzialità della vita associativa, anche per fornire al magistrato il naturale antidoto a un approccio di tipo burocratico alla professione, che potrebbe essere favorito dal meccanismo di nomina tramite concorso pubblico, è riconosciuta, anche a livello sovranazionale, dalla Magna Carta dei giudici approvata dal Consiglio consultivo dei giudici europei secondo cui «[...] i giudici hanno diritto di aderire ad associazioni di magistrati, nazionali o internazionali, con il compito di difendere la missione della magistratura»<sup>2</sup> e dalla Raccomandazione n. 12 del 2012 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, la quale precisa che «i giudici devono essere liberi di formare o aderire a organizzazioni professionali che abbiano come obbiettivo di difendere la loro indipendenza, proteggere i loro interessi e promuovere lo stato di diritto».

1.2 L'associazionismo giudiziario ha consentito di promuovere, e realizzare nel tempo, un'indipendenza non formale ma effettiva della Magistratura e di perseguire, attraverso un'azione civica collettiva, obiettivi altrimenti fuori dalla portata dei singoli. Basti ricordare il XII congresso nazionale ANM, nel 1965, a Gardone e l'impegno che ne seguì con le leggi cd. Breganze e Breganzone, tra il 1966 e il 1973, per l'abolizione della carriera in magistratura e l'istituzione di una progressione economica «a

---

<sup>1</sup> La citazione è tratta dal discorso del Presidente Mattarella ai giovani magistrati del 26 febbraio 2020, in <https://www.quirinale.it/elementi/45425>.

<sup>2</sup> Così l'art. 12 della Magna Carta dei giudici approvata nel 2010 dal Consiglio consultivo dei giudici europei.

ruoli aperti»<sup>3</sup>. Una svolta storica che consentì di superare il precedente modello del giudice-funzionario e di dare attuazione ai principi costituzionali secondo cui «i magistrati si distinguono fra loro soltanto per funzioni» (art. 107, comma 3, Cost.) e sono soggetti solo alla legge (art. 101, comma 2, Cost.). Si afferma così – tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso – una «magistratura orizzontale», *sine metu et sine spe*, secondo lo spirito dei Padri costituenti.

Conquiste, si noti, frutto dell'unità associativa, cioè dello sviluppo di un confronto all'insegna di una dialettica plurale, all'interno dell'ANM, come tale più ricca e feconda, specie se in grado di comporsi in effettiva sintesi delle diverse posizioni: quella “pratica concordanza delle discordanze”<sup>4</sup> da cui è dipesa l'efficacia, l'incisività e l'autorevolezza dell'azione dell'ANM, da sempre percepita, anche all'esterno, quale espressione dell'intero potere giudiziario idealmente considerato<sup>5</sup>.

## 2. Entrata in crisi del modello associativo

2.1 Allargando la prospettiva si potrebbe far coincidere l'entrata in crisi dell'associazionismo, e in genere dei corpi intermedi nel contesto politico-sociale, con la fase di attenuazione e spegnimento del conflitto ideologico, da cui scaturì una profonda trasformazione nel registro delle relazioni fra le persone, tra queste ultime e la società, tra la società e le istituzioni. Alla tensione delle idee con la loro naturale forza aggregante, nella radicalizzazione del confronto, si è sostituito, a un certo punto, il soggettivismo, con il suo orizzonte fluido e impalpabile – «liquido», potremmo dire alla Bauman<sup>6</sup> – dell'utile, del conveniente, sicché anche il gruppo associativo è stato visto da molti semplicemente come *atout* per conseguire il proprio tornaconto personale<sup>7</sup>.

Tale analisi, corretta (certo) sul piano descrittivo, non si rivelerebbe tuttavia pienamente appagante. Eclissa, infatti, l'essenzialità di un dato che sugli accadimenti della Magistratura ebbe a svolgere un ruolo decisivo. Nel pieno della crisi politico-giudiziaria di “Mani Pulite”, che recava con sé la volontà di arginare il potere diffuso della giurisdizione, veniva alla luce – nel 2005-2006 – la riforma

---

<sup>3</sup> V. E. SCODITTI, Magistratura e associazionismo: in mezzo al guado, *Questione Giustizia*, 25.06.2020, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/magistratura-e-associazionismo-in-mezzo-al-guado>, che individua nel congresso di Gardone, del 1965, il vero atto di nascita dell'associazionismo.

<sup>4</sup> L'espressione è del costituzionalista tedesco Konrad Hesse.

<sup>5</sup> Cfr. P. D'OVIDIO, Realtà e prospettive dell'associazionismo giudiziario, *Rivista «La Magistratura»*, gen./mar. 2020, 1, 50 e ss., in [http://www.associazionemagistrati.it/rivista/numeri/nm\\_9.pdf](http://www.associazionemagistrati.it/rivista/numeri/nm_9.pdf).

<sup>6</sup> È l'analisi del sociologo polacco Zygmunt Bauman sviluppata in *Modernità liquida*, Laterza, 2011, e in altri saggi.

<sup>7</sup> E' la tesi di G. MASTROPASQUA, L'associazionismo giudiziario: criticità e prospettive, 17.06.2020, in <https://www.unicost.eu/wp-content/uploads/2020/06/L%E2%80%99associazionismo-giudiziario-criticit%C3%A0-e-prospettive.pdf>; cfr. anche G. CORASANITI, Riscoprire le ragioni dell'impegno associativo, 05.11.2010, in <https://www.magistraturaindipendente.it/riscoprire-le-ragioni-dell-impegno-associativ.htm>.

Castelli–Mastella<sup>8</sup>, che, sotto la spinta di una sempre crescente mole di arretrato negli uffici giudiziari, imponeva un cambio di passo mediante l'individuazione di nuove figure di dirigenti autorevoli per gestire la risposta di giustizia con logiche di efficienza. Nasceva così «sulle ceneri della “vecchia carriera” una “nuova carriera” priva però degli strumenti meritocratici (commissioni di concorso e di scrutinio) propri della vecchia e quindi ancor più esposta alle tentazioni dell'abuso del potere, e più esplicitamente collegata attraverso il CSM alle strutture di corrente»<sup>9</sup>.

Una riforma da leggere in controluce, dei cui rischi l'ANM non ebbe piena consapevolezza, scorgendone soprattutto i lati positivi, come lo svecchiamento della dirigenza, non più intesa come premio alla carriera<sup>10</sup>; la riforma ebbe a ridestare la competizione e l'ambizione dei colleghi, tendenze innate negli esseri umani e che riaffiorarono allorché intervenne un mutamento del quadro normativo che riaccese le pulsioni sopite del giudice-funzionario.

2.2 Alcuni, all'interno dei gruppi associativi, hanno percepito le opportunità della nuova disciplina che, presentandosi sotto il vessillo della modernità, rispondeva alle pressanti attese di efficienza dei cittadini. Si è compreso che il nuovo modello di dirigenza avrebbe consentito, mediante la selezione – con criteri non sempre trasparenti – dei candidati al Consiglio superiore, di gestire le carriere dei magistrati. Si sono così venute a costituire, talvolta, per il tramite dei consiglieri eletti, e grazie anche all'ampia discrezionalità ad essi attribuita, vere e proprie aggregazioni di potere<sup>11</sup> che, favorite dall'inadeguatezza del sistema delle valutazioni di professionalità a graduare le differenti attitudini dei magistrati, hanno in più occasioni consentito di anteporre gli interessi particolari a quelli generali. Un cortocircuito che si è alimentato, poi, attraverso le competizioni elettorali: i più abili nell'esaudire le

---

<sup>8</sup> Per una compiuta ricostruzione, v. P. SERRAO D'AQUINO, Appunti per una riforma della dirigenza giudiziaria, 12.04.2021, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/appunti-per-una-riforma-della-dirigenza-giudiziaria>.

<sup>9</sup> Così M. CICALA, Le “correnti” della Magistratura Italiana: centri di potere? Espressione politica? Strumenti di dibattito ideale?, Il Diritto Vivente, 22.07.2022, in <https://www.rivistaildirittovivente.it/le-correnti-della-magistratura-italiana-centri-di-potere-espressione-politica-strumenti-di.htm>.

<sup>10</sup> Cfr. il documento “Osservazioni e valutazioni dell'ANM sul disegno di legge di Riforma dell'ordinamento giudiziario”, ove testualmente si legge: «nel suo complesso il nuovo assetto degli incarichi direttivi e semidirettivi merita apprezzamento per l'opzione di fondo della temporaneità, per l'innovazione in tema di controllo di gestione, per la qualità di alcune soluzioni tecniche adottate...», in <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3841/osservazioni-e-valutazioni-sul-ddl-riforma-dellordinamento-giudiziario.htm>. V. altresì L. PALAMARA, Relazione introduttiva al XXIX Congresso nazionale, Roma 6-8 giugno 2008, in Centro Anni di Associazione Magistrati, Ipsoa, Assago, 2010, 287, dove si preconizza che il nuovo compito cui sarà chiamato il CSM, di valorizzare il merito dei candidati, «è conforme al bisogno di efficienza del sistema ed inevitabilmente aprirà la strada per ridurre le logiche di appartenenza che in passato possono aver connotato alcune scelte del Consiglio».

<sup>11</sup> Per M. CICALA, Le “correnti” della Magistratura Italiana, cit., la qualificazione delle correnti come centri di potere è, in parte, ineliminabile e negli anni si è sempre affiancata, in misura variabile, alla loro natura di strumenti di dibattito ideale.

ambizioni dei singoli si giovavano di un ritorno di consensi. Ciò consentì di aprire una falla nel precedente assetto della giurisdizione, della cui consistenza si è avuta cognizione nella primavera del 2019 allorché l'intero sistema delle relazioni associative è stato messo in discussione.

Emblematico di quel passaggio fu il discorso del Presidente Mattarella sulla «modestia etica», in cui si dipingeva una Magistratura che appariva china su sé stessa, preoccupata di costruire consensi a uso interno, finalizzati all'attribuzione di incarichi o prebende e dove si sottolineava, per la prima volta, l'esigenza di «porre attenzione critica sul ruolo e sull'utilità stessa delle correnti interne alla vita associativa dei magistrati»<sup>12</sup>.

Organi di stampa avviarono veementi campagne di delegittimazione della Magistratura, il cui controcanto erano le esternazioni di singoli esponenti della classe politica, alcune non esenti da inopportuni eccessi polemici: ci fu perfino chi si spinse grottescamente a definire «l'ANM un cancro da estirpare»<sup>13</sup>.

Ma di quel periodo resta impressa, nella mia e credo nella memoria di tutti voi, l'ondata di sdegno e ribellione dei tanti magistrati, la stragrande maggioranza: non solo di quelli da sempre silenziosamente impegnati nel quotidiano lavoro negli uffici giudiziari ma anche – tengo a sottolinearlo – di coloro che generosamente e con passione autentica si prodigavano nell'attività associativa. Costoro furono i primi a restare sconcertati, a sentirsi offesi per il “sottobosco” di accordi di potere, spartizioni, raccomandazioni rivelato nelle chat del dr. Palamara.

2.3 L'intera categoria fu travolta dal discredito e i magistrati accomunati da attacchi indistinti e generalizzati. Siamo piombati nella «notte nera delle vacche nere»<sup>14</sup>: l'opinione pubblica acquisiva di giorno in giorno, in un crescendo rossiniano, consapevolezza dell'ampia dimensione del quadro degenerativo. I gruppi associativi hanno cercato di reagire. Inizialmente senza una piena consapevolezza, poi avviando percorsi di analisi critica, e di profonda, dolorosa rigenerazione.

La caduta di immagine e di fiducia di cui godeva la categoria dinanzi ai cittadini fu verticale<sup>15</sup> mettendo in discussione non un certo modo di fare associazione – e, con esso, il ruolo di quei magistrati che alle degenerazioni del sistema avevano personalmente contribuito –, ma il valore stesso

---

<sup>12</sup> Discorso del Presidente Mattarella alla cerimonia del 18.06.2020, in <https://www.quirinale.it/elementi/49518>.

<sup>13</sup> Il riferimento è all'intervista rilasciata il 07.05.2021 dall'ex-ministro Claudio Martelli al Riformista, L'Anm è il cancro della magistratura, va estirpato, in <https://www.ilriformista.it/lanm-e-il-cancro-della-magistratura-va-estirpato-intervista-a-claudio-martelli-217003/>.

<sup>14</sup> La citazione di Hegel è tratta dalla Prefazione alla Fenomenologia dello Spirito.

<sup>15</sup> Stando ai sondaggi la fiducia degli italiani nella Magistratura è passata dal 68% del maggio 2010 al 39%, cfr. N. PAGNONCELLI, In Italia solo il 39% si fida dei magistrati, Il Sondaggio, Corsera 15.05.2021, in [https://www.corriere.it/politica/21\\_maggio\\_15/italia-solo-39percento-si-fida-magistrati-sondaggio-276798c8-b4e6-11eb-a3a5-b3729d611502.shtml](https://www.corriere.it/politica/21_maggio_15/italia-solo-39percento-si-fida-magistrati-sondaggio-276798c8-b4e6-11eb-a3a5-b3729d611502.shtml).

dell'associazionismo giudiziario. È questo il quadro che si è trovato dinanzi l'attuale Comitato direttivo centrale dell'ANM al momento del suo insediamento il 7 novembre 2020.

Si decise, non senza difficoltà, di avviare responsabilmente un percorso di ricostruzione comune. Muovendo dall'idea di fondo che non servisse distinguere tra virtuosi e reprob, ma occorresse, nella pari dignità dei gruppi associativi, comprendere le cause del fenomeno degenerativo e individuare i possibili rimedi: nasceva, con il concorso di quasi tutte le componenti associative, la Giunta esecutiva centrale il 5 dicembre 2020.

### 3. Quali rimedi?

3.1 Sulla crisi dell'associazionismo – che si è essenzialmente manifestata esteriormente in correlazione al fenomeno del carrierismo – è possibile svolgere alcune brevi riflessioni.

Per uscire dall'*impasse* e attuare un rilancio dell'azione associativa da più parti ci si concentra sulla questione morale. Serve, si dice, una svolta radicale nell'etica individuale e di corpo dell'intera magistratura, senza la quale difficilmente si potrà uscire dal vicolo cieco in cui ci troviamo<sup>16</sup>. Sarebbe, dunque, imprescindibile rivitalizzare le radici deontologiche della professione, valorizzando imparzialità e irrepremissibilità delle condotte individuali, e per far ciò sarebbe necessaria una riflessione approfondita, anche attraverso l'apporto fondamentale della Scuola Superiore della Magistratura, nei confronti di atteggiamenti che si sono diffusi nel mondo della giurisdizione, ingenerando la «crisi epocale» che, nell'ultimo triennio, ci si è trovati, improvvisamente, ad affrontare<sup>17</sup>. In tale contesto, viene sottolineata l'esigenza di adoperarsi per la repressione delle condotte deontologicamente non commendevoli, donde il ruolo fondamentale dell'accertamento nelle sedi proprie, disciplinare e associativa<sup>18</sup>, degli addebiti con il dovuto rigore e nel rispetto delle garanzie di difesa.

C'è chi invece ritiene prioritario recuperare l'originaria carica ideale dell'associazionismo: sarebbe auspicabile ampliare i canali di approfondimento sui grandi temi della giurisdizione, riattivare il confronto ideale fra i gruppi per ridare smalto ed energia alla vita associativa, e riavvicinare così i tanti colleghi che se ne sono allontanati. A riguardo, un ruolo essenziale potrebbero svolgere le molte riviste di taglio scientifico da tempo impegnate nel settore associativo. Insomma, dare nuova linfa al dibattito

---

<sup>16</sup> V. G. MELIS, Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni, 10.01.2020, in [https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-correnti-nella-magistratura-origini-ragioni-ideali-degenerazioni\\_10-01-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-correnti-nella-magistratura-origini-ragioni-ideali-degenerazioni_10-01-2020.php).

<sup>17</sup> L'espressione è di A. CENTONZE, La crisi della magistratura italiana e la riscoperta della deontologia giudiziaria, 10.02.2022, in <https://www.rivistaildirittovivente.it/la-crisi-della-magistratura-italiana-e-la-riscoperta-della-deontologia-giudiziaria.htm>.

<sup>18</sup> Va evidenziato che il collegio dei Probiviri dell'ANM, insediatosi nel gennaio 2021, ha avviato al 1° ottobre 2022 n. 102 procedimenti disciplinari associativi, di cui n. 64 definiti (n. 21 con l'archiviazione, n. 27 per dimissioni del socio, n. 16 con sanzioni disciplinari, irrogando 12 censure, 2 espulsioni e 2 interdizioni dai diritti sociali).

sui contenuti dove fisiologicamente si è portati a dividersi secondo le diverse, spesso frastagliate, sensibilità culturali, il che favorirebbe la partecipazione dei colleghi e un recupero dei valori storicamente interpretati dai diversi gruppi<sup>19</sup>.

Altri ancora ritengono non più differibile sviluppare una riflessione di tipo diverso che muova dal rilievo che in ciascuno degli storici gruppi associativi si sarebbe formato negli anni un *deficit* di democrazia interna, tanto da palesare l'esistenza «di canali decisionali nascosti, operanti in parallelo a quelli ufficiali e in grado di bypassarli»<sup>20</sup>; e in ciò si potrebbero rinvenire le cause profonde dei fenomeni degenerativi in atto. Secondo tale impostazione, il correntismo sarebbe frutto della debolezza dell'associazionismo e delle sue regole di funzionamento democratico.

Pur nella varietà di accenti, le proposte elencate muovono dall'idea che la crisi di questi anni sia essenzialmente legata a una caduta di tensione etica, trasmodata in alcuni casi in illecito deontologico, in altri funzionale.

Se i comportamenti sono sbagliati, occorre cambiarli, non serve cambiare le regole. Si muove cioè dal convincimento che la giustizia non è solo una questione di codici e procedure, è anche, e molto più, «questione di giudici e di ethos che essi si portano addosso, da questo dipendono in concreto codici e procedure. Prima che questione giuridica, è questione culturale»<sup>21</sup>.

3.2 Sotto altra angolazione, c'è chi ritiene non bastevole un impegno così concepito; è questa l'idea di chi vorrebbe esaminare soprattutto il diverso piano del cambiamento delle regole.

C'è chi auspica<sup>22</sup> un intervento sul meccanismo elettorale del Consiglio superiore, mediante l'introduzione del sorteggio temperato, il che rischierebbe di forzare però lo spirito dell'articolo 104 della Cost.<sup>23</sup>, il quale prevede un'elezione «tra gli appartenenti alle varie categorie» di magistrati e non all'interno di un'enclave o un sottoinsieme più ridotto e perimetrato con criteri predefiniti e

---

<sup>19</sup> V. C. CASTELLI, Elogio dell'associazionismo giudiziario, *Questione Giustizia*, fasc. 3/2019, in [https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/elogia-dell-associazionismo-giudiziario\\_684.php](https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/elogia-dell-associazionismo-giudiziario_684.php).

<sup>20</sup> È l'opinione di N. ROSSI, *Questione morale o questione democratica?*, 26.01.2021, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-morale-o-questione-democratica>.

<sup>21</sup> La citazione è tratta da G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, 2009, Einaudi, Torino, pag. 371.

<sup>22</sup> È la proposta portata avanti dai colleghi della «Lista101» eletti in seno al Comitato direttivo centrale all'esito della consultazione del 18-19 e 20 ottobre 2020.

<sup>23</sup> Cfr. l'intervento del prof. S. De Nardi al Convegno organizzato dal gruppo di Magistratura Indipendente dal titolo «Il Consiglio superiore della Magistratura: sistemi elettorali e rappresentatività», in <https://www.radioradicale.it/scheda/591449/il-consiglio-superiore-della-magistratura-sistemi-elettorali-e-rappresentativita>, ove si critica la soluzione orientata a escludere l'elettività richiamando, a riguardo, il dibattito all'Assemblea costituente: nella seduta del 25.11.1947, il sen. Condorelli, parlando dell'esigenza di indipendenza istituzionale o interna, suggeriva un sistema di designazione fissa, o un congegno automatico, di designazione per legge, ipotesi, questa, subito accantonata dall'Assemblea, perché i costituenti vollero fortemente escludere che la scelta dei componenti del Consiglio superiore fosse indirizzata su soggetti non selezionati per essere i più adatti e i più capaci.

automatici<sup>24</sup>; costoro sono gli stessi che aspirano a sottrarre al Consiglio superiore il governo delle nomine, che immaginano più opportunamente attribuite attraverso un sistema di “rotazione” all’interno dell’ufficio giudiziario degli incarichi dirigenziali: rimedio che svilirebbe, tuttavia, il ruolo del Consiglio superiore e metterebbe a rischio l’efficienza degli uffici, precludendo una selezione del dirigente più dotato per merito e attitudini organizzative.

Altri ancora vorrebbero riabilitare, invece, il criterio dell’anzianità senza demerito sostituendolo a quello meritocratico<sup>25</sup>, quest’ultimo apparso caratterizzato da un’ampia discrezionalità spesso indistinguibile dall’arbitrio.

Una posizione che riscuote, dentro e fuori dalla Magistratura, un certo *appeal*: valutando il sistema attuale, alcuni parlano di criteri di scelta dei direttivi fluttuanti e ondivaghi che indurrebbero a «coltivare» impropriamente le domande di avanzamento in carriera affidandosi a «un santo protettore». Quasi a cascata, si verrebbe a innescare una specie di *far west* delle nomine<sup>26</sup>, uno scontro di tutti contro tutti in cui a farne le spese sarebbero colleghi valenti ma privi di amicizie e agganci associativi<sup>27</sup>.

3.3 La riforma ordinamentale da poco varata (i.e., legge delega 17 giugno 2022 n. 71) non ha raccolto tali *input*, e ciò in linea con le posizioni del Consiglio superiore, il quale ha sempre contrastato ogni nostalgia retrospettiva difendendo con forza il criterio meritocratico e l’ampia discrezionalità di cui dispone e rifiutando, conseguentemente, l’adozione di punteggi ponderali nella valutazione degli indicatori attitudinali relativi alle nomine. Nel suo parere sul progetto di riforma ordinamentale, il CSM ha manifestato, non a caso, apprezzamento per le modifiche apportate in sede ministeriale, che salvaguardavano la «centralità della discrezionalità consiliare evitando di predeterminare puntualmente

---

<sup>24</sup> Ritiene inopportuno il meccanismo del sorteggio, che sembra implicare una sorta di aprioristica sfiducia nell’efficacia delle misure di tipo diverso per contenere il fenomeno del correntismo, anche la relazione della Commissione «per elaborare proposte di interventi per la riforma dell’ordinamento giudiziario» (c.d. Commissione Luciani, dal nome del suo presidente) istituita con d. min. Giustizia 26 marzo 2021: cfr., in particolare, il § III. 15, a pag. 15 della relazione, in [https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione\\_LUCIANI\\_relazione\\_finale\\_31\\_mag21.pdf](https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUCIANI_relazione_finale_31_mag21.pdf). Il meccanismo del sorteggio, sostenuto nelle recenti elezioni del CSM dal movimento “Altra Proposta”, non sembra avere incontrato il gradimento dei magistrati, avendo propiziato, in occasione dell’ultima consultazione elettorale del 18-19 settembre 2022, la nomina di un consigliere su 20 seggi disponibili.

<sup>25</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, Carrierismo dei magistrati e associazionismo giudiziario, 25.03.2022, in <https://centroriformastato.it/carrierismo-dei-magistrati-e-associazionismo-giudiziario/#sdfootnote5sym>.

<sup>26</sup> V. G. SERLENGA, presidente dell’ANMA, intervista al quotidiano Il Foglio, Il Far West del CSM, 03.08.2022, la quale si chiede provocatoriamente «se è possibile ritenere il CSM, composto in prevalenza da magistrati che sono altro dai manager, in grado di valutare le capacità manageriali di altri magistrati».

<sup>27</sup> Vicende cui guardano con sereno distacco i magistrati della giustizia amministrativa per i quali la nomina a incarichi direttivi si basa sul criterio dell’anzianità senza demerito, quest’ultimo desunto dai ritardi nei tempi di deposito dei provvedimenti a fronte di “carichi esigibili” predeterminati.

gli indicatori attitudinali»<sup>28</sup>. Trattasi di posizioni che trovano rispondenza in voci autorevoli dell'avvocatura, che invitano ad accettare senza timori una trasparente elasticità nell'individuazione del dirigente giudiziario senza «ingabbiare» la valutazione consiliare.<sup>29</sup>

Dal canto suo, l'ANM si è schierata anch'essa a favore del criterio meritocratico e delle attitudini, ritenendolo senz'altro preferibile come scelta di fondo: anacronistico sarebbe preconizzare, in un'organizzazione sempre più complessa e articolata come quella del servizio giustizia, un ritorno al criterio dell'anzianità senza demerito oppure cercare di approntare deleterie forme di automatismo selettivo come, ad esempio, la rotazione degli incarichi.

Nondimeno, con mozione approvata il 6 novembre 2021 dal Comitato direttivo centrale, l'ANM, dopo una interlocuzione d'analogo contenuto con la Ministra Cartabia, invitava il CSM a procedere a «una seria rivisitazione del testo unico sulla dirigenza giudiziaria, riconsiderando i criteri di nomina, al fine di renderli più oggettivi e prevedibili» e adottando parametri più stringenti onde evitare che «il medesimo indicatore possa essere valutato (a seconda dei casi e delle convenienze) in maniera diversa»<sup>30</sup>.

Tale istanza, giustificata anche da numerosi annullamenti di importanti delibere di nomina da parte del giudice amministrativo<sup>31</sup>, è rimasta finora inascoltata. Quel che è certo è che in assenza di una ridefinizione delle modalità di accesso alla dirigenza giudiziaria non c'è da restare troppo ottimisti in ordine alla possibilità di voltare davvero pagina rispetto alle storture del passato.

Al di là dell'auspicato recupero di tensione etica dei comportamenti individuali, da realizzare attraverso un mutamento del substrato culturale che elida le prassi di auto ed etero-promozione<sup>32</sup>, sarà

---

<sup>28</sup> V. Fasc. 10/PA/2022–Parere, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sugli emendamenti al disegno di legge A.C. 2681, pagg. 68-69.

<sup>29</sup> È per rifiutare una «deresponsabilizzante rigidità del percorso selettivo» A. MASCHERIN, La dirigenza giudiziaria in un'organizzazione al servizio del cittadino, Giustizia Insieme, 07.10.2022, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/ordinamento-giudiziario/2455-la-dirigenza-giudiziaria-in-un-organizzazione-al-servizio-del-cittadino>.

<sup>30</sup> Così la mozione approvata dal Comitato direttivo centrale, in <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3658/il-comitato-direttivo-centrale-sui-criteri-di-nomina-per-gli-incarichi-semidirettivi.htm>.

<sup>31</sup> Tra i tanti annullamenti del giudice amministrativo, anche recenti, basti rammentare quelli più clamorosi riguardanti le delibere di nomina del Procuratore della Repubblica di Roma, dei componenti del comitato direttivo della Scuola Superiore della Magistratura e dei vertici della Corte di cassazione.

<sup>32</sup> Il Comitato direttivo dell'ANM ha ribadito, con la mozione approvata l'11.09.2021, in <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3586/il-cdc-sulle-condotte-di-auto-promozione-ed-etero-promozione-proposte-e-prospettive.htm> che «porre in essere o accettare che altri si prodighino in raccomandazioni, segnalazioni o sollecitazioni varie al fine di indebitamente influire sulle decisioni dell'Organo di autogoverno in ordine al conferimento di uffici direttivi e semidirettivi, in favore proprio o di terzi, costituisce comportamento che svislaccia il senso e l'alto valore di un impegno associativo e si

essenziale, infatti, una revisione della disciplina ordinamentale, anche secondaria, che valorizzi pienamente, con la reintroduzione delle c.d. fasce di anzianità, il positivo esercizio della giurisdizione, coordinando meglio fra loro i vari indicatori attitudinali, generali e specifici, e chiarendone l'operatività, nonché rendendo più trasparenti e prevedibili le nomine, evitando quelle decisioni contraddittorie e incoerenti di cui abbiamo avuto frequente evidenza nel recente passato.

#### 4. Prospettive di rilancio

4.1 Fare esercizio di memoria, svolgere una seria autocritica e interrogarsi sulle ragioni dell'involuzione del sistema associativo, è la necessaria premessa per individuare i possibili rimedi e procedere a un'assunzione di responsabilità nel momento presente. Come è essenziale comprendere a pieno le cause per le quali all'ANM non è stato sempre agevole preservare una sostanziale autonomia rispetto all'Organo di autogoverno, così da svolgere un ruolo dialogico e, all'occorrenza, opportunamente vigilare sull'operato di quest'ultimo. Vero è che in molte occasioni si è mantenuto un atteggiamento di silenzio rispettoso a fronte di alcune decisioni consiliari che suscitavano perplessità e critiche diffuse tra i colleghi: decisioni apparse ispirate a strategie sotto-corporative che anteponevano la logica di appartenenza all'interesse generale che imporrebbe l'indicazione del candidato più idoneo a rivestire il singolo incarico.

Le ragioni del *self restraint* dell'ANM si comprendono se solo si pone mente al fatto che sia le rappresentanze consiliari sia quelle che si formano in seno al Comitato direttivo centrale hanno una comune radice, costituendo fondamentali forme di espressione dei gruppi associativi da cui promanano. Il recupero del ruolo autonomo dell'ANM nei confronti del Consiglio superiore è fattore di sicura valenza identitaria nella vita dell'Associazione che deve sapersi fare interprete in ogni sede delle esigenze reali, delle ansie dei colleghi e dei quotidiani affanni della giurisdizione<sup>33</sup>.

L'esercizio concreto di tale ruolo autonomo si va, tuttavia, innegabilmente rafforzando<sup>34</sup> e contribuirà sia a riavvicinare i colleghi alla vita associativa sia a ripristinare quel clima di fiducia tra i

---

pone in contrasto con il dovere costituzionale, prima che deontologico, di indipendenza del magistrato».

<sup>33</sup> Tale rinnovata sensibilità il Comitato direttivo centrale ha opportunamente manifestato approvando il 25.4.2021 la mozione "Carichi esigibili", in <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3503/i-lavori-della-commissione-carichi-esigibili.htm>, che, nell'ottica di dare finalmente attuazione alla disciplina prevista dagli artt. 11 del d.lgs. n. 160/2006 e 37 della legge n. 111/2011, ha sollecitato il CSM ad «avviare immediatamente e in via sperimentale l'impiego dei criteri di valutazione individuati dalla proposta elaborata dal gruppo di lavoro istituito dalla quarta Commissione del CSM sugli standard di rendimento nel settore civile, con riferimento agli uffici giudiziari di primo grado».

<sup>34</sup> Ne è riprova la mozione, recante il titolo "Una discussa delibera dell'organo di governo autonomo", approvata il 20.01.2021 dal Comitato direttivo centrale, in <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3428/una-discussa-delibera-dellorgano-di-governo-autonomo.htm> nonché l'ulteriore mozione approvata al Comitato direttivo centrale del 02.10.2022 in

magistrati e il loro Organo di governo autonomo, quest'ultimo percepito talora, a torto o a ragione, come un soggetto minaccioso i cui processi decisionali non sempre appaiono chiaramente intelligibili<sup>35</sup>.

4.2 Le sfide dell'associazionismo non potranno non guardare anche ai nuovi scenari di riforma che mostrano di voler incrinare la stessa fisionomia costituzionale del magistrato.

Non penso solo alle modifiche ordinamentali apportate dalla legge n. 71 del 2022 che, nell'ottica di perseguire ambiziosi obiettivi di riduzione dell'arretrato e dei tempi del processo, si muove in una logica iper-produttivista, burocratizzando il ruolo del magistrato e relegandolo in una dimensione di subordinazione gerarchica rispetto al capo dell'ufficio; ma anche, e con maggior preoccupazione, alle ulteriori proposte che hanno agitato in campagna elettorale il dibattito politico e dirette a ridefinire le funzioni e le prerogative del potere giudiziario rispetto agli altri poteri dello Stato.

L'istituzione dell'Alta Corte per giudicare sui procedimenti disciplinari e sulle nomine contestate<sup>36</sup>, la separazione delle carriere, il frazionamento (o lo smembramento) del Consiglio superiore, l'eliminazione dell'obbligatorietà dell'azione penale, l'introduzione di forme di responsabilità diretta dei giudici, il sorteggio per l'individuazione dei componenti del CSM sono solo alcune delle iniziative che, se introdotte, determinerebbero lo stravolgimento dell'attuale assetto costituzionale dell'ordine giudiziario. Si tratta di proposte che dovranno essere contrastate dall'azione unitaria della magistratura associata che deve trovarsi pronta a impegnarsi in difesa dei valori costituzionali e dei diritti dei cittadini.

4.3 Ma servirà anche procedere verso il recupero di una maggiore rappresentatività dell'Associazione, mostrando, da un lato, un'accresciuta sensibilità verso i problemi delle realtà locali, delle sedi più disagiate, facendosene interpreti, e, dall'altro, trovandosi pronti a rispondere alle più pressanti esigenze dei colleghi, specie i più giovani, adoperandosi per un loro diretto coinvolgimento nella vita associativa. Allargare il livello di partecipazione all'azione associativa è, oggi più che mai, l'obiettivo da perseguire.

---

tema di uniformità dei criteri di giudizio in materia di trasferimento per incompatibilità ambientale, in <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3837/procedimenti-disciplinari-per-incompatibilit-ambientale.htm>.

<sup>35</sup> La citazione è di A. PIRAINO, intervista a Il Dubbio, 29.09.2022, I laici siano scelti per la professionalità. Noi di MI saremo aperti al confronto, in <https://www.magistraturaindipendente.it/i-laici-siano-scelti-per-ia-professionalita-mi-aperta-al-confronto.htm>.

<sup>36</sup> Il Comitato direttivo dell'ANM, con delibera approvata il 03.07.2022, in <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3834/lanm-sul-progetto-di-istituzione-dellalta-corte.htm>, ha espresso viva preoccupazione per il progetto di riforma costituzionale n. 2436, XVIII legislatura, rubricato "Modifiche al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di istituzione dell'Alta Corte", volto ad istituire un organismo con funzioni di giudice dell'impugnazione per le sentenze disciplinari emesse dal CSM e dai Consigli di Presidenza delle altre magistrature, oltre che di giudice dei ricorsi contro ogni altro provvedimento dei suddetti organismi riguardanti i magistrati.

Quello del magistrato è infatti un mestiere solitario, ciascuno è un'isola come è stato efficacemente detto, e resta custode geloso della propria autonomia e discrezionalità con l'anelito di coniugare senso dell'umanità e spirito di servizio. Non vogliamo interferenze esterne nel modo di applicare la legge e comprenderne il significato, in questo si sostanzia in fondo l'unica "dipendenza" che accettiamo, intesa come obbedienza alla legge<sup>37</sup>. Ma questa solitudine della professione, per non tradursi in autoreferenzialità e sterile protagonismo, impone, quale necessario contraltare, l'apertura al confronto esterno perché ogni singolo è chiamato, senza l'intermediazione di deleghe o rappresentanze, ad esprimere, nella realtà giudiziaria dove opera come anche in questo Congresso nazionale, l'idealità che l'Associazione deve incarnare<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Così A. BERIA DI ARGENTINE, Relazione introduttiva al XVII Congresso nazionale, Mondovì 24-27 giugno 1982, in Centro Anni, cit., 136.

<sup>38</sup> Cfr. M. CICALA, Relazione introduttiva al XXII Congresso nazionale Milano-Como 10-13 giugno 1993, in Centro Anni, cit., pag. 164.

Giovanni Mammone: Noi conosciamo molto della storia dell'Associazione dei Magistrati prima del 1925, ci sono stati insigni storici, alcuni dei quali presenti a questo incontro, che hanno studiato le carte di quell'epoca (essendo ormai tutti scomparsi gli interpreti di quell'epoca) e che ci hanno lasciato importanti testimonianze di come nacque l'Associazione Magistrati, di quali furono i suoi intenti e di quale fu la sua tristissima sorte al momento del suo autoscioglimento causato dall'avvento del fascismo. Meno sappiamo su cosa è avvenuto nel dopoguerra, quando viene ricostituita l'Associazione Magistrati nel 1944 (non nel '45 come solitamente si legge nelle fonti). Appena ricostituita l'Associazione Magistrati cominciò a fare il suo lavoro, si calò in un momento di particolare tensione istituzionale, prese le sue posizioni in sede appunto di riforma dell'ordinamento giudiziario e così via, poi ha avuto i suoi sviluppi. Ma questo periodo non è stato mai approfondito realmente con metodo scientifico, con una volontà di sistemare gli eventi per dare loro una valutazione. È stato fatto da parte nostra, magistrati, più che altro come una storia, come sentito dire, come un modo per entrare nella vita di oggi dell'Associazione, delle correnti, anche a volte delle situazioni che si sentono raccontare. Ma mai, ripeto, è stato fatto uno studio serio su questo argomento. E sono passati ormai quasi ottant'anni e in ottant'anni di cose ne sono successe ed è importante che si facciano degli studi non di mero giornalismo o di mero sentito dire ma che si approfondiscano le fonti e le situazioni concrete che si sono create. E qui mi ricollego a quanto ha appena detto il presidente Genovese: quale migliore fonte che interrogare gli interpreti di singoli episodi, di singoli eventi che hanno caratterizzato la vita dell'Associazione Magistrati e ovviamente, di converso, la vita delle correnti che sono state parte integrante dell'Associazione Magistrati. Ecco, io ritengo che il vero contributo che può nascere da questo incontro sia proprio questo: quello di dare a noi presenti consapevolezza. Tante cose non avvengono per caso, avvengono perché ci sono stati eventi che le hanno generate. Stamattina ho sentito una relazione che ha teso a regolare tutti i vari eventi secondo quello che avveniva nella società italiana dell'epoca. Qualcosa forse noi potremmo anche capire meglio se riuscissimo a storicizzare la vita delle correnti in relazione al fluire proprio della vita associativa. Detto questo passo a quello che è il mio ruolo odierno: Mario Cicala non ha bisogno di presentazioni, io posso solo dire che è stato brillantissimo presidente della sezione tributaria della Corte di Cassazione, ha introdotto un sistema di lavoro che adesso tutti diamo per scontato ma che all'epoca era rivoluzionario, cioè si è inventato il "massimario". Quanti di voi avranno letto questo massimario di Mario Cicala che dava le notizie ultimissime della Corte di Cassazione prima ancora che uscissero sul Sole24ore che pure è velocissimo

---

<sup>39</sup> Intervista svolta nell'ambito del corso della Scuola superiore della magistratura "Storia della magistratura e dell'associazionismo", destinata a confluire nel Quaderno del corso.

o sulle riviste. Ma questo è un mio ricordo personale da magistrato di Corte di Cassazione. Mario è stato per due occasioni presidente dell'Associazione Magistrati oltre ad avere un ruolo importantissimo nell'ambito di Magistratura Indipendente; quindi, è la persona sicuramente più adatta per dare risposta a tutti quegli interrogativi un po' affannosi che vi ho rivolto all'inizio. Il tema del discorso è la storia delle correnti. Stamattina è stata data una certa spiegazione di come sono nate le correnti e di quali sono stati gli stimoli che portarono i magistrati ad associarsi in un senso, in opposizione ad altri che la pensavano diversamente su certe questioni. Ecco, quello che chiedo a Mario e questa è la prima domanda che gli rivolgo è: Magistratura Indipendente esiste come gruppo aggregato fin dagli anni '60 del secolo scorso, non a caso oggi siamo i primi a intervenire perché hanno rispettato in concetto di anzianità (c'era Terzo Potere ma ora non c'è più nessuno). La domanda che ti faccio Mario è questa: come è nata Magistratura Indipendente, quali sono stati i valori a cui si è ispirata e quale posizione ha assunto nel tempo a proposito del dibattito sulla giurisdizione, questo proprio per dare un senso a quella che è la natura delle correnti di diventare punti di aggregazione del pensiero, prego.

Mario Cicala: Per prima cosa ringrazio tutti, in particolare l'Eccellenza Mammone<sup>40</sup>, per le belle parole che mi ha dedicato e rivolgo un pensiero affettuoso e grato a Franco Marzachi, esponente di spicco di Magistratura Indipendente, morto in questi giorni; conoscendo Franco ed apprezzandone le qualità umane e professionali entrai giovanissimo in Magistratura Indipendente.

Per rispondere alle domande che mi sono state proposte, predo le mosse da una mia convinta opinione.

Ritengo che la articolazione della magistratura in correnti; ed anche in associazioni: perché non ci sono state solo le correnti, in certi periodi storici sono esistite delle autonome associazioni separate dall'Associazione Nazionale Magistrati (la più importante, fu l'UMI, di cui dirò qualche parola più avanti), non è stata frutto di personalismi contingenti bensì di problematiche di grande rilievo ideale.

Questa problematica ha determinato lo smembramento dell'originaria unica "corrente" – Terzo potere- cui si sono affiancate in un primo momento, Magistratura Democratica e Magistratura Indipendente; e successivamente altre ancora (di cui non è possibile dar conto dato il poco tempo a disposizione). E l'articolazione, nasce da fattori ideali di fondamentale importanza.

---

<sup>40</sup> Che è anche Autore del fondamentale saggio Giovanni Mammone, 1945-1969, Magistrati, Associazione e Correnti nelle pagine del "La Magistratura"

Ciò che induce MI ad aggregarsi e a nascere è - lo dico francamente all'amico Borraccetti- l'ostilità verso MD; era un contrasto serio, lo è oggi, ma lo era anche allora, allora forse di più. Scoppia nel 1969 il famoso (ai suoi tempi famoso e oggi del tutto dimenticato) "caso Tolin", direttore responsabile di "Potere Operaio"; a cui MD esprime solidarietà stigmatizzando gli orientamenti che qualifica come «repressivi»<sup>41</sup>, delle forze di polizia e di settori dell'ordine giudiziario; che avevano deciso l'arresto di Francesco Tolin per reati comunemente qualificati come "di opinione". A loro volta, gli altri magistrati, fra cui spicca Magistratura Indipendente attaccarono MD accusandola di interferire nei processi in corso. Ed addirittura MD si spaccò in due parti quasi uguali.

Ciascuno di noi può avere l'opinione che più gli aggrada sulla vicenda; ma mi sembra non si possa negare che questa spaccatura, giusta o sbagliata che sia, giusto o sbagliato che sia l'intervento di Magistratura Indipendente, pone sul tappeto una questione ideale importante. Si discute di un processo, tra l'altro clamoroso all'epoca, si discute se una corrente di magistrati possa intervenire con delle critiche. Si discute tra l'altro di un ulteriore punto importante: essendosi qualificata Magistratura Democratica come associazione di magistrati di sinistra, se questa espressione "di sinistra", "di destra" o "di centro" abbia un senso e sia opportuno che entri nella dialettica della magistratura. Qui mi preme sottolineare che vi è stato un conflitto a volte aspro che ha avuto successivi passaggi imprevisti (come la formazione di una Giunta dell'ANM che poggiava sulla convergenza di MD ed MI) ma in cui la materia del contendere era seria, sostanziale ed importante.

Serio ed importante era anche il contrasto che portò alla costituzione dell'UMI, Unione Magistrati Italiani. Nel '48 la magistratura era organizzata a piramide con in cima i consiglieri di Cassazione che da soli eleggevano metà dei componenti togati del Consiglio Superiore.

---

<sup>41</sup> Ritengo utile riportare l'ordine del giorno (che è pubblicato anche sul sito di MD con la copia del manoscritto originale): "L'Assemblea Nazionale di M.D. riunita a Bologna il 30 novembre 1969, di fronte a ripetuti recenti casi che hanno messo in pericolo in vari modi le libertà costituzionali di manifestazione e diffusione del pensiero, e provocato allarme e apprensione nell'opinione pubblica e nella stampa (la quale ha rilevato che i provvedimenti adottati hanno creato un clima di intimidazione particolarmente pesante verso determinati settori politici ai quali non può essere negata quella libertà); esprime la propria profonda preoccupazione di fronte a quello che può apparire come disegno sistematico, operante con vari strumenti ed a diversi livelli, teso ad impedire a taluni la libertà di opinione, e come grave sintomo di arretramento della società civile: chiede che i poteri dello Stato, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni, si impegnino con decisione per rimuovere le origini di tale fenomeno, mediante riforme legislative (abrogazione dei reati politici di opinione) e cambiamento di indirizzo nell'azione svolta, con particolare riguardo all'attività di p.s. di vigilanza sull'esercizio delle tipografie;

La carriera del magistrato era scandita da possibili “promozioni” : per esami scritti, per merito, per merito distinto o semplice. I “campioni” che vincevano i concorsi a consigliere d’Appello e a Consigliere di Cassazione avevano assicurata la più brillante delle carriere, giustamente, secondo il sistema di allora.

La maggioranza dell’Associazione Magistrati si esprime invece per il regime attuale, basato sostanzialmente sulla totale uguaglianza di tutti i magistrati. Insomma, posto che tutte le attività di magistrato sono ugualmente importanti, non è più importante essere consigliere di Cassazione che essere giudice di tribunale, e non è opportuno che ci siano aumenti di stipendio legati a promozioni, lo stipendio è sempre quello e dipende solo dall’anzianità. Questo grosso modo è quello che hanno sostenuto i giovani magistrati di allora, (adesso vecchissimi ahimé); hanno chiesto che non ci sia più questa piramide e che tutti i magistrati siano di uguale grado, uguale dignità, uguale peso nella formazione del Consiglio Superiore della Magistratura. Questo è tutt’altro che secondario: i Consiglieri di Cassazione erano in passato la metà dei componenti togati del Consiglio Superiore, mentre oggi hanno solo due posti cui accedono con una votazione in cui tutti i magistrati godono dell’elettorato attivo.

Questa era una questione estremamente seria, i giovani magistrati spingevano per l’equiparazione sostanziale dei gradi. Mentre i consiglieri di Cassazione, molti consiglieri d’Appello, ed anche alcuni giovani dissero: è giusto il sistema della piramide e quindi fondiamo una nostra associazione (UMI Unione Magistrati Italiani) che sostenga questa visione. L’associazione, pur con adesioni prestigiosissime anche del mondo accademico, non ebbe successo. Le leggi andarono in un senso opposto e alla fine l’Unione Magistrati Italiani si è sciolta, diciamo così, per non essere riuscita a raggiungere lo scopo che si era proposto. Ma di nuovo e anche qui, le ragioni di discussione erano estremamente serie, trovavano la radice nell’essenza del modo di essere della giurisdizione.

Certo, ha prevalso una spinta anche un po’ demagogica in questo scomparire della carriera, però, bisogna pur dar atto che non esiste una differenza, non c’è un “supermagistrato” all’interno della magistratura e quindi sì, la Cassazione cassa magari a sezioni unite e vincola ecc. ecc., però sul piano decisionale il magistrato è sempre autonomo e indipendente e non conta il ruolo che ricopre, contano in facto la sua anzianità e il giudizio positivo dei suoi colleghi.

Giovanni Mammone: Ma questo dibattito che tu ci hai descritto allo stato nascente proprio indicandoci alcuni casi specifici di conflitto poi come si è sviluppato? Per qui siamo ancora alla fase iniziale proprio, agli anni ’60, ma dopo come è progredito questo dibattito, questo confronto con gli altri gruppi?

Mario Cicala: Ringrazio della domanda che è molto appropriata oltre tutto. È un dato che sotto qualche profilo può stupire; lo scontro, eminentemente fra MD e MI, che raggiunge il suo apice all'inizio della vicenda delle Brigate Rosse, in realtà si attenua e addirittura svanisce, quando si passa alla fase più dura dello scontro portato allo Stato dalle Brigate Rosse. C'è qualche esitazione nell'inizio, su cui noi diciamo una cosa, MD ne dice un'altra, su questo si potrà scrivere un capitolo del libro futuro che Antonio Genovese scriverà sicuramente.

Giovanni Mammone: Raccogliendo i vostri materiali...

Mario Cicala: in questo libro mi pare si dovrà dar atto che ci sono molti obiettivi della magistratura che vengono portati avanti da tutti e che tendono a far saltare la contrapposizione di principio fra gli appartenenti a diverse correnti. Un esempio che mi interessò moltissimo quando facevo il Pretore, furono le procedure per il contenimento (o l'eliminazione) degli inquinamenti. Erano cause importanti, cui collaboravamo magistrati delle diverse correnti per cercare gli strumenti migliori ecc. ecc., ma per fortuna non c'era il problema del sangue, il sangue è venuto dopo, sulle questioni relative alle Brigate Rosse, alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Questi episodi, queste battaglie portarono a una convergenza, non a un compromesso secondo me, ma al riconoscimento che c'erano e ci sono dei valori superiori a quelli, pur importantissimi che possono esserci stati in gioco in altre vicende.

Per altro verso, sono nati contrasti che le correnti non sono in grado di gestire. Pensiamo al caso doloroso relativo alla mancata nomina di Falcone a presidente della sezione dei Giudici Istruttori al Tribunale di Palermo. Lì c'è uno scontro ideale, vogliamo dire anche ideologico forse, certamente non è uno scontro mosso da interessi personali e la spaccatura passa attraverso le correnti, qualcuno di MI voterà per Falcone, qualcuno di MD voterà per Meli e quindi vediamo che quel quadro che negli anni Settanta, al tempo del rapimento di Sossi a me sembrava un muro invalicabile che ci separasse, con tutto l'affetto personale, dagli amici di Magistratura Democratica, viene meno o comunque si attenua; a un certo punto, arrivano fattori nuovi che portano altri problemi che le correnti non gestiscono, o che -quanto meno- non gestiscono con voti di maggioranza come era prima e si arriva, posso ricordare questo mio episodio anche personale, alla Presidenza ANM Cicala, con segretario generale Franco Ippolito, vice Presidente Giovanni Tamburino che fece uno scandalo, un mezzo sconvolgimento, almeno nella corrente di Magistratura Indipendente, ricordo ancora con piacere una tempestosa assemblea in Cassazione. Questa realtà dell'evoluzione del sistema ha determinato convergenze. Può anche darsi che domani torneremo, anzi tornerete a scontrarvi come noi negli anni '60. Può darsi. Ci

sono dei segni che lo rendono almeno ai miei occhi, prevedibile e forse persino augurabile (alludo alla problematica sulla immigrazione clandestina).

Giovanni Mammone: Cerchiamo di andare avanti, tu ci hai appena menzionato questa giunta, diciamo con Magistratura Indipendente e Magistratura Democratica dell'inizio degli anni '90, però poi ci sono stati altri eventi nella vita dell'Associazione, ha avuto un altro sviluppo. Come ha influito all'interno di Magistratura Indipendente la partecipazione all'Associazione Magistrati, direi questo confronto continuo che c'è stato con gli altri gruppi, menzioniamo Unità per la Costituzione, i Movimenti Riuniti, ecco, cosa è venuto a Magistratura Indipendente da questo contatto con gli altri gruppi?

Mario Cicala: Un'apertura mentale, che poi ha anche cagionato degli incontri sul piano operativo interno nella gestione dell'Associazione; ma il primo passo, per quanto paradossale, è stato il parlarsi nello scontro senza peli sulla lingua. Ricordo una drammatica assemblea a Torino, dopo il rapimento di Sossi, dopo l'assassinio di Coco e lì si parlò, si parlò fra i denti, perché noi dicevamo: voi con le vostre accuse, avete indicato questi magistrati come dei reazionari; ci sono state parole dure, ma ci si è parlati! E poi si sono cercate delle vie che portassero secondo me (forse mi illudo ma ciascuno ha diritto alle sue illusioni), non al compromesso, ma al riconoscimento dei valori superiori, cui noi siamo strumentali. E così da quel momento di tensione, di preoccupazione, si è passati alla coesione, purtroppo cementata dai funerali. Ecco, io credo che il non aver seguito la via delle scissioni (che pur mi tentò quando ero giovane componente di MI), cioè dell'isolamento rispetto agli altri, ma la strada del confronto, confronto, come vi ribadisco, duro, quasi violento; non siamo arrivati alla violenza fisica, ma qualche giornalista presente si preparava già a scattare foto particolarmente gustose di magistrati che si tirassero per i capelli. Quindi io ritengo che con l'aver tenuto l'Associazione unita pur con i contrasti interni che in realtà ne facevano una federazione di associazioni più che un'associazione unica, le correnti abbiano dato un importante contributo al superamento di momenti così drammatici.

Giovanni Mammone: Per concludere, dato che il tempo a disposizione è quasi scaduto: attualmente Mario tu sei il direttore del "Il Diritto vivente" la rivista periodica di cultura giuridica edita da Magistratura Indipendente, quali sono i temi prediletti dalla rivista e come vengono scelti gli autori?

Mario Cicala: Gli autori vengono scelti anche in base al volontariato, chi ritiene di aver da dire qualcosa, noi esaminiamo, vediamo, chiediamo modifiche, facciamo tutto il lavoro di una normale redazione. I temi sono i più vari. Naturalmente hanno un apporto molto importante i temi di ordinamento giudiziario.

Io sono un sostenitore dell'anzianità senza demerito, cioè ritengo che tutti i discorsi che si fanno sul merito rischino di portare a delle spaccature non giustificate; comunque, si discute di questo, si discute dei poteri, del potere del giudice, anche della conduzione del processo, perché la nostra professione è condizionata fortemente dagli strumenti che usiamo. C'è questo interesse in questa rivista, c'è un gruppo di colleghi, ma la collaborazione è aperta a tutti, anche ai primi presidenti e quindi saremo lieti di proseguire sulla rivista le discussioni di questi giorni.

Gianluca Grasso

## Il seme dell'etica: la vita e la testimonianza di Rosario Livatino per la Magistratura<sup>1</sup>

Sommario: 1. Il seme dell'etica. - 2. L'etica e la Magistratura. - 3. La formazione sull'etica giudiziaria nell'esperienza della Scuola superiore della magistratura.

### 1. Il seme dell'etica.

«26 (..) *“Il regno di Dio è come un uomo che getta il seme in terra, 27 dorme e si alza, la notte e il giorno; il seme intanto germoglia e cresce nel modo che egli stesso ignora. 28 La terra da sé stessa dà il suo frutto: prima l'erba e poi la spiga, poi nella spiga il grano ben formato. 29 E, quando il frutto è maturo, subito il mietitore vi mette la falce perché è giunta l'ora della mietitura»* (Marco 4, 26-29).

In questa parabola il seminatore pianta in fede e raccoglie in gioia. Dopo aver finito di piantare, egli un giorno si sveglia per scoprire che i suoi semi sono diventati maturi.

Rosario Livatino, all'età di 38 anni, veniva assassinato dalla “stidda agrigentina” il 21 settembre del 1990, mentre percorreva, senza scorta per sua scelta, la strada per il Tribunale di Agrigento.

La storia del giudice Livatino, proclamato beato il 9 maggio 2021, ci dona la prospettiva di una figura di riferimento non solo per la Magistratura ma per tutti gli operatori di giustizia<sup>2</sup>.

In questo mio breve intervento vorrei soffermarmi su uno dei semi piantati da Livatino con la sua vita e la testimonianza di giudice fedele alla Costituzione e alle leggi. E si badi non magistrato bigotto ma un laico consapevole del suo ruolo nella società, che ha ricoperto anche un incarico di carattere associativo, quale quello di segretario della sezione di Agrigento dell'Associazione nazionale magistrati.

Due sono gli interventi a metà degli anni 80 che Livatino ci ha lasciato e che delineano in maniera puntuale il suo itinerario di fede e di azione: *Il ruolo del giudice nella società che cambia* (17 Aprile 1984) e *Fede diritto* (30 Aprile 1986).

Bastano pochi passaggi per delineare il ruolo del magistrato, il cui compito non si esaurisce nelle aule di giustizia ma prosegue nel quotidiano; non con l'atteggiamento di un giustiziere o del moralista, ma della persona semplice e umile, lontana dai riflettori ma al tempo stesso consapevole del proprio

---

<sup>1</sup> Testo della relazione presentata al Convegno "L'attualità del Beato Rosario Livatino" il 18 gennaio 2023 presso la biblioteca di Santa Maria sopra Minerva, Roma, organizzato da Centro Studi Rosario Livatino.

<sup>2</sup> Significativa la letteratura che riguarda la figura del magistrato. Tra i più recenti contributi: A. MANTOVANO, D. AIROMA, M. RONCO, *Un giudice come Dio comanda. Rosario Livatino, la toga e il martirio*, Milano, 2021; I. ABATE, *Il piccolo giudice. Fede e giustizia in Rosario Livatino*, Roma, 2021; A. MIRA, *Rosario Livatino. Il giudice giusto*, Alba, 2021; R. MISTRETTA, *Rosario Livatino. L'uomo, il giudice, il credente*, Nuova ediz., Alba, 2022. Si v. altresì A. BALSAMO in collaborazione con il Centro Studi “Nino Abbate” di Unità per la Costituzione, *Rosario Livatino: il “giudice ragazzino” e la lotta alla mafia tra giustizia e fede*, <https://www.unicost.eu/rosario-livatino-il-giudice-ragazzino-e-la-lotta-alla-mafia-tra-justizia-e-fede/>

ruolo e dell'esempio (positivo o negativo) che da lui può derivare: *“quando moriremo, nessuno ci verrà a chiedere quanto siamo stati credenti, ma credibili”*.

Queste le parole di Livatino<sup>3</sup>, ben note ma ogni volta illuminanti:

*«Si è bene detto che il giudice, oltre che essere deve anche apparire indipendente, per significare che accanto ad un problema di sostanza, certo preminente, ve n'è un altro, ineliminabile, di forma.*

*L'indipendenza del giudice, infatti, non è solo nella propria coscienza, nella incessante libertà morale, nella fedeltà ai principi, nella sua capacità di sacrificio, nella sua conoscenza tecnica, nella sua esperienza, nella chiarezza e linearità delle sue decisioni, ma anche nella sua moralità, nella trasparenza della sua condotta anche fuori delle mura del suo ufficio, nella normalità delle sue relazioni e delle sue manifestazioni nella vita sociale, nella scelta delle sue amicizie, nella sua indisponibilità ad iniziative e ad affari, tuttoché consentiti ma rischiosi, nella rinunzia ad ogni desiderio di incarichi e prebende, specie in settori che, per loro natura o per le implicazioni che comportano, possono produrre il germe della contaminazione ed il pericolo della interferenza; l'indipendenza del giudice è infine nella sua credibilità, che riesce a conquistare nel travaglio delle sue decisioni ed in ogni momento della sua attività.*

*Inevitabilmente, pertanto, è da rigettare l'affermazione secondo la quale, una volta adempiuti con coscienza e scrupolo i propri doveri professionali, il giudice non ha altri obblighi da rispettare nei confronti della società e dello Stato e secondo la quale, quindi, il giudice della propria vita privata possa fare, al pari di ogni altro cittadino, quello che vuole.*

*Una tesi del genere è, nella sua assolutezza, insostenibile.*

*Bisogna riconoscere che, quando l'art. 18 della legge sulle guarentigie dice "che il magistrato non deve tenere in ufficio e fuori una condotta che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere", esprime un'esigenza reale.*

*La credibilità esterna della magistratura nel suo insieme ed in ciascuno dei suoi componenti è un valore essenziale in uno Stato democratico, oggi più di ieri. "Un giudice", dice il canone II del già richiamato codice professionale degli U.S.A. "deve in ogni circostanza comportarsi in modo tale da promuovere la fiducia del pubblico nell'integrità e nell'imparzialità dell'ordine giudiziario".*

*Occorre allora fare un'altra distinzione tra ciò che attiene alla vita strettamente personale e privata e ciò che riguarda la sua vita di relazione, i rapporti coll'ambiente sociale nel quale egli vive.*

*Qui è importante che egli offra di se stesso l'immagine non di una persona austera o severa o compresa del suo ruolo e della sua autorità o di irraggiungibile rigore morale, ma di una persona seria, sì, di persona equilibrata, sì, di persona responsabile pure; potrebbe aggiungersi, di persona comprensiva ed umana, capace di condannare, ma anche di capire.*

---

<sup>3</sup> R. Livatino, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*. Conferenza tenuta dal giudice Rosario Livatino il 7 aprile 1984, presso il Rotary Club di Canicattì [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_6\\_9.wp?contentId=NOL82525](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_6_9.wp?contentId=NOL82525)

*Solo se il giudice realizza in se stesso queste condizioni, la società può accettare che gli abbia sugli altri un potere così grande come quello che ha. Chi domanda giustizia deve poter credere che le sue ragioni saranno ascoltate con attenzione e serietà; che il giudice potrà ricevere ed assumere come se fossero sue e difendere davanti a chiunque. Solo se offre questo tipo di disponibilità personale il cittadino potrà vincere la naturale avversione a dover raccontare le cose proprie ad uno sconosciuto; potrà cioè fidarsi del giudice e della giustizia dello Stato, accettando anche il rischio di una risposta sfavorevole».*

### 2. L'etica e la Magistratura.

In qualsiasi società, qualunque sia il modo in cui vengono assunti, la formazione e la portata del loro mandato, i magistrati sono investiti di poteri penetranti, che consentono di intervenire in ambiti che riguardano gli aspetti essenziali della vita dei cittadini e dell'economia.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo sancisce, dal punto di vista del cittadino, che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge» (art. 6, par. 1). Lungi dall'enfatizzare l'onnipotenza del giudice, la norma mette in evidenza le garanzie fornite ai contendenti e stabilisce i principi su cui si basano i doveri del giudice: indipendenza e imparzialità.

È pertanto necessario che, sia all'interno degli uffici giudiziari, sia al di fuori, vi siano regole di condotta concepite per mantenere la fiducia in queste aspettative, quello che va sotto il nome di etica giudiziaria.

Qui va chiarito che l'etica va intesa come complesso di principi e di regole che devono orientare il corretto comportamento del magistrato, a prescindere da una sanzione prevista dall'ordinamento per la loro violazione. Si ha così riguardo alla sfera delle azioni buone o cattive e non già di quelle giuridicamente permesse o proibite o di quelle politicamente più adeguate<sup>4</sup>. In tal senso, le regole dell'etica rappresentano il modello a cui tendere, il "massimo etico", mentre il disciplinare costituisce il cosiddetto "minimo etico", ovvero la soglia di accettabilità al di sotto della quale il comportamento deve essere oggetto di sanzione<sup>5</sup>.

L'etica giudiziaria ha assunto nel corso degli anni un posto di rilievo nel contesto internazionale, a partire dall'adozione dei principi di Bangalore (2001), nel quadro delle Nazioni unite, cui hanno fatto seguito il parere n. 3 del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) sull'etica e la responsabilità dei giudici (2002), il codice ibero-americano di etica giudiziaria (2006), la dichiarazione di Londra sull'etica

---

<sup>4</sup> *Etica*, Enciclopedia on line Treccani, <https://www.treccani.it/enciclopedia/etica/>

<sup>5</sup> G. Natoli, *Etica e deontologia*, <http://movimentoperlagiustizia.org/non-ci-posso-credere/186.html>

dei giudici con cui è stato approvato il rapporto intitolato “Etica dei giudici - Principi, valori e qualità” come linee guida per la deontologia dei magistrati europei (2010), promossa dalla Rete europea dei consigli di giustizia, la Raccomandazione R(2010)12 del 17 novembre 2012 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità.

Negli ultimi anni la gran parte dei Paesi dell’Ue si è dotata di testi di etica giudiziaria (codici, guide, raccolte di principi) di diversa origine (Consigli di giustizia, associazioni giudiziarie, conferenze dei giudici, presidenti di tribunali, ecc.).

L’ordinamento italiano è stato tra i precursori di questo orientamento tra i paesi di *civil law*, essendosi dotato di un codice etico fin dal 1994.

### 3. La formazione sull’etica giudiziaria nell’esperienza della Scuola superiore della magistratura.

Costituisce talvolta un luogo comune che l’etica professionale non si insegna e a sostegno di questo assunto si evidenzia il fatto che l’etica – interessantissima, coinvolgente, divisiva quando si affrontano i singoli casi concreti e le questioni controverse – rischia di risultare banale quando si enunciano in astratto principi e regole di comportamento, senza esplorarne la genesi storica e senza discuterne le contaminazioni con la realtà.

L’etica, è vero, si insegna innanzitutto con l’esempio; Livatino ne costituisce un modello paradigmatico perché vivendo tutti i giorni la sua professione con serietà e dedizione costituiva un riferimento per tutti i colleghi che lo incontravano e il suo esempio continua a produrre frutti e proprio quel tragico martirio li ha moltiplicati, essendo divenuto un modello non solo per le persone che lo conoscevano ma per tutti gli operatori di giustizia. Si deve allora rinunciare all’idea di realizzare attività di formazione sull’etica?

L’esperienza maturata nel corso degli anni dalla Scuola superiore della magistratura mostra che è possibile realizzare questa formazione, coniugando la riflessione sui principi e le regole dell’etica dei comportamenti con la dimensione applicativa. Essa si inserisce in un contesto europeo (Rete europea di formazione giudiziaria), internazionale (Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga, UNODC) e comparato dove, specie nei paesi di tradizione di *common law*, questo tipo di formazione è particolarmente sentita.

La magistratura italiana ha affrontato uno dei momenti più complessi e difficili degli ultimi decenni. Il Presidente della Repubblica, nel suo intervento del 18 giugno 2020, in occasione della cerimonia commemorativa del quarantesimo anniversario dell’uccisione di Nicola Giacumbi, Girolamo Minervini, Guido Galli, Mario Amato e Gaetano Costa e del trentennale dell’omicidio di Rosario

Livatino ha evidenziato che la magistratura deve necessariamente impegnarsi «a recuperare la credibilità e la fiducia dei cittadini, così gravemente messe in dubbio da recenti fatti di cronaca».

E per far sì che la correttezza sia costantemente praticata, tanto nell'esercizio delle funzioni quanto al di fuori dell'ufficio, un utile ausilio risiede nelle attività di formazione che fanno capo alla Scuola, a cui il Capo dello Stato ha rivolto l'invito a dedicare sessioni specifiche all'etica dei comportamenti.

La Scuola ha raccolto questo invito dedicando specifiche sessioni all'etica giudiziaria sia nei corsi dedicati ai magistrati in tirocinio sia nella formazione permanente.

Le attività di formazione sui profili etici formano oggetto delle linee programmatiche annuali sulla formazione e l'aggiornamento professionale dei magistrati e sul tirocinio e a tali temi la Scuola dedica specifici momenti di approfondimento, anche nella dimensione europea nei programmi dedicati alla formazione iniziale (programmi THEMIS e AIAKOS).

Nel settore della formazione iniziale, alla fine del 2020, grazie al lavoro svolto da un gruppo di magistrati esperti in materia, è stata elaborata una raccolta sistematica di questioni etiche con cui ciascun magistrato si può trovare a confrontare all'interno e al di fuori dell'ufficio. Le questioni sono state poste in forma interrogativa al fine di consentire a ciascun partecipante alla sessione di proporre delle soluzioni. Esse spaziano dai rapporti con i colleghi, il personale amministrativo, le parti, all'uso dei social network, ai rapporti con la stampa, alle frequentazioni, alla spendita del nome, solo per fare alcuni esempi. Per aiutare a trovare le risposte più adeguate abbiamo raccolto i testi principali in materia di etica sul piano nazionale e internazionale. Le questioni etiche e i principi vengono condivisi per tempo con coloro che dovranno prendere parte alla sessione, mentre un ulteriore testo, che contiene le possibili soluzioni, viene distribuito solo in prossimità dell'evento. I partecipanti vengono organizzati in gruppi ristretti di 15/20 persone affidate al coordinamento di un esperto, chiamato a facilitare la discussione.

Questa metodologia, che ha riscontrato grande apprezzamento tra i magistrati in tirocinio, è stata utilizzata con successo anche nei corsi di formazione permanente realizzati negli ultimi due anni: il primo<sup>6</sup> caratterizzato dallo sguardo alla situazione interna, il secondo<sup>7</sup>, inserito nel semestre di Presidenza italiana del Comitato di ministri del Consiglio d'Europa, con una prospettiva internazionale e mandato in streaming con interpretariato in inglese in tutti i paesi del Consiglio d'Europa. Entrambi i

---

<sup>6</sup> P21040 *L'etica del magistrato*, in <https://tinyurl.com/mr2bs4kc>

<sup>7</sup> P22022 *L'etica e la deontologia del magistrato*, in <https://tinyurl.com/yc23tpym>; Judicial Ethics, <https://www.scuolamagistratura.it/web/portalesm/judicial-ethics>

corsi sono disponibili tra i seminari pubblicati sul canale YouTube della Scuola<sup>8</sup>. A fine anno, il corso riguarderà l'etica della giustizia, in una prospettiva allargata a tutte le professioni legali a partire dall'Avvocatura, con la cui Scuola il seminario è organizzato.

La raccolta sistematica delle questioni etiche è liberamente disponibile e consultabile sul sito della SSM<sup>9</sup>, così come il volume sull'etica giudiziaria<sup>10</sup>, inserito nella collana dei Quaderni della Scuola, che contiene i contributi tratti dai corsi degli ultimi due anni.

Per ampliare ulteriormente la formazione sull'etica al di là di coloro che abbiano partecipato ai corsi di formazione permanente, il Comitato direttivo, partendo dai materiali del corso del 2021, ha deliberato di invitare tutte le formazioni decentrate della Scuola a realizzare in ciascun distretto, nel corso del 2021, un corso sull'etica del magistrato secondo un format condiviso. Il documento diffuso alle strutture di formazione decentrata in tutta Italia contiene in premessa un estratto testuale dalla conferenza di Livatino su *Il ruolo del giudice nella società che cambia*. Diverse sono le strutture di formazione decentrata che hanno realizzato con successo questo seminario.

Questa metodologia casistica, inoltre, è alla base di un volume recentemente portato a compimento sull'etica della magistratura onoraria e che a breve verrà pubblicato sul sito della SSM allo scopo di fornire un manuale operativo per la formazione dei magistrati onorari anche su queste tematiche, fin qui mai fatte oggetto di un'analisi sistematica.

Da ultimo, va segnalato il seminario in programma nel gennaio 2024 su “*Etica giudiziaria in Europa e nel mondo arabo: una panoramica comparata*” che la Scuola ha in programma presso la sede di Napoli nell'ambito delle attività della Rete euro araba di formazione giudiziaria. Attingendo al quadro internazionale e alla giurisprudenza pertinente, il corso mira a un confronto sui dilemmi etici nell'esercizio dei doveri professionali tra realtà europea e araba.

Queste attività che ho provato a rappresentare sono la testimonianza di come il seme di Rosario Livatino abbia fruttificato anche nell'ambito dell'etica giudiziaria.

---

<sup>8</sup> <https://www.youtube.com/c/ScuolaSuperioredellaMagistratura>

<sup>9</sup> <https://tinyurl.com/yt8sb85h>

<sup>10</sup> <https://www.scuolamagistratura.it/web/portalesm/nuovi-quaderni-ssm-frontend>

Lorenzo Delli Priscoli

## Imprenditore e mercato: iniziativa privata e regole giuridiche

### SOMMARIO:

1. Iniziativa economica e norme imperative di ordine pubblico economico – 2. La tutela dell’ambiente e della salute e il nuovo assetto dei limiti all’iniziativa economica – 3. Il mercato e il ruolo dell’imprenditore all’interno di esso – 4. Liberalizzazioni e regolazione del mercato – 5. La tutela del risparmio e il diritto degli investitori ad essere informati - 6. Riservatezza societaria e tutela della privacy dei soci - 7. Principio consensualistico, neoformalismo e *smart contracts*. - 8. La tutela del mercato nella prospettiva dell’Unione europea. - 9. La tutela del nucleo essenziale dei diritti fondamentali nel mercato.

### 1. Iniziativa economica e norme imperative di ordine pubblico economico

In un saggio pubblicato nel secolo scorso, il mio Maestro Agostino Gambino aveva già intuito e tracciato le principali linee evolutive del diritto del mercato del ventunesimo secolo<sup>1</sup>. Osserva Gambino che quando l’esercizio dell’iniziativa economica è assistito dalla limitazione di responsabilità ai capitali investiti, quale naturale contrappeso alla minore garanzia offerta ai terzi la libertà di iniziativa economica ha trovato storicamente la sua concreta e profonda limitazione nel dovere di osservare regole giuridiche inderogabili; in effetti tale iniziativa economica è in grado di dare i suoi frutti solo grazie agli innumerevoli rapporti che l’imprenditore intreccia con i terzi nel contesto del mercato: il mercato del lavoro, che dà all’imprenditore lo strumento primario della produzione e il mercato dei beni e servizi nella duplice espressione dei fornitori dei capitali e degli strumenti produttivi e, al termine del ciclo, degli acquirenti e fruitori dei prodotti.

Il ventesimo secolo si contrappone al diciannovesimo – quest’ultimo fortemente caratterizzato dal liberismo – proprio per la consistente introduzione di queste regole inderogabili, che attenevano, nel

---

<sup>1</sup> A. GAMBINO, *Imprenditore e mercato: iniziativa economica e regole giuridiche*, in AA.VV., *Il diritto della transizione*, Kluwer Ipsoa, Milano, 1998, 25. Sia nel caso dei contratti atipici sia in quelli tipici, è possibile individuare la stessa gerarchia delle fonti che disciplinano il contratto: al primo posto vengono le leggi ordinarie che hanno carattere imperativo, poi le clausole stabilite dalle parti, poi ancora le leggi ordinarie che hanno carattere dispositivo e infine gli usi e l’equità (art. 1374 cod. civ.): in ogni caso l’autonomia delle parti incontra dunque un limite nelle norme imperative o inderogabili che dir si voglia.

campo del diritto delle procedure fallimentari alla tutela paritaria o differenziata dei terzi nei confronti dell'imprenditore in dissesto<sup>2</sup>, nel campo del diritto del lavoro alla tutela dei lavoratori (con una massiccia legislazione speciale, all'interno della quale spiccavano la Carta del lavoro del 1927 e lo Statuto dei lavoratori del 1970)<sup>3</sup>; nel campo del diritto societario dapprima alla tutela delle minoranze dei soci mediante l'inderogabilità legislativa dell'articolazione di competenze nell'organizzazione delle società di capitali<sup>4</sup> e successivamente alla tutela di quegli stessi soci di minoranza ma anche dei

---

<sup>2</sup> R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Giuffrè, Milano, 1974, 26. Il diritto fallimentare, tradizionalmente caratterizzato a differenza del diritto civile da norme inderogabili, mantiene tuttora, pur nell'assai rilevante contaminazione con norme che si aprono significativamente all'autonomia negoziale (cfr., ad esempio il D.L. n. 118 del 2021, convertito in legge n. 147 del 2021 che all'art. 2 introduce l'istituto della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa), un nucleo forte di norme imperative dirette ad assicurare tendenzialmente la *par condicio creditorum*. In questo senso, sulla tuttora persistente rilevanza di norme imperative di ordine pubblico economico, cfr., *ex plurimis*, Cass. 5 agosto 2020, n. 16706, in *Fall.*, 2021, 503, con nota adesiva di S. DELLE MONACHE, *Buon costume e fallimento*, sentenza secondo cui in sede di insinuazione al passivo del fallimento, deve ritenersi nullo ex art. 1418 c.c. il titolo negoziale dissimulante un negozio di finanziamento (nella specie erogato in più tranches a fronte di forniture non eseguite) stipulato dall'imprenditore insolvente, in violazione del dovere di richiedere senza indugio il fallimento o comunque di non aggravare il dissesto dell'impresa con operazioni dilatorie, in quanto contrario a norme imperative, in particolare di natura penale, quali il divieto di aggravare il dissesto e di ordine pubblico economico, integrando la relativa stipula una fattispecie di reato (art. 217, comma 1, n. 4, della legge fallimentare), di cui è chiamato a rispondere, a titolo di concorso, anche il finanziatore.

<sup>3</sup> M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, *Europa dir. priv.*, 2020, 939. Cfr. Cass. 8 aprile 1999, n. 3433, secondo cui l'art. 4 della legge 7 agosto 1982, n. 526 (secondo cui la retribuitività del periodo destinato alle cure termali è sottoposta alla triplice condizione che: a) vi sia una malattia in atto accertata (secondo le modalità previste nello stesso articolo e cioè) da medici dipendenti della U.S.L. da questa indicati fra gli specialisti della patologia considerata, i quali abbiano autorizzato la relativa terapia; b) la malattia richieda effettivamente cure idrotermali; c) le cure suddette siano giudicate non rinviabili) pone una disciplina di ordine pubblico economico, non derogabile dalle parti.

<sup>4</sup> Cfr., ad esempio, Cass. 13 giugno 2017, n. 14695, secondo cui In tema di società di capitali, atteso che la norma che riserva all'assemblea la nomina e la revoca degli amministratori è inderogabile, in quanto di ordine pubblico economico per la sua incidenza su interessi generali della collettività, e che le deliberazioni dell'assemblea debbono essere inderogabilmente prese con l'osservanza del metodo collegiale, non può ammettersi che, attraverso singole clausole contrattuali, le parti possano giungere, di fatto, a svuotare la portata di tali principi; Cass. 29 dicembre 2011, n. 30020, secondo cui è nullo, in quanto contrario all'ordine pubblico economico, l'atto di compravendita delle quote di una società a responsabilità limitata concluso nonostante il regime di inalienabilità sancito dall'art. 2476 cod. civ. (il quale, nel testo anteriore alla riforma societaria, richiamava l'art. 2343 cod. civ.), per i casi in cui sia mancata la necessaria valutazione di congruità del conferimento da parte dell'organo amministrativo. Tale divieto, infatti, si fonda sull'esigenza di tutelare la società, garantendo l'effettività del capitale sociale, e, nel contempo, i terzi acquirenti delle partecipazioni sociali, operando a presidio dell'interesse generale e pubblico a che la circolazione delle medesime si attui secondo il regime della certezza del valore ad esse attribuito, a tutela dell'affidamento e non essendo il terzo legittimato ad accedere

potenziali investitori (non solo in azioni ma anche in obbligazioni societarie: e questa distinzione si sta progressivamente assottigliando, tanto che l'autonomia negoziale può dar luogo a forme ibride di titoli partecipativi) mediante una rigida disciplina informativa riguardante correttezza, verità e intelligibilità dei bilanci e in genere delle rappresentazioni contabili che orientano gli eventuali acquisti.

Conseguentemente, la giurisprudenza del secolo scorso, sulla base di questo assetto giuridico dei rapporti dell'imprenditore con i terzi, ha elaborato principi di ordine pubblico economico, che rappresentavano il nucleo essenziale delle norme inderogabili; nel ventunesimo secolo invece i principi di ordine pubblico economico relativi alla tutela dei soci di minoranza nel diritto societario e dei creditori nel diritto delle procedure concorsuali si sono attenuati (non necessariamente però a scapito degli interessi dei suddetti soci e creditori) per far posto all'autonomia privata e norme derogabili, mentre si sono invece sviluppati lungo la direttrice già tracciata degli obblighi informativi quanto ai soci di minoranza, agli investitori e ai contraenti "deboli" (non necessariamente consumatori anche imprenditori<sup>5</sup>) e lungo invece le direttrici inedite rappresentate da un lato dalla tutela della concorrenza e dall'altro dalla legislazione antimafia<sup>6</sup>.

Nel ventesimo secolo viene data una lettura riduttiva e comunque non immediatamente precettiva ma meramente programmatica di molte norme della Costituzione: sostanzialmente ignorato è l'art. 47 Cost. (a mente del quale *«la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito»*) mentre anche l'art. 41 Cost. trova scarsa applicazione sia nelle sentenze della Consulta che in quelle della Cassazione e scrive coerentemente Irti che in tale norma *«manca la prospettiva orizzontale, dello svolgersi dell'iniziativa nei confronti di altri soggetti privati ... concorrenza e*

---

all'esame degli atti interni della società. Trattandosi di norma inderogabile, né lo statuto, né l'assemblea possono derogare al divieto e permettere la libera circolazione delle partecipazioni prima che il procedimento di verifica sia positivamente concluso, mentre la nullità della compravendita può essere dedotta da qualsiasi interessato e rilevata d'ufficio, anche in difetto di specifica domanda del terzo acquirente, sussistendo l'interesse dell'ordinamento a rimuovere l'atto per le turbative che la sua conservazione può creare nel sistema della circolazione delle partecipazioni sociali.

<sup>5</sup> Cfr. ad esempio Cass., 15 settembre 2017, n. 21476, secondo cui, in tema di leasing traslativo, risoltosi anteriormente alla dichiarazione di fallimento, il patto c.d. di deduzione – per mezzo del quale deve essere riconosciuto al concedente l'importo complessivo dovuto dall'utilizzatore, a titolo di ratei scaduti e a scadere nonché quale prezzo del riscatto del bene, maggiorato degli interessi moratori convenzionali, anche se decurtato del prezzo di riallocazione del bene oggetto del contratto – è nullo per contrarietà all'ordine pubblico economico ed, in particolare, alla previsione di cui all'art. 1526 c.c., applicabile in via analogica a tutti i casi di risoluzione anticipata del contratto, anteriormente alla dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore.

<sup>6</sup> L. DELLI PRISCOLI, *Diritto di iniziativa economica dell'impresa sospettata di essere collusa con la mafia e diritto della collettività ad un mercato concorrenziale*, in *Giur. comm.*, 2021, II, 41.

*mercato, cioè i rapporti vicendevoli tra imprenditori ed i rapporti tra imprenditori e consumatori, rimangono estranei alla Carta repubblicana, che conosce soltanto il profilo protettivo della libertà»<sup>7</sup>.*

In effetti, la scelta dei Costituenti è stata nel senso di considerare l'iniziativa economica come libera<sup>8</sup>, ma al contrario di molte libertà civili essa non è qualificata come inviolabile<sup>9</sup> (si vedano invece gli artt. 13, 14, 15 Cost., in tema rispettivamente di libertà personale, domicilio, corrispondenza); sono inoltre apprestati vincoli assai più rigidi e penetranti (cfr. commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost.) di quelli previsti per le libertà civili; infine la Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica come diritto fondamentale. Questi dati hanno fornito il fondamento giustificativo di quelle ricostruzioni che hanno assegnato alla predetta libertà uno status di libertà "dimidiata", di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà civili, non configurabile come diritto fondamentale<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 11.

<sup>8</sup> Sono rare le Costituzioni ottocentesche che contengono un'espressa tutela dell'iniziativa economica privata distinta e autonoma rispetto a quella prevista per la proprietà, prevalendo il modello tradizionale dell'indistinzione o del riconoscimento implicito della libertà economica nella proclamazione del diritto di proprietà (cfr. R. NIRO, *Commento all'art. 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, 847).

<sup>9</sup> Non può poi non citarsi la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU che, pur essendo subordinata alla Costituzione, ha comunque un valore superiore rispetto agli atti avente forza di legge: cfr. Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007), il cui art. 16 stabilisce che "è riconosciuta la libertà d'impresa, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*": nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo quest'ultimo inciso determina la possibilità di una severa e significativa limitazione della libertà d'impresa in nome di una migliore protezione dei diritti fondamentali dell'uomo. Così, ad esempio, riguardo alle incapacità personali connesse allo stato di fallito, con specifico riferimento agli artt. 50 e 143 della legge fallimentare all'epoca vigente, la Corte di Strasburgo (sentenza 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia, ric. n. 77962/01), ha ritenuto le disposizioni della legge fallimentare lesive dei diritti della persona, perché incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza «non necessaria in una società democratica». La Corte di Strasburgo ha affermato, in particolare, che «a causa della natura automatica dell'iscrizione del nome del fallito nel registro e dell'assenza di una valutazione e di un controllo giurisdizionali sull'applicazione delle incapacità discendenti dalla suddetta iscrizione e del lasso di tempo previsto per ottenere la riabilitazione, l'ingerenza prevista dall'art. 50 L.F. nel diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti non è necessaria in una società democratica, ai sensi dell'art. 8, § 2, della Convenzione». Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *La rilevanza dello status nella protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 322; H. BONURA, G. FONDERICO, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà d'iniziativa economica*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 985.

<sup>10</sup> Cfr. in questo senso M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582.

Pertanto, fin dall'inizio l'art. 41 Cost., soprattutto per quanto riguarda il limite dell'"utilità sociale" ha avuto numerose critiche<sup>11</sup>, per la sua formulazione "pericolosamente generica, troppo ampia, inconoscibile, indeterminata e indeterminabile: una norma che non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale e arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi saranno conformi a ciò"<sup>12</sup>.

Proprio sull'onda di queste critiche, mai sopite, cominciate già durante i lavori della Costituente e arrivate ai giorni nostri mediante una serie di decreti legge, poi convertiti in legge, che hanno affermato, quanto ai limiti alla libertà di iniziativa economica privata, il principio della riserva di legge (è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge). In effetti, già dal 1964 (sentenza n. 40) la Corte costituzionale si era espressa nel senso che la riserva di legge nell'art. 41 Cost., pur senza che si possa negare una sua certa modulazione, rappresenta una costante, se non altro per l'espressione utilità sociale, la cui indubitabile indeterminatezza ne rende quanto meno complessa l'immediata operatività, implicando l'opportunità, se non la necessità, dell'intermediazione del legislatore. La novità di questa disciplina sta dunque nell'ancorare i limiti imponibili all'iniziativa economica alla protezione di ben definiti valori costituzionali, quali il lavoro, l'ambiente e la salute: non è sufficiente una qualsiasi legge dunque per porre un freno all'attività economica, occorre anche che quella legge abbia il chiaro obiettivo di tutelare i predetti valori.

L'esame della giurisprudenza costituzionale evidenzia innanzitutto un dato statistico incontrovertibile, ossia la circostanza che nel ventunesimo secolo sono notevolmente incrementate le questioni poste alla Corte costituzionale nelle quali viene indicato l'art. 41 Cost. (e in particolare il limite all'iniziativa economica rappresentato dall'utilità sociale) quale parametro alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale di una norma. Più limitato invece è l'uso che Di tale norma fa la Cassazione, per lo più proprio solo nel richiamare il contenuto di sentenze della Corte costituzionale<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 300, che definisce la norma "indeterminata nel suo nucleo politico centrale" e "anfibologica", suscettibile cioè di essere sviluppata in opposte direzioni.

<sup>12</sup> Cfr. Luigi Einaudi e il suo intervento nella seduta del 13 maggio 1947, in *A.C.*, II, 39337-38. Egli affermava che le libertà civili e le libertà economiche sono reciprocamente dipendenti: ciascuna forma di libertà emerge solo in presenza delle altre e che una eccessiva compressione delle libertà economiche avrebbe inevitabilmente compromesso le altre.

<sup>13</sup> Cfr. ad es. Cass. S.U. 20 giugno 2012 n. 10130, che a proposito dell'indennità di espropriazione richiama la sentenza n. 348 del 2007 e conseguentemente il «ragionevole legame» con il valore di

D'altro canto non va sottovalutato il fatto che anche la libertà di iniziativa economica ha avuto un notevole aumento di citazioni, sia nella legislazione che nelle sentenze della Consulta che in quelle della Cassazione<sup>14</sup>, pur confermandosi della stessa sempre la stessa definizione: «il legislatore costituzionale ha opportunamente costruito tale libertà non come assoluta (ma a guardar bene in realtà non esistono libertà assolute - ossia senza limiti - nel nostro ordinamento), ma l'ha subordinata, fra l'altro, al vincolo costituito dal mancato contrasto con l'utilità sociale»<sup>15</sup>.

In effetti, la giurisprudenza costituzionale in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata ne ha individuato il limite insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale. La Corte costituzionale ha, infatti, «costantemente negato che sia “configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale”, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale “non appaia arbitraria” e, “per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue”<sup>16</sup>.

Fatto sta che nel ventunesimo secolo la Corte costituzionale parla di iniziativa economica e utilità sociale a proposito di salute, ambiente, lavoro, autonomia contrattuale, proprietà. In ogni caso, la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che ha ben poco senso - o forse non ne ha per nulla - considerare isolatamente le singole disposizioni dell'art. 41 Cost. Esse invece acquistano un significato tutto nuovo e per nulla contraddittorio e se lette unitariamente: esprimono una esigenza di bilanciamento tra i diversi valori in gioco, e in particolare tra quello dell'imprenditore e del

---

mercato; Cass. 5 maggio 2020 n. 8473, che a proposito del contratto di autotrasporto di cose e del relativo sistema di tabelle tariffarie (c.d. "a forcella", ossia con limiti massimi e minimi), richiama la sentenza n. 386 del 1996), affermando che il divieto di stipulazione di contratti che comportino prezzi di trasporto determinati fuori dei limiti massimi e minimi previsti dalle tabelle, il quale non è in contrasto con la libertà di iniziativa economica, garantendo alle imprese un certo margine di utile e la facoltà di muoversi liberamente tra i minimi e massimi tariffari, assicura il bilanciamento della libertà di impresa con l'utilità sociale, evitando situazioni di concorrenza sleale realizzata mediante il contenimento dei corrispettivi in pregiudizio potenziale della qualità e sicurezza del trasporto.

<sup>14</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. nn. 287, 143, 141 del 2019; Cass. 27 aprile 2020, n. 8197; Cass. 7 febbraio 2020, n. 2980.

<sup>15</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. n. 289 del 2010.

<sup>16</sup> Corte cost. n. 217 del 2021.

professionista in genere a dar libero sfogo alla propria iniziativa economica e quella della collettività al rispetto di alcuni valori fondamentali, quali la salute e l'ambiente<sup>17</sup>.

### 2. La tutela dell'ambiente e della salute e il nuovo assetto dei limiti all'iniziativa economica

La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, ha apportato delle significative modifiche alla Costituzione inserendo da un lato all'art. 9, *ex novo*, un terzo comma contenente la previsione della tutela dell'ambiente e da un altro lato al comma 2 dell'art. 41 la salute e l'ambiente quali ulteriori limiti alla libertà di iniziativa economica, ulteriori perchè si aggiungono ai preesistenti limiti costituiti dall'utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana.

Pertanto, l'attuale testo dell'art. 9 della Costituzione è il seguente:

1. La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.
2. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

---

<sup>17</sup> Cfr. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.* 1992, 17, il quale non negava certo che i costituenti, in assenza di una «cultura del mercato», avessero consapevolmente voluto lasciare al solo codice civile la tutela della concorrenza, «nella ovvia presunzione che essa corrisponda ad interessi privati, non pubblici»: l'intento era quello di difendere l'iniziativa economica privata dell'imprenditore assoggettandolo non alla concorrenza ma a controlli e indirizzi pubblici. Amato metteva anche in evidenza come, allo stato, nella produzione giuridica legata al diritto pubblico dell'economia, fosse regolarmente assente la tutela della concorrenza. Tuttavia Amato dimostrava di cogliere lo spirito dei tempi, segnalando che, per il tramite dell'allora Comunità europea, era ormai entrata in Italia la cultura del mercato e, con essa, «le regole per salvaguardarne la concorrenzialità e per ottenere, per questa strada, efficienza economica». Cfr. anche A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La tutela della concorrenza ai tempi di google android tra fondamenti costituzionale e analisi tecnologica*, *Dir. inform. inf.*, 2021, 283, Autore il quale evidenzia che nel testo originario della Costituzione repubblicana del 1948 non vi era alcun riferimento esplicito alla tutela della concorrenza e, nonostante la stessa potesse essere dedotta da alcune disposizioni, per lungo tempo il dibattito non è parso destare l'interesse della dottrina costituzionalistica. Un punto di svolta si è avuto certamente con l'entrata in vigore della [legge n. 287 del 1990](#), recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato, il cui art. 1 citava quale suo fondamento proprio [l'art. 41 della Costituzione](#). Oggi un riferimento esplicito alla tutela della concorrenza in Costituzione è presente all'interno del nuovo art. 117 della Carta, in seguito alla legge cost. n. 3/2001. Tuttavia, si tratta di un richiamo effettuato solo nell'ambito della distribuzione di competenze tra Stato e Regioni, dunque almeno in apparenza non particolarmente significativo. Più precisamente, il richiamo è effettuato al comma 2, lett. e), che inserisce la tutela della concorrenza tra le materie a competenza esclusiva dello Stato. In realtà, il riferimento non alla concorrenza in sé, ma alla «tutela» della concorrenza, rende il richiamo più significativo di quanto possa sembrare a una prima lettura: la concorrenza, resa oggetto di tutela, diverrebbe così un bene costituzionalmente rilevante. A ben vedere, però, il fondamento costituzionale della concorrenza è da ricercarsi anche nel comma 1 di tale art. 117, che assoggetta formalmente l'Italia ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, e quindi, in ultima istanza, tale fondamento deve essere rinvenuto anche nel diritto dell'Unione europea.

3. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali.

L'attuale testo dell'art. 41 della Costituzione è invece il seguente:

1. L'iniziativa economica privata è libera.

2. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute, all'ambiente*, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

3. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali.

Anche se apparentemente, o comunque in una certa prospettiva, la riforma potrebbe essere definita epocale o comunque di grande rilevanza in quanto tocca per un verso un principio fondamentale (l'art. 9, ed è la prima volta che accade) e per un altro verso la norma chiave della "Costituzione economica"<sup>18</sup> (simbolo oltretutto della perfetta fusione e dell'equilibrio delle tre anime presente nella nostra Assemblea costituente) la tutela dell'ambiente e i limiti del rispetto della salute e dell'ambiente alla libertà di iniziativa economica erano stati in realtà già ampiamente considerati e valorizzati dalla Corte costituzionale negli ultimi anni, tanto che ben può dirsi che l'ambiente già fosse, prima di questa riforma, un diritto fondamentale della collettività<sup>19</sup> e che la libertà di iniziativa economica già dovesse necessariamente confrontarsi con il rispetto dell'ambiente e della salute.

In particolare, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, in base all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., spetta in via esclusiva allo Stato il compito di dettare una disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente, considerato come «*entità organica e connesso a un interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto*»<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr., fra i tanti, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza Bari, 2021, 6° ed.

<sup>19</sup> Sia consentito il rinvio a L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali della collettività, tra tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 180.

<sup>20</sup> In questo senso, *ex plurimis*, Corte cost. n. 24 del 2022, la quale precisa altresì che nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva sancita dall'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., il legislatore statale demanda alla pianificazione paesaggistica il compito di apprestare le necessarie misure di salvaguardia del paesaggio, in quanto territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni, e, in particolare, di preservare quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali; il sistema della pianificazione paesaggistica, che deve essere salvaguardato nella sua impronta unitaria e nella sua forza vincolante, rappresenta attuazione dell'art. 9 Cost. ed è funzionale a una tutela organica e di ampio respiro, che non tollera interventi frammentari e incoerenti, quali inevitabilmente rischiano di essere qualli ad opera delle Regioni. Secondo la giurisprudenza della Corte

La Consulta ha altresì in numerose occasioni affermato che la “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” rappresenta una materia naturalmente trasversale, idonea perciò a incidere sulle competenze regionali e che le norme statali<sup>21</sup> segnano, anche in attuazione degli obblighi comunitari, un livello di tutela uniforme, che s’impone sull’intero territorio nazionale e non consente deroghe su base regionale, tanto che i vincoli posti dalla legislazione dello Stato valgono anche nei confronti delle Regioni ad autonomia speciale e tutte le Regioni sono legittimate ad intervenire solo a condizione che ciò assicuri livelli di tutela dell’ambiente più elevati rispetto a quelli previsti dalla legislazione statale<sup>22</sup>.

Questo assetto giurisprudenziale non dovrebbe dunque essere significativamente inciso dalla novità legislativa rappresentata dalla legge costituzionale n. 1 del 2022, perché è come se la Costituzione avesse semplicemente preso atto della giurisprudenza costituzionale “vivente” e ad essa si fosse adeguata. Tuttavia un primo commentatore ha criticato la riforma costituzionale per la scarsità del dibattito che la ha preceduta e per la disinvoltura eccessiva con la quale è stato inserito il principio della tutela dell’ambiente nella Costituzione, con il rischio che la persona umana perda la sua centralità all’interno della Carta fondamentale<sup>23</sup>. Deve tuttavia ritenersi che il riconoscimento dell’ambiente quale interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto, lungi dal rappresentare un “pericolo” per la centralità dell’essere umano nella Costituzione, ne costituisce anzi un ulteriore riconoscimento, in una prospettiva però di più ampio respiro, anche da un punto di vista temporale, in ragione del riconoscimento degli interessi delle generazioni future e della acquisita piena consapevolezza della dipendenza della sopravvivenza dell’essere umano dalla possibilità di vivere in un ambiente non

---

di Strasburgo, inoltre, l’ambiente è valore di rango preminente e condizione per il godimento di vari diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione (ad esempio, sentenza 24 gennaio 2019, Cordella e altri contro Italia, paragrafo 157 e seguenti; sentenza 9 dicembre 1994, Lopez Ostra contro Spagna, paragrafo 51 e seguenti).

<sup>21</sup> Il riferimento è in particolare al codice dell’ambiente, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e il codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

<sup>22</sup> Cfr., ex multis, Corte cost. n. 21 del 2022; cfr. anche Corte cost. n. 276 del 2020, secondo cui, in materia di “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” la legge statale detta gli standard minimi uniformi di tutela che le Regioni possono accompagnare con un surplus di tutela, ma non derogare *in peius*.

<sup>23</sup> Cfr. G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell’uomo e limiti di revisione costituzionale*, in *Giustizia insieme*, 2022, <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/92-main/costituzione-e-carte-dei-diritti-fondamentali/2223-i-nuovi-artt-9-e-41-cost-centralita-dell-uomo-e-limiti-di-revisione-costituzionale>, il quale conclude che fermo il dovere di tutti noi di proteggere l’ambiente, la tutela della natura deve tuttavia sempre pensarsi nel rispetto primo degli esseri umani; e l’ambiente non può trasformarsi in uno strumento da utilizzare per limitare o negare oltre misura i diritti, né può costituire una ragione (se non, in taluni casi, un pretesto) per punire e/o cancellare le libertà della persona; e deve così rimanere integro il principio secondo il quale la tutela dell’ambiente si dà perché è interesse dell’uomo vivere in un ambiente salubre, non altro.

deteriorato e compromesso e in cui anche gli animali ricevano una significativa tutela (e in quest'ottica va letta la riserva di legge a favore di quest'ultimi prevista dalla legge costituzionale).

La parola ambiente è entrata nel vocabolario giuridico da relativamente poco tempo<sup>24</sup>: in effetti mancava, al momento dell'Assemblea Costituente, una radicata "sensibilità ambientale", specie nella prospettiva dell'interesse delle generazioni future<sup>25</sup>. Tuttavia la riforma costituzionale del 2022 non ha introdotto per la prima volta l'ambiente nella Carta fondamentale perché tale termine, se non era presente nel testo originario della Costituzione del 1948, è stato però inserito con la riforma del titolo V del 2001<sup>26</sup>, a partire dalla quale l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., stabilisce che la "*tutela dell'ambiente*"

---

<sup>24</sup> Da un punto di vista normativo il primo intervento significativo è la legge n. 349 del 1986 istitutiva del Ministero dell'Ambiente, ove era prevista la legittimazione, in capo ad organismi associativi riconosciuti, con apposito decreto ministeriale, la legittimazione ad intervenire nei giudizi per danno ambientale nonché a ricorrere per l'annullamento di atti illegittimi che incidano su interessi di natura ambientale; da un punto di vista della giurisprudenza costituzionale mediante le sentenze n. 210 e 641 del 1987 (in particolare la prima pronuncia afferma che va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende, cioè, ad una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali - aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti - l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni. Ne deriva la repressione del danno ambientale cioè del pregiudizio arrecato, da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente e trattasi di valori che la Costituzione prevede e garantisce agli artt. 9 e 32; da un punto di vista della giurisprudenza della Cassazione 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. it.*, 1980, I, 582, con nota adesiva di S. PATTI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, sentenza secondo cui la domanda con la quale il privato chieda la sospensione di un'opera intrapresa dalla pubblica amministrazione, assumendo che questa, per effetto di esalazioni e rumori, pregiudica la salubrità dell'ambiente in cui abita o lavora, recando così nocumento al proprio benessere biologico e psichico, si ricollega ad una posizione soggettiva inquadrabile nell'ambito del diritto alla salute, che la Costituzione riconosce e tutela in via primaria, assoluta, non condizionata ad eventuali interessi di ordine collettivo o generale, e, quindi, anche nei confronti dell'amministrazione medesima. Sull'indicata domanda, pertanto, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario, restando irrilevante, a tale fine, ogni questione di merito sulla concreta sussistenza della denunciata situazione di pericolo, e sull'esperibilità, a difesa di quel diritto, di un'Azione di carattere inibitorio nei confronti della pubblica amministrazione.

<sup>25</sup> Per sensibilità ambientale si intende uno sviluppo in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente, senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri; negli anni quaranta invece non vi era la percezione che le risorse del pianeta fossero limitate e che l'inquinamento potesse comprometterlo in un periodo di tempo relativamente breve.

<sup>26</sup> Avvenuta con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

rappresenta una materia di competenza esclusiva statale<sup>27</sup>. L'art. 117 Cost. costituisce però solo una norma di riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni e non assegna quindi anche rango di valore costituzionale alle materie in esso elencate, anche se è innegabile che il suo inserimento quale materia riservata allo Stato ne determina implicitamente il riconoscimento della sua importanza. In ogni caso non si è mai seriamente dubitato negli ultimi anni che l'ambiente non costituisse un valore di rango costituzionale, che veniva ricondotto per un verso all'art. 9, comma 2, Cost. secondo cui *“la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”* e per un altro verso all'*utilità sociale* di cui all'art. 41, comma 2, Cost.<sup>28</sup>. Non può negarsi tuttavia che l'esplicito riconoscimento dell'ambiente nella Costituzione, e in particolare fra i principi fondamentali, ne sottolinea e ne accentua indubbiamente la sua rilevanza.

La Costituzione non definisce né l'ambiente né l'utilità sociale<sup>29</sup> e anche la Corte costituzionale evita di farlo, limitandosi di volta in volta a stabilire cosa vi rientri e cosa no, affermando che un certo interesse costituzionalmente riconosciuto ha una valenza ambientale e di utilità sociale e come tale deve essere adeguatamente tutelato. E i confini dei concetti di tutela dell'ambiente e dell'utilità sociale sembrano ai nostri giorni diventati così ampi che si corre concretamente il rischio di tendere ad identificare il concetto di utilità sociale con quello generico di interesse pubblico, della collettività, degli

---

<sup>27</sup> Peraltro, secondo le sentenze n. 210 del 2016 e 207 del 2002 della Corte costituzionale, l'ambiente non può identificarsi con una materia in senso stretto, dovendosi piuttosto intendere come un valore costituzionalmente protetto: un significato analogo e un non troppo dissimile processo di una sua sempre maggiore valorizzazione può dirsi esserci stata per la concorrenza nel senso della tutela *antitrust*: negli anni quaranta del secolo scorso infatti esisteva nel codice civile la tutela contro la concorrenza sleale ma la prima legge *antitrust* in Italia è apparsa solo nel 1990 (con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990) e il suo riconoscimento costituzionale all'interno dell'art. 41 Cost. è avvenuto solo a partire dall'inizio del ventunesimo secolo; inoltre anche la parola concorrenza è stata introdotta per la prima volta ad opera della riforma del titolo V della Costituzione avvenuta con la legge costituzionale n. 3 del 2001 e infine anche la concorrenza, come l'ambiente, è considerata dalla Consulta una materia “trasversale”, idonea quindi a incidere sulle competenze regionali.

<sup>28</sup> Cfr., *ex pluris*, Corte cost. n. 151 del 2018, secondo cui *«quanto all'individuazione dell'utilità sociale, è pacifico che nel relativo ambito vada ricompresa la tutela dell'ambiente»*.

<sup>29</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost. n. 218 del 2021, secondo cui la giurisprudenza costituzionale in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata, che ne ha individuato il limite insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale. Questa Corte ha, infatti, «costantemente negato che sia “configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale”, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale “non appaia arbitraria” e, “per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue”.

altri, siano essi singoli, una collettività più o meno grande o un gruppo di persone portatrici di un interesse omogeneo: sono gli interessi di tutti coloro che, direttamente o indirettamente, vengono colpiti dall'iniziativa economica altrui: ad es. i lavoratori, i consumatori, i cittadini che abitano vicino ad un'industria e ne respirano i fumi velenosi. Potrebbe ben affermarsi che così facendo tali espressioni perdono probabilmente un reale contenuto precettivo. Ma forse questo rischio vale la pena di essere corso, perché con il riferimento alla tutela dell'ambiente e all'utilità sociale nella Costituzione si è proprio voluto attribuire dignità costituzionale al concetto – sicuramente per certi versi generico e vago ma non per questo non importante - degli interessi della collettività, sia per tutelare l'ambiente in astratto, ossia a prescindere da un conflitto con altri valori (modifica dell'art. 9 Cost.), sia che, volenti o nolenti, delle persone si trovino ad interagire con colui che esercita un'attività economica, mettendosi così a rischio non solo l'ambiente ma anche la salute delle stesse.

Fatto sta che nel ventunesimo secolo la Corte costituzionale prende assai spesso in considerazione l'ambiente: ad esempio a proposito di condono edilizio, nel bilanciare le esigenze di finanza pubblica con la tutela dell'ambiente<sup>30</sup>; nell'individuare i limiti all'iniziativa economica in nome della tutela dell'ambiente<sup>31</sup>; nel porre dei limiti al commercio itinerante a tutela dei centri storici delle città d'arte<sup>32</sup>; nel sancire l'illegittimità di una norma regionale che ponesse dei limiti all'iniziativa economica privata non strettamente legati alla tutela dell'ambiente<sup>33</sup>.

Un esempio della strettissimo legame tra libertà di iniziativa economica e ambiente e della necessità di pervenire ad un temperamento tra opposte esigenze, è stato ad esempio offerto dalla sentenza n. 267 del 2016 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma

---

<sup>30</sup> Corte cost. n. 9 del 2008, n. 196 del 2004, secondo cui il bilanciamento che nel caso di specie verrebbe in considerazione è quello tra i valori tutelati in base all'art. 9 Cost. e le esigenze di finanza pubblica; in realtà, la Corte, nella sua copiosa giurisprudenza in tema di condono edilizio, ha più volte riconosciuto - in particolare nella sentenza n. 85 del 1998 - come in un settore del genere vengano in rilievo una pluralità di interessi pubblici, che devono necessariamente trovare un punto di equilibrio, poiché il fine di questa legislazione è quello di realizzare un temperamento dei valori in gioco: quelli del paesaggio, della cultura, della salute, della conformità dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale, della funzione sociale della proprietà da una parte, e quelli, pure di fondamentale rilevanza sul piano della dignità umana, dell'abitazione e del lavoro, dall'altra.

<sup>31</sup> Cfr. Corte cost. n. 190 del 2001 e 196 del 1998, secondo cui al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 Cost., non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente intesi alla tutela dell'ambiente. Ebbene, la disposizione censurata, contrariamente a quanto ritenuto dal remittente, lungi dal sopprimere la libertà di iniziativa economica in relazione all'attività di acquacoltura, si limita a regolarne l'esercizio, ponendo condizioni che, finalizzate come sono alla tutela dell'ambiente, non appaiono irragionevoli.

<sup>32</sup> Corte cost. n. 247 del 2010.

<sup>33</sup> Corte cost. n. 267 del 2016.

regionale che imponeva alle imprese che volessero costruire ed esercitare un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica un'autorizzazione regionale che si aggiungeva rispetto a quella statale (valutazione di impatto ambientale, cd. VIA). Secondo la Consulta, in un sistema informato al principio della libertà dell'iniziativa economica, i limiti consentiti dovrebbero essere funzionali alla tutela dell'utilità sociale e della libertà, sicurezza e dignità umana; in altri termini, i condizionamenti all'iniziativa economica dovrebbero essere articolati in modo da permettere il raggiungimento di finalità sociali e di benessere collettivo, dovendosi incoraggiare sia le esigenze di tutela ambientale che riguardano il reperimento di fonti energetiche alternative sia il coinvolgimento dell'iniziativa privata per la realizzazione di tale interesse di natura strategica. Le disposizioni legislative che determinano tale coinvolgimento sono, infatti, il risultato di una scelta di politica programmatica nella quale l'obiettivo di interesse generale, la realizzazione di impianti energetici alternativi, anziché essere affidato esclusivamente alla mano pubblica, viene ritenuto perseguibile attraverso l'iniziativa economica privata, quando non ostino altri interessi di carattere generale. L'attività di sfruttamento dell'energia eolica costituisce iniziativa economica comportante la destinazione di capitali privati ad un processo produttivo, il quale implica la creazione di risorse materiali di interesse pubblico strategico. Il fatto che lo scopo del privato sia diretto a fini lucrativi è aspetto che non può inficiare la rilevanza del citato profilo strategico. Pertanto, deve essere considerata costituzionalmente illegittima l'imposizione di condizionamenti e vincoli non collegati funzionalmente alla cura di interessi ambientali. Infatti, l'assenza di un nesso teleologico con la salvaguardia di detti interessi finisce per costituire una grave interferenza con l'iniziativa dell'imprenditore<sup>34</sup>.

La Consulta afferma altresì che non possa richiamarsi nella fattispecie in esame la sua giurisprudenza secondo cui le Regioni hanno facoltà di adottare livelli di tutela ambientale più elevati rispetto a quelli previsti dalla legislazione statale<sup>35</sup> nel caso in esame risulta impossibile ipotizzare un miglioramento della tutela statale ad opera della norma regionale impugnata per l'obiettivo assenza di una scala di valori idonea a consentire una comparazione, in termini qualitativi e quantitativi, tra la protezione ambientale assicurata dallo Stato e quella aggiunta dalla Regione. La dimensione dei valori e degli interessi che lo Stato ha assunto come primari nel disciplinare lo sfruttamento dell'energia eolica (tra i quali spiccano appunto la tutela dell'ambiente, del paesaggio e della salute ed il coinvolgimento dell'iniziativa economica privata) comporta infatti un elevato grado di complessità nella regolazione dei rapporti giuridici chiamati in causa dai procedimenti a carattere autorizzatorio. Tale complessità della

---

<sup>34</sup> In tal senso Corte cost. n. 20 del 1980 e n. 78 del 1958.

<sup>35</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. n. 67 del 2010.

scala di interessi rende la norma regionale impugnata davanti alla Consulta incostituzionale perché inevitabilmente perde l'orizzonte del complessivo e complesso assetto di interessi da bilanciare e contemperare. Ciò anche in considerazione del fatto che, nel caso dell'energia eolica, la tutela degli interessi ambientali non è una tutela meramente statica, ma si concreta in una serie di attività che devono essere compatibili con gli altri profili di garanzia interni alla stessa materia ambientale (tra cui, appunto, la tutela del paesaggio). In altre parole, nella tutela ambientale sono oggetto di dialettica e di bilanciamento legislativo vari interessi, per lo più interni alla materia. Detto carattere si riflette specularmente sulla forma di tutela introdotta dal legislatore statale per consentire in sede amministrativa un bilanciamento dei vari interessi coinvolti nello sfruttamento dell'energia eolica: ciò avviene attraverso l'incrocio di diverse tipologie di verifica, il cui coordinamento e la cui acquisizione sincronica, essendo necessari per l'autorizzazione unica finale, non tollerano ulteriori differenziazioni su base regionale.

La strada da percorrere verso un effettivo abbattimento di tutte le barriere all'accesso al mercato è dunque ancora lunga, e forse è soltanto iniziata; non può però negarsi che si assiste oggi da un lato ad una valorizzazione del comma 1 dell'art. 41 Cost. per quanto riguarda la necessità di effettuare le liberalizzazioni e di sciogliere le imprese dai lacci burocratici e amministrativi, lacci che il più delle volte nulla hanno a che fare con i valori tutelati dagli artt. 9, comma 2 e 41 comma 2, e dall'altro, e non contraddittoriamente, ad una esaltazione anche del comma 2 dell'art. 41 Cost., in qualità di concetto valvola in grado di dare voce ai diritti fondamentali che si contrappongono all'iniziativa economica privata. In effetti, una politica seria, rigorosa e coerente di liberalizzazioni, lungi dal porsi in contrasto con l'ambiente o dal doversi intendere come mera *deregulation*, ossia come semplice abolizione di regole, è in grado al contrario di favorire e valorizzare sia la concorrenza che i diritti fondamentali.

In definitiva, quello che oggi più viene valorizzato è l'esigenza che i diversi valori in gioco, potenzialmente in contrasto tra loro, trovino una loro composizione equilibrata, un armonico contemperamento, allo scopo di porre in essere un bilanciamento ragionevole e solidale fra i vari interessi in gioco, in coerenza con quell'economia sociale di mercato individuata dall'art. 3, co. 3, del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 (secondo cui l'Unione europea si basa “su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva”)<sup>36</sup>, con il vincolo dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti

---

<sup>36</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «Decreto Alitalia»*, in *Giur. cost.*, 2010, 3296,, 3299, il quale ritiene che nell'ordinamento europeo la concorrenza sia riconosciuta come valore *strumentale* rispetto a finalità complessive di benessere collettivo, che si compongono anche di altri valori, extraeconomici (come la tutela dell'ambiente) ed anche economici

fondamentali, sempre più minacciati dalla ormai endemica carenza di risorse che possono essere destinate alla tutela di valori quali l'ambiente e la salute, sintetizzati nella formula "utilità sociale".

Appare un vuoto esercizio di retorica sostenere che – in virtù della teoria dei contro limiti (secondo cui i diritti fondamentali prevalgono su tutti i diritti, anche quelli di cui è portatrice l'Unione europea, fra i quali, *in primis*, vi sono quelli del mercato, e quindi la concorrenza e il principio di libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone) affermata dalla Consulta sin dalla sentenza n. 170 del 1984 e sempre confermata - i diritti fondamentali si pongano su un piano superiore e non comunicante rispetto ai diritti del mercato e che non possano mai essere sacrificati a favore di altri valori; tale atteggiamento potrebbe anzi essere non solo infruttuoso ma anche rischioso, qualora, facendosi forza di questa affermazione, si comprima lo spazio dei diritti dell'uomo a favore del mercato con il pretesto che tanto si tratta di mondi che non possono interferire tra di loro<sup>37</sup>. Sembra invece assai più realistico prendere atto della reciproca interferenza fra gli stessi e concentrarsi sul procedimento più appropriato per realizzare un bilanciamento tra valori che tenga in dovuto conto la sussistenza dei diritti fondamentali senza al contempo comprimere e frustrare eccessivamente i valori del mercato<sup>38</sup>. In questa

---

(crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, etc.); questi valori sono tendenzialmente destinati a prevalere - in caso di insuperabile contrasto - sulla tutela della competizione fra imprese, in quanto tale. Parallelamente emerge anche che, abbandonate le chimere del raggiungimento di una concorrenza perfetta - che neppure sarebbe auspicabile perché significherebbe che non ci sarebbe lotta fra le imprese per migliorare e differenziare i propri prodotti - il modello di concorrenza disegnato dal legislatore europeo è quello della *concorrenza come processo dinamico virtuoso*, orientato dalle libere scelte del consumatore, in cui le imprese competono soprattutto per l'acquisizione di risorse scarse di tipo immateriale e conseguentemente per offrire ai consumatori un bene o un servizio caratterizzato dal miglior rapporto qualità/prezzo possibile, a tutto vantaggio naturalmente dei consumatori stessi. Cfr. LIBERTINI, voce "*Concorrenza*", in *Enc. dir.*, 2010, Giuffrè Milano, 245; Corte cost., n. 325 del 2010, secondo cui fanno parte a pieno titolo della tutela della concorrenza non solo le «misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati» (misure *antitrust*, c.d. concorrenza in senso "statico"); ma anche le misure legislative di promozione, «che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (per lo più dirette a tutelare la concorrenza "nel" mercato: c.d. concorrenza in senso "dinamico").

<sup>37</sup> Cfr. in questo senso N. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 766, secondo cui la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli.

<sup>38</sup> Sull'irragionevolezza delle norme che impongono gerarchie interpretative cfr. R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, 16.

direzione è fondamentale un uso sapiente delle clausole generali, e in particolare della ragionevolezza<sup>39</sup> e della solidarietà sociale<sup>40</sup>, pur nella consapevolezza degli inevitabili pericoli di genericità e arbitrarietà che esse comportano<sup>41</sup>. Per ridurre tali rischi risulterebbe fondamentale innanzitutto poter fare affidamento su giudici altamente specializzati in materie economiche<sup>42</sup> e procedere al bilanciamento dei diritti fondamentali tenendo conto, a livello macroeconomico, della dimensione collettiva degli interessi coinvolti: quanto più alto sarà il numero delle persone coinvolte dai sacrifici richiesti dalle esigenze del mercato (ad es. l'inquinamento prodotto da una nuova industria, l'aumento dei prezzi determinato da un'intesa anticoncorrenziale) tanto più energica dovrà essere la reazione dell'ordinamento nel riaffermare le esigenze della collettività valorizzando al massimo l'utilità sociale, che può essere considerata l'anello di collegamento tra diritti fondamentali e mercato.

Rispetto al ventesimo secolo quello attuale è poi caratterizzato dalla prepotente emersione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., che ormai è pacificamente riconosciuto

---

<sup>39</sup> Così E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 29. Occorre ancora una volta ricordare che la libertà d'iniziativa economica privata, riconosciuta dal co. 1 dell'art. 41 Cost., è da una parte bilanciata dal limite dell'utilità sociale e dal rispetto della sicurezza, libertà, dignità umana (art. 41, co. 2, Cost.), d'altra parte è indirizzata e coordinata a fini sociali che legittimano la previsione ad opera del legislatore ordinario di programmi e controlli (art. 41, co. 3, Cost.). Essa poi può talora essere del tutto compressa nel caso in cui – avendo ad oggetto servizi pubblici essenziali o fonti di energia o situazioni di monopolio e rivestendo preminente interesse nazionale – il legislatore ordinario ne riservi originariamente a sé ne trasferisca l'esercizio. Pertanto, i due estremi costituiti dal pieno ed assoluto riconoscimento della libertà d'iniziativa economica privata e, all'opposto, dalla riserva di esercitare determinate imprese, si collocano vari possibili modelli connotati da un più o meno intenso intervento pubblico nell'economia. La concreta misura di tale intervento, che va a comprimere l'iniziativa economica privata, è demandata al legislatore ordinario, spettando alla Corte costituzionale solo l'identificazione del fine sociale e della riferibilità ad esso di limitazioni, programmi e controlli. Tale valutazione di riferibilità dà luogo ad un giudizio di ragionevolezza della limitazione della libertà d'iniziativa economica privata per il raggiungimento del fine medesimo, anche se non può esorbitare nel merito del provvedimento legislativo (sentenza n. 446 del 1988).

<sup>40</sup> H. KRUNKE, H. PETERSEN I. MANNERS, *Transnational Solidarity, Concept, Challenges and Opportunities*, Cambridge University Press, 2020.

<sup>41</sup> S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 718, secondo cui la presenza di clausole generali è tanto più necessaria quanto più appare evidente la complessità delle nostre società, le fratture che le attraversano. In una società articolata, “di minoranze”, è necessario creare spazi di convivenza, legittimare valori diversi attraverso la creazione di strumenti che ne rendano possibile l'autonomia e la compatibilità. Non è forse questo il modo di operare della clausola di buona fede quando determina il concreto regolamento contrattuale in base alla specifica collocazione sociale dei contraenti?

<sup>42</sup> Cfr. in questo senso R. RORDORF, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Società*, 2000, 154.

quale il sicuro riferimento costituzionale dei principi di correttezza e buona fede<sup>43</sup>: pertanto, mentre l'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. funge da limite all'iniziativa economica nel suo aspetto pubblicistico, in una prospettiva macroeconomica e ove siano messi a rischio gli interessi diffusi di una collettività, l'art. 2 Cost. si pone quale il baluardo privatistico agli abusi dell'attività economica, dunque in un'ottica microeconomica e avuto riguardo ai diritti di singoli determinati soggetti che siano posti in pericolo, principalmente attraverso la conclusione eccessivamente squilibrati. Nell'applicazione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. dovrà inoltre tenersi presente quello che è uno dei corollari del principio di uguaglianza, ossia il principio secondo cui devono essere trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali. Pertanto, da una parte il giudice dovrà procedere alla correzione del contratto eccessivamente squilibrato non mediante sue personali e incontrollabili concezioni dell'equità bensì prendendo come solido punto di riferimento i valori oggettivamente espressi dal mercato (così ad esempio potrà ridurre secondo equità una clausola penale perché eccessivamente gravosa solo se tale onerosità viene uniformemente riconosciuta nell'ambito del mercato in cui è stata stipulata) e dall'altro dovrà ritenere di intervenire non in tutte le ipotesi di contratto squilibrato (pena altrimenti la mortificazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui va rivendicata la persistente attualità<sup>44</sup>) ma solo quando esigenze di inesperienza e carenza di informazioni del consumatore o di assenza di alternative dell'imprenditore debole lo esigano.

E soprattutto occorre sottolineare che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza della Consulta n. 119 del 2012<sup>45</sup>, secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto

---

<sup>43</sup> Cfr. A. ALBANESE, *Buona fede, contratto, legge*, *Europa Dir. Priv.*, 2021, 31.

<sup>44</sup> E. GABRIELLI, *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, *Giust. civ.* 2020, 445.

<sup>45</sup> La giurisprudenza costituzionale costante è nel senso che l'art. 38 Cost. non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca un trattamento previdenziale prima spettante in base alla legge (Corte cost. n. 316 del 2010 e n. 361 del 1996), fermo il controllo di ragionevolezza sulle singole norme riduttive. Si deve escludere, viceversa, che possa essere la stessa Corte costituzionale a statuire siffatte riduzioni di spesa per l'attuazione di diritti ex art. 38 Cost., in nome di un generico principio di solidarietà sociale, superando e addirittura ponendosi in contrasto con le determinazioni del legislatore. Solo a quest'ultimo spettano le valutazioni di politica economica attinenti alle risorse disponibili nei diversi momenti storici, mentre è compito di

del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all'art. 38, il diritto alla salute di cui all'art. 32, ma non il loro nucleo essenziale), lo "zoccolo duro" dei diritti fondamentali<sup>46</sup>. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), "non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone", per altro verso però "le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (interesse oppositivo)<sup>47</sup>.

Come già rilevato dunque la prepotente affermazione della teoria del bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e della conservazione del nucleo indissolubile dei diritti induce a riflettere sul se abbia un senso distinguere, nell'ambito dei diritti costituzionalmente protetti, tra diritti fondamentali – che nella gerarchia delle fonti andrebbero collocati per la teoria dei contro limiti al di sopra delle norme dell'Unione europea – e diritti che fondamentali non sono (secondo quanto detto probabilmente il diritto di iniziativa economica)<sup>48</sup>. Infatti tutti i diritti costituzionalmente rilevanti sono in

---

questa Corte vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incisi da interventi riduttivi dello stesso legislatore.

<sup>46</sup> La stessa Carta di Nizza all'art. 52 stabilisce che eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali possono giustificarsi solo se rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà e solo se necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

<sup>47</sup> Corte cost., sentenze nn. 432 del 2005 e 252 del 2001. Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (S.U. 1° agosto 2006 n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

<sup>48</sup> Cfr. ad esempio la sentenza n. 50 del 1957, secondo cui «l'art. 41 contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale». Tuttavia oggi, alla luce della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, sembra potersi legittimamente dubitarsi che la libertà di iniziativa economica non costituisca un diritto fondamentale: cfr. ad esempio Corte Giust. 20 gennaio 2022, Commissione/Grecia, C-51/20; Corte Giust. 12 marzo 2020, Commissione/Italia, C-576/18, se sentenze secondo cui occorre sottolineare il carattere fondamentale delle disposizioni del trattato FUE in materia di aiuti di Stato.

grado di farsi sentire, di entrare in bilanciamento con diritti di sicura qualificabilità come diritti fondamentali, in un contesto di reciproca interferenza tra le fonti e fra i vari interessi che delle stesse sono espressione.

In definitiva, quello che oggi soprattutto deve essere valorizzato è l'esigenza che i vari interessi in gioco trovino una loro composizione equilibrata, un armonico temperamento, allo scopo di conseguire un bilanciamento ragionevole e solidale fra i vari interessi in gioco, in coerenza con quell'economia sociale di mercato individuata dall'art. 3, co. 3, del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 (secondo cui l'Unione europea si basa «*su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*»), con il vincolo dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, sempre più minacciati dalla ormai endemica carenza di risorse che possono essere destinate alla tutela di valori quali il lavoro, l'ambiente, la salute, sintetizzati nella formula «utilità sociale».

Appare dunque che le specificità del modello costituzionale italiano nella sua concreta attuazione ad opera della Consulta, lungi dal creare ostacoli alla realizzazione di una piena ed effettiva convergenza tra le giurisprudenze nazionali ed europee nella tutela dell'ambiente e della salute da un lato e dell'iniziativa economica dall'altro, contribuisce e non poco a creare un terreno culturale comune e un insieme di valori condivisi idonei a favorire la suddetta convergenza<sup>49</sup>.

In effetti non può ignorarsi la centralità che il mercato e la posizione che all'interno di esso rivestono i suoi protagonisti assumono nella prospettiva giuridica della Corte di Lussemburgo<sup>50</sup>, pur alla luce del superamento della Comunità economica europea e l'allargamento delle competenze dell'Unione europea a diritti fondamentali della collettività quali l'ambiente e la salute.

Sarebbe dunque erroneo prendere alla lettera la Costituzione e ritenere che anche un lieve danno alla salute o all'ambiente costituirebbero una ragione di illegittimità della libertà di iniziativa economica privata: la consapevolezza di un necessario temperamento tra le esigenze imprenditoriale e la tutela dell'ambiente e della salute è ben In tema di reati edilizi, il giudice, nel dare attuazione all'ordine di demolizione di un immobile abusivo adibito ad abituale abitazione di una persona è tenuto a rispettare il

---

<sup>49</sup> F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, *Riv. regolazione mercati*, 2020, 13.

<sup>50</sup> Cfr. Corte Giust. 20 gennaio 2022, C-594/19, §74, Deutsche Lufthansa AG/Commissione, secondo cui la dimostrazione da parte del ricorrente di una lesione sostanziale alla sua posizione sul mercato richiede che il medesimo ricorrente indichi in modo pertinente le ragioni per le quali la decisione della Commissione può pregiudicare i suoi legittimi interessi, ledendo in maniera sostanziale la sua posizione sul mercato di cui trattasi.

principio di proporzionalità<sup>51</sup>, considerando l'esigenza di garantire il rispetto della vita privata e familiare e del domicilio, di cui all'art. 8 della CEDU, e valutando, nel contempo, la eventuale consapevolezza della violazione della legge da parte dell'interessato, per non incoraggiare azioni illegali in contrasto con la protezione dell'ambiente, nonché i tempi a disposizione del medesimo, dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna, per conseguire, se possibile, la sanatoria dell'immobile ovvero per risolvere le proprie esigenze abitative<sup>52</sup>.

Inoltre, proprio perché, come già rilevato in precedenza, l'ambiente costituisce, secondo la Consulta un *interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto*, deve ritenersi che i limiti di cui all'art. 41, comma 2, alla libertà dell'iniziativa economica privata di cui al comma 1 dell'art. 41 debbano oggi ritenersi come posti più in generale alla libertà di iniziativa economica in genere, non solo privata, non potendo certo ritenersi che la pubblica amministrazione possa impunemente inquinare l'ambiente o danneggiare la salute della collettività. In questa prospettiva, il riconoscimento dell'ambiente come valore "assoluto" all'interno dell'art. 9 Cost., ossia non come "semplice" limite alla iniziativa economica privata, ne rafforza sicuramente il suo costituire un limite a qualsiasi iniziativa imprenditoriale, a prescindere dalla natura pubblica o privata di tal iniziativa. E' quindi evidente, nell'ottica poc'anzi messa in luce relativamente alla necessità di un contemperamento fra interessi potenzialmente in conflitto come quelli dell'impresa e quelli della collettività alla salubrità dell'ambiente e alla salute, che questo bilanciamento di valori debba essere effettuato con pari severità sia per il settore privato che per quello pubblico<sup>53</sup>; soltanto si presume che tale contemperamento sia stato già effettuato per così dire a monte dalla pubblica amministrazione quando adotti una certa decisione con la quale prende una iniziativa economica (dovendo la pubblica

---

<sup>51</sup> Il riferimento è alla giurisprudenza convenzionale: cfr., fra le altre, sentenze Corte EDU, 21 aprile 2016, Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria, e Corte EDU, 4 agosto 2020, Kaminskas c. Lituania.

<sup>52</sup> Cass. pen., 8 gennaio 2021, n. 423. Cfr., analogamente, Cass. pen. 11 febbraio 2020, n. 5410, secondo cui, in tema di deposito incontrollato di rifiuti, ai fini del riconoscimento della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. non è sufficiente il riferimento al solo quantitativo di rifiuti depositato, ma deve valutarsi l'effettivo pericolo di danno all'ambiente o la sua compromissione in concreto conseguente alla specifica condotta (fattispecie in cui la Cassazione ha ritenuto immune da censure la decisione con cui i giudici di merito avevano escluso la causa di non punibilità in considerazione del quantitativo di materiale pari a circa 5 metri cubi depositato su terreno pubblico e della consistenza dello stesso, trattandosi di acque residue da materiale da costruzione e demolizione, contenenti sabbia, polvere di cemento e piccoli frammenti di laterizio).

<sup>53</sup> Del resto a questa conclusione era già arrivata la già citata sentenza delle sezioni unite n. 5172 del 1979 la quale aveva affermato che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda con la quale il privato chieda la sospensione di un'opera intrapresa dalla pubblica amministrazione, assumendo che questa pregiudichi la salubrità dell'ambiente in cui abita o lavora, recando così nocumento al proprio benessere biologico e psichico, si ricollega ad una posizione soggettiva inquadrabile nell'ambito del diritto alla salute.

amministrazione necessariamente contemperare i vari interessi in gioco nel suo processo decisionale, secondo le previsioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990), ma nulla impedisce al privato o ai privati di contestare tale iniziativa con un ricorso davanti al giudice amministrativo, qualora si ritenga che tale iniziativa economica pubblica costituisca un rilevante pericolo per l'ambiente e per la salute.

### 3. Il mercato e il ruolo dell'imprenditore all'interno di esso

Nel ventunesimo secolo è considerato mercato il luogo, reale o virtuale, in cui si realizzano gli scambi di beni e servizi e che vede quali protagonisti non solo gli imprenditori e i professionisti in genere secondo la nozione allargata di impresa comunitaria (così come concepita dall'Unione europea e riconosciuta dalle nostre leggi e dalla giurisprudenza di legittimità<sup>54</sup>) ma anche i consumatori, non più solo soggetti passivi ma ormai attori di primo piano sul mercato<sup>55</sup>.

Rispetto al ventesimo secolo dunque è oggi definitivamente maturata la consapevolezza che l'imprenditore non è il protagonista assoluto del mercato: da un lato infatti al concetto di imprenditore

---

<sup>54</sup> In effetti, la nozione euro-unitaria di impresa include qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, laddove costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato" (Corte di giustizia 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner & Elser; Corte di giustizia 16 novembre 1995, causa C-244/94, Federation Française des sociétés d'assurances; Corte di giustizia 1° luglio 2008, causa C-49/07, Motoe; Corte di giustizia 26 marzo 2009, causa C-113/07, Selex Sistemi Integrati; Cass. 31 gennaio 2022 n. 2839; Cass. 10 giugno 2021, n. 16481, sentenza quest'ultima che evidenzia che anche un lavoratore autonomo va considerato come impresa da un punto di vista euro-unitario).

<sup>55</sup> A.M. GAMBINO, *Vizi e virtù del diritto computazionale*, *Dir. inform. inf.* 2019, 1169, secondo cui il consumatore, in uno scenario tecnologicamente avanzato e attrezzato, non è più un soggetto "passivo", che ascolta, guarda l'offerta, cerca, decide ma è un soggetto che direttamente e indirettamente contribuisce ai processi che consentono alle imprese di attestarsi in una posizione di supremazia sul mercato, e quindi il consumatore non è più solo destinatario dell'offerta ma fattore del successo delle imprese sul mercato di riferimento. Cfr. anche M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, *Riv. dir. ind.* 2019, 171, secondo cui l'espansione della grande impresa ed il fenomeno della stipulazione dei contratti di massa comportano, specialmente a partire dalla metà del secolo ventesimo, lo spostamento del centro gravitazionale del sistema economico dalla produzione al consumo: se, infatti, nel periodo che segue la seconda rivoluzione industriale, identificato nel terzo periodo del diritto commerciale, economisti e giuristi si concentrano sulla figura dell'impresa, alcuni decenni più tardi il fenomeno dell'incessante moltiplicarsi e diversificarsi dei prodotti e dei relativi mercati impone all'attenzione degli studiosi la figura del consumatore, quale controparte, non solo economica, dell'impresa.

si è affiancato quello di professionista, che contiene al suo interno non solo l'imprenditore ma anche il professionista intellettuale e il lavoratore autonomo e dall'altro si è compreso che necessitando lo scambio di beni o servizi di almeno due parti, guardare a tale scambio nell'esclusiva ottica del venditore rischia inevitabilmente di offrire una prospettiva falsata delle dinamiche del mercato, e ciò anche per uno studioso del diritto commerciale e quindi anche quando si sia interessati solo alle vicissitudini dell'imprenditore<sup>56</sup>. Peraltro, "il compratore" non è necessariamente il soggetto "debole" della contrattazione (si pensi soltanto al contratto di subfornitura e all'art. 9 della legge n. 192 del 1998, che vieta l'abuso della dipendenza economica e tecnologica in cui versa il fornitore/produttore nei confronti del committente/compratore<sup>57</sup>), anche se il più delle volte lo è: ed assume una molteplicità di denominazioni, la più comune e frequente delle quali è però quella di consumatore. La tutela del consumatore è allo stesso tempo anche la tutela degli imprenditori corretti perché permette a questi, che verrebbero svantaggiati dalle condotte anticoncorrenziali e dalle pratiche commerciali scorrette, di agire ad armi pari con gli altri concorrenti, mentre le inibitorie e le sanzioni amministrative dell'Autorità *antitrust* e il riconoscimento al consumatore del risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale svolgono la funzione di scoraggiare comportamenti simili in futuro e di riequilibrare le situazioni patrimoniali degli imprenditori che si contendono quote di mercato.

Questa impostazione, che tende a ridimensionare il ruolo dell'imprenditore nel mercato (il ruolo dell'imprenditore infatti rimane fondamentale ma egli non ne è più il protagonista assoluto)

---

<sup>56</sup> S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa Dir. Priv.*, 2011, 383, per il quale la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza servono a scongiurare il fallimento del mercato. Nello stesso senso P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti e la costruzione delle categorie civilistiche*, in *Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova, 2008, 253; di obiettivi di riaggiustamento delle regole del mercato si parla in M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa Dir. Priv.*, 2011, 338; M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 171.

<sup>57</sup> V. BACHELET, *La decodificazione giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, *Europa dir. priv.* 2021, 553, secondo cui, a proposito della dipendenza economica nel contratto di subfornitura, oltre che da nutrita dottrina, l'argomento della riduzione teleologica è stato opportunamente accolto, sia pure in maniera implicita, dalle decisioni che, nell'applicare il divieto di abuso di dipendenza economica per sancire l'invalidità di clausole ingiustificatamente gravose, hanno ritenuto di non doversi nemmeno confrontare con il giudizio controfattuale di nullità parziale di cui all'[art. 1419, co. 1, c.c.](#), benché il patto disapprovato fosse ictu oculi essenziale nell'ambito del contratto in questione, a riprova che l'idea, sottesa alla teleologica *Reduktion*, di una disciplina della nullità necessariamente coerente con la ratio della singola comminatoria sta penetrando nel tessuto giurisprudenziale. Tale tendenza — occorre ribadirlo — va vista con favore, a patto che essa riguardi fattispecie di nullità ispirate a fini di protezione in grado di "improntare di sé" il regime dell'invalidità.

sembra del resto essere la più rispondente al dettato costituzionale, dal momento che l'art. 41 Cost. non menziona espressamente l'imprenditore ma afferma, più genericamente, che l'iniziativa economica privata (di tutti quindi, non solo dell'imprenditore) è libera<sup>58</sup>.

Anche la parola "mercato" non trova spazio nella nostra Costituzione; eppure la nascita del mercato viene tradizionalmente indicata come un passaggio fondamentale della storia dell'uomo, il punto di passaggio dal medio evo all'età moderna e la nascita della borghesia; è il momento in cui gli abitanti del feudo lasciano i propri feudatari per incontrarsi e scambiare i propri beni prodotti in eccedenza: vengono fondate nuove città ed inizia a circolare il denaro<sup>59</sup>. Per comprendere tale omissione deve farsi riferimento al quadro storico in cui è nata la Costituzione. L'Italia era appena uscita dagli orrori della seconda guerra mondiale durante la quale erano stati sistematicamente ignorati e calpestati i più elementari diritti fondamentali dell'individuo: è logico dunque che gli sforzi dei Costituenti si siano concentrati nel riaffermare tali diritti inalienabili del singolo, "trascurando", per così

---

<sup>58</sup> L'art. 41 della Costituzione, formato da tre commi, è il frutto dell'accordo tra le tre anime presenti in sede di Assemblea Costituente, quella liberale (si pensi a Luigi Einaudi), di cui è espressione il co. 1 (libertà d'iniziativa economica), quella cattolica (si pensi a Alcide De Gasperi), di cui è espressione il co. 2 (l'utilità sociale e i c.d. limiti "negativi" alla libertà d'iniziativa economica), quella comunista/socialista (si pensi a Palmiro Togliatti) di cui è espressione il co. 3 (c.d. limiti "positivi" alla libertà d'iniziativa economica): ogni anima dell'Assemblea Costituente ispira dunque in particolare un comma dell'art. 41, ma l'articolo va letto unitariamente e proprio da questa lettura complessiva emerge il tentativo, se non di una fusione armoniosa tra queste tre anime, di un "compromesso" (per citare la parola che usa Togliatti), in altre parole di un tentativo di instaurare una pacifica convivenza tra ideologie e principi apparentemente difficilmente conciliabili: cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 532; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, *Giur. cost.*, 2005, 84, il quale distingue tra libertà di concorrenza dell'individuo, situazione giuridica soggettiva attribuita a persone e imprese (avendo come punto di riferimento, deve ritenersi, l'art. 41, co. 1, Cost.), e la concorrenza effettiva (o concorrenza in senso oggettivo), come modo di funzionamento reale di un mercato, ritenendo che riceva una tutela costituzionale anche quest'ultima (attraverso – si ritiene – i commi 1 e 2 dell'art. 41 Cost.). Sulla riconducibilità della concorrenza all'art. 41 Cost. cfr. Corte cost. n. 56 del 2020; nn. 137 e 83 del 2018, sentenze secondo le quali la nozione di "concorrenza" comprende sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici. Ch-e la tutela della concorrenza trovasse e trovi tuttora il suo punto di riferimento, la sua "copertura" costituzionale, nell'art. 41 Cost. lo si deduce anche da un preciso dato legislativo costituito dall'art. 1 della legge *antitrust*, il quale afferma esplicitamente che le disposizioni della presente legge costituiscono "attuazione dell'art. 41 Cost., a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica".

<sup>59</sup> M. BLOCK, *La società feudale*, Einaudi, Milano, 1984, 471.

dire, tematiche pur relevantissime quali il mercato e la concorrenza, che sono diventate invece centrali neppure una decina di anni dopo, con la nascita della Comunità economica europea e che tuttora, pur con l'approdo all'Unione europea che ha allargato alla tutela dei diritti fondamentali la sua sfera di competenze, mantengono una posizione di assoluta rilevanza.

Non può poi non evidenziarsi una storica distanza culturale, che solo recentemente stiamo cercando di colmare, dei nostri studi giuridici rispetto alle tematiche economiche, ossia a quella che potremmo definire – in contrapposizione alla forse abusata e sopravvalutata analisi economica del diritto - una “analisi giuridica dell'economia”, tematiche “snobbate” e per certi versi considerate, fino a non molto tempo addietro, di “serie B” rispetto ai problemi classici del diritto civile i cui studi possono vantare una tradizione millenaria. E' invece proprio dagli studi economici che occorre partire per affrontare i problemi giuridici che il mercato propone. In economia si intende per mercato il luogo<sup>60</sup> deputato allo svolgimento degli scambi; secondo un'altra definizione il mercato è il punto di incontro della domanda e dell'offerta<sup>61</sup>, cioè degli acquirenti e dei venditori<sup>62</sup>. Forte è altresì il collegamento tra

---

<sup>60</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, 67, secondo cui il mercato è un luogo, anche solo figurativamente inteso, in cui si realizzano scambi organizzati: è dunque un *locus artificialis* che non potrebbe esistere senza un nucleo di regole che in qualche modo lo conformino. Il mercato sarebbe *locus artificialis* e non *naturalis* perché “fatto con l'arte del legiferare”. Prevarrebbe dunque l'aspetto giuridico della regolamentazione su quello socio-economico dell'aggregazione spontanea e della necessità di commerciare. Sembra tuttavia che sia più rispondente alla realtà ritenere che entrambi gli aspetti possano e debbano convivere; N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 185, secondo cui il mercato è il luogo degli scambi in cui ogni parte dà in quanto e perché riceve.

<sup>61</sup> Scrive G. Oppo che “è il contratto che deve comporre domanda e offerta moralizzando il mercato”, ma ben si potrebbe parafrasare questa affermazione sostenendo che è il mercato che deve comporre domanda e offerta moralizzando il contratto (G. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Cedam, Padova, 2005, 193).

<sup>62</sup> G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979, 23, giurista il quale introduce la problematica economica come momento fondamentale del procedimento interpretativo del mercato. Secondo tale Autore inoltre l'esaltazione del mercato è rappresentata dal commercio, che costituisce il momento del contatto dell'impresa con la clientela. Cfr. anche gli economisti L. CAMPIGLIO, *Mercato, prezzi e politica economica*, Bologna, Il Mulino, 1999, 19, il quale scrive che il mercato è un meccanismo di coordinamento delle decisioni economiche e costituisce il meccanismo per realizzare la migliore allocazione delle risorse; analogamente, R. H. COASE, *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 2006, 42, secondo cui le decisioni dei produttori e dei consumatori sono armonizzate dalla teoria dello scambio. M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, *Europa dir. priv.* 2011, 329, secondo cui la sovranità del mercato, prima ancora che nel diritto europeo, ha il suo cominciamento nel diritto moderno in generale, e fin dalla sua istituzione (che - stipulativamente - si può far risalire, almeno per l'Europa continentale, alla Rivoluzione francese, alla Dichiarazione dei diritti e al Code Napoléon). Sono i principi di eguaglianza e

mercato e impresa secondo Libertini<sup>63</sup>. Si è infatti imprenditori se la propria attività è destinata allo scambio e quindi al mercato (cfr. art. 2082 c.c.)<sup>64</sup>: sottolinea Agostino Gambino che l'intero sistema del diritto commerciale è oggi centrato su due pilastri, quelli dell'impresa e del mercato<sup>65</sup>.

E' inoltre oggi evidente – sottolinea Buonocore – lo stretto collegamento tra contratto e mercato, tale da determinare un condizionamento reciproco<sup>66</sup>. In passato invece, come evidenziato da D'Amico, nel modello presupposto dalla disciplina (e dalla dottrina) tradizionale del contratto — un modello basato sullo schema di una “contrattazione individuale” — il contratto non ha idoneità ad incidere sulla strutturazione del mercato, ed era semmai la conformazione del mercato a condizionare lo svolgimento delle singole contrattazioni<sup>67</sup>. Questa situazione muta con l'apparizione sulla scena del “contratto di massa” (o seriale), basato sulla predisposizione (unilaterale) di condizioni generali di contratto destinate ad applicarsi ad una pluralità indeterminata di rapporti contrattuali. Se, infatti, un imprenditore inserisce nei regolamenti contrattuali, che egli predispone ed utilizza per instaurare rapporti con i propri clienti, clausole idonee a procurargli significativi “vantaggi” nei confronti delle controparti contrattuali, egli non soltanto “abusa” della propria libertà “contrattuale” nel rapporto individuale con l'altra parte, ma col suo comportamento incide anche sul funzionamento del mercato, perché — sopportando minori “costi” (e potendo, di conseguenza, praticare prezzi più bassi) —

---

libertà del diritto moderno che hanno elevato il consenso, e dunque il contratto, a forma universale di ogni mediazione sociale e che, perciò, abrogando le relazioni personali di dipendenza dell'Antico Regime, hanno istituito - o meglio universalizzato - il libero scambio e la moderna economia di mercato. Il diritto moderno ed il suo formalismo, differenziando il sistema giuridico dalla politica e dall'etica («dal trono e dall'altare»), hanno istituito e garantito l'autonomia dell'economico, l'indifferenza del contratto, e dunque dello scambio, da ogni determinazione materiale e spirituale dei suoi protagonisti. È dunque il diritto moderno, secondo Barcellona, che ha insediato il mercato come nuovo sovrano in luogo delle autorità delle epoche precedenti.

<sup>63</sup> G. LIBERTINI, *Il mercato. I modelli di organizzazione*, in *Trattato Galgano*, III, *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979, 337.

<sup>64</sup> Si rammenti l'acceso dibattito sull'imprenditore agricolo e circa la configurabilità dell'impresa per conto proprio. Cfr. W. BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1949, 123.

<sup>65</sup> A. GAMBINO, *Impresa e società di persone*, Giappichelli Torino, 2019, 2.

<sup>66</sup> V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 384, secondo cui funzione del mercato è quella di favorire l'incontro degli operatori e quindi la conclusione dei contratti, dunque il mercato è il luogo delle contrattazioni nel quale si intrecciano vari interessi che vanno adeguatamente tutelati; lo stesso Autore in un'altra sua opera (*Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 174) descrive il mercato come luogo d'incontro e di composizione di interessi di operatori e di utenti dei beni e dei servizi.

<sup>67</sup> G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, *Europa dir. priv.* 2019, 1.

acquisisce un “vantaggio competitivo” (rispetto ai concorrenti) che non dipende dalla maggiore efficienza e “produttività” della sua organizzazione produttiva e/o commerciale. All’aspetto microeconomico/privatistico del contratto si affianca dunque oggi quello macroeconomico/pubblicistico del mercato e della concorrenza.

Ma anche sotto un’altra prospettiva non vi è coincidenza tra il contratto di scambio e il mercato, in quanto il mercato racchiude senz’altro lo scambio ma ha in sé anche qualcosa di più<sup>68</sup>.

Ha di più innanzitutto perché il mercato non è destinato all’incontro di domanda e offerta per i soli contratti di scambio ma anche per quelli che comportano un fare: si pensi ad una gara di appalto, che determina la creazione di un mercato dei potenziali appaltatori tutti desiderosi di accaparrarsi il soggetto appaltante.

Tuttavia il mercato è più della mera somma algebrica di una serie di scambi anche e soprattutto perché vi sono delle persone umane che possono recarsi al mercato stesso, scambiarsi delle idee, informarsi, più o meno bene, e non comprare o vendere nulla<sup>69</sup>. In effetti, secondo il giurista

---

<sup>68</sup> G. AULETTA, *Contratto e mercato: a proposito del III volume de “Il diritto civile” di C.M. Bianca (Milano, 1984), Quadrimestre*, 1985, 289 e ora in *Scritti giuridici*, VIII, Milano, 2001, 227 ss.; G. AULETTA, *Un saggio di economia del diritto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 1080, ora in *Scritti giuridici*, VIII, Milano, 2001, 81. Secondo M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, *Europa dir. priv.* 2020, 757, l'idea neoliberale è che i fallimenti del mercato non dipenderebbero dai suoi limiti e dalle sue incapacità ma, tutt'al contrario, dal suo insufficiente dispiegamento, dagli ostacoli che si frappongono alla integrale efficacia della sua logica e che investono il suo dispositivo basilare, la transazione, la cellula elementare del suo funzionamento, e cioè il contratto. Compito di un diritto che voglia cooperare al conseguimento del “bene pubblico” sarebbe, perciò, quello — come altrove si è già scritto — di superare questo gap tra modello mercantile e mercato reale e, perciò, di intervenire massicciamente per rimuovere gli ostacoli che impediscono che la logica del modello si impadronisca della, e governi fino in fondo la, realtà. E poiché la logica del modello è centrata sullo scambio, l'oggetto di questo intervento deve concentrarsi sulla transazione che lo attua. Questo spiega l'alluvione regolamentare che investe il diritto, il quale, a differenza di prima, si mostra ora rivolto non più a correggere lo scambio, bensì ad integrare le condizioni della sua stipula, mettendo i suoi protagonisti in condizione di “scegliere” il meglio per loro. Figlia di questa “filosofia”, della centralità della transazione e della logica che la anima, è la trasformazione della concorrenza in competizione. La concorrenza sarebbe legata al paradigma neoclassico dell'equilibrio del sistema economico. La nuova centralità dello scambio e la sua innata propensione alla massimizzazione illimitata dei vantaggi liberano, invece, il mercato da questo scopo, alla fine estrinseco, e lo lanciano verso l'incessante perseguimento di un obiettivo che continuamente si sposta in avanti, verso la competizione illimitata appunto.

<sup>69</sup> Peraltro non tutti gli scambi avvengono tramite un mercato, quand’anche si tratti di bene economicamente rilevanti e quand’anche il prezzo oggetto della compravendita corrisponda a quello di “mercato”. Si pensi alla vendita al proprio vicino di casa del proprio appartamento senza che esso sia mai offerto in vendita al pubblico tramite un cartello o un annuncio sul giornale.

inglese Goode, se è vero che nel diritto commerciale è centrale il ruolo del contratto<sup>70</sup>, se tale diritto si basasse solo su una serie di contratti bilaterali non collegati tra loro rimarrebbe un bambino gracile. Ciò che ha dato forza al mercato è stata l'organizzazione<sup>71</sup>, il luogo fisico o virtuale di incontro – si pensi al mondo di internet – con le sue regole associative, le sue occasioni per far conoscere i venditori agli acquirenti ed i finanziatori a chi prende a prestito il denaro, il clima di fiducia o meno che vi si respira al suo interno<sup>72</sup>. Scrive poi Guido Rossi che il mercato è sede naturale di un vastissimo *bargaining*, cioè di una contrattazione continua, che va oltre la contrattazione giuridica e le sue regole e che è fra l'altro costituita da una serie di pratiche informali, dove c'è molto disordine e i contratti e la loro vincolatività costituiscono solo l'ultima e meramente eventuale fase di questa continua contrattazione<sup>73</sup>. Aggiunge Oppo che è il mercato che in qualche modo deve comporre domanda e offerta, e mercato vuol dire gli

---

<sup>70</sup> Rileva Francesco Galgano, nel sottolineare la centralità del contratto e dell'autonomia contrattuale nel codice civile (F. GALGANO, *Il contratto nell'economia globale*, Contr. impr., 2007, 732), che sia nella nostra dottrina che nella nostra giurisprudenza quando si parla di negozio giuridico si pensa fondamentalmente al contratto. Esso è in effetti uno strumento indispensabile per l'esercizio dell'attività di impresa (sia essa esercitata da un singolo imprenditore o organizzata in forma societaria) ed è dunque, da sempre, tradizionalmente materia di interesse del diritto commerciale. Mediante la conclusione di contratti infatti l'impresa non solo realizza profitti (si pensi al contratto di vendita avente ad oggetto il bene prodotto dall'impresa), ma anche si procura i c.d. fattori della produzione, ovverosia capitale e lavoro (mediante contratti di mutuo e di lavoro) e organizza la propria attività di produzione o scambio (si pensi ai contratti con i quali costruisce la rete di distribuzione dei propri prodotti - ad esempio alla concessione di vendita). I contratti oggetto di studio da parte del diritto commerciale possono dare vita - e cui normalmente danno vita - non solo gli imprenditori, ma anche altri soggetti giuridici (ad esempio professionisti intellettuali, consumatori, associazioni). In diritto commerciale i contratti vengono però esaminati nella particolare ottica dell'impresa. Si studiano pertanto i contratti generalmente stipulati da quest'ultima (con la sola eccezione dei contratti di lavoro nell'ambito dell'impresa, che sono oggetto di studio da parte del diritto del lavoro), sia quelli che per essere conclusi hanno bisogno necessariamente di un'organizzazione d'impresa (come i contratti bancari e assicurativi, ove una parte è appunto sempre un'impresa bancaria o assicurativa) sia quelli che possono essere conclusi anche da un non imprenditore. Ma ci si soffermerà altresì e dapprima sull'incidenza, per l'atteggiarsi del contratto, dello *status* di imprenditore nel caso in cui questi, proprio in virtù della sua qualifica soggettiva, disponga nei confronti dell'altro contraente di un maggior potere contrattuale. In tali casi infatti la legge predispone una serie di misure a tutela della parte debole.

<sup>71</sup> M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, Europa dir. priv., 2014, 1, Autrice secondo cui Il mercato, inteso come sistema di relazioni economiche-organizzate, è il luogo di scambio e di soddisfacimento dei bisogni, ma come tale reclama regole per impedire forme di distorsione o di deviazione che possano pregiudicare il suo corretto svolgimento.

<sup>72</sup> R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, trad. it. di J. D'Almeida, Milano, Giuffrè, 2003, 72.

<sup>73</sup> G. ROSSI, *Diritto e mercato*, Riv. soc., 1998, 14, analogamente anche G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, Riv. soc., 1995, 10.

uomini, nei loro bisogni, debolezze e sentimenti<sup>74</sup>, anche se sicuramente il mercato è soprattutto, se visto non attraverso la lente dei singoli personaggi che lo popolano ma nella prospettiva di tutti gli attori che lo animano, un luogo di fredda razionalità, ove l'incoerenza e l'irragionevolezza di un singola proposta contrattuale è destinata tendenzialmente a naufragare nelle rigide e crudeli regole della concorrenza, in ragione delle quali una proposta non conveniente (potremmo dire "fuori mercato") è destinata in linea di massima a rimanere inaccettata. E tale tendenziale razionalità del mercato viene anche presa in considerazione dalla Cassazione quale parametro attraverso il quale valutare la credibilità di una scelta economica al fine di un giudizio della stessa in termini di abuso del diritto o meno<sup>75</sup>.

In ogni caso il mercato appare oggi sempre più come un luogo vivo – anche quando sia semplicemente virtuale - dove non solo avvengono le contrattazioni ma in cui delle persone fisiche si incontrano o comunque si vedono, si parlano, si scrivono attraverso internet, dove quindi non ci scambia solo beni o servizi ma anche idee e opinioni e che ben può dunque legittimamente considerarsi una delle formazioni sociali ove si svolge e si sviluppa la personalità dell'uomo riconosciuta e tutelata dall'art. 2 Cost.<sup>76</sup> e dove dunque vengono in considerazione ed entrano potenzialmente in conflitto i

---

<sup>74</sup> G. OPPO, *Contratto e mercato, Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Padova, Cedam, 2005, 193; G. OPPO, *Codice civile e mercato, Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, VIII, Milano, Giuffrè, 2001, 227.

<sup>75</sup> Cfr. Cass. 6 ottobre 2021, n. 21758, secondo cui, in materia tributaria ricorre l'abuso del diritto enucleabile in base ai principi di capacità contributiva e di progressività ex art. 53 Cost, ogni qual volta si sia in presenza di una o più costruzioni di puro artificio che, pur se non contrastanti con alcuna specifica disposizione, sono realizzate al fine di eludere l'imposizione e siano prive di sostanza commerciale ed economica; di talchè, per configurare la condotta abusiva è necessaria un'attenta valutazione delle "ragioni economiche" delle operazioni negoziali che sono poste in essere, in quanto, se le stesse sono giustificabili in termini oggettivi, in base alla pratica comune degli affari, minore o del tutto assente è il rischio della pratica abusiva; se, invece, tali operazioni, pur se effettivamente realizzate, riflettono, attraverso artifici negoziali, assetti di "anormalità" economica, può verificarsi una ripresa fiscale là dove è possibile individuare una strada fiscalmente più onerosa. In tal senso, la prova dell'elusione deve incentrarsi sulle modalità di manipolazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati, nonchè sulla loro mancata conformità ad una normale logica di mercato.

<sup>76</sup> Cfr. in questo senso F. PIZZOLATO, *Mercato e istituzioni logiche a confronto, Impresa & Stato*, 2001, n. 55, 78, secondo cui il principio personalistico, accolto nella Costituzione, soprattutto negli artt. 2 e 3 co. 2, muove dall'idea di uomo *situato*, che sviluppa cioè la sua personalità aderendo ad una serie progressiva di formazioni sociali, culminanti nella società politica (storicamente incarnata dallo Stato), avente per fine, diretto o sussidiario, la generalità dei bisogni umani (il bene comune). Tradizionalmente, anche i giuristi maggiormente legati a tale impostazione non inseriscono il mercato tra le formazioni sociali, in cui tutt'al più rientra l'impresa, in quanto si vede nel mercato non un luogo di socialità nel senso comunitario del termine, bensì un luogo di conflittualità, di concorrenza mossa da finalità di tipo individualistico. Il mercato era pertanto ridotto, in tali teorie, ad arena degli imprenditori. Fatti recenti dimostrano però come il funzionamento del mercato dipenda non dai soli meccanismi di produzione e

diritti individuali dei singoli (si pensi solamente al diritto alla salute per quanto riguarda l'acquisto dei generi alimentari, al diritto ad una corretta informazione per quanto riguarda l'acquisto di beni durevoli e di rilevante valore economico come ad esempio l'automobile e al diritto alla riservatezza per quanto riguarda il trattamento dei dati personali necessari per completare l'acquisto).

#### 4. Liberalizzazioni e regolazione del mercato

Agostino Gambino aveva intuito che le liberalizzazioni non possono consistere in una semplice e brutale abolizione di regole che nelle concezioni più radicali presenti negli Stati Uniti si è manifestata come ideologia della libertà di mercato, intesa come *deregulation* (ossia semplice abrogazione) da norme imperative che limitavano l'iniziativa economica privata<sup>77</sup>.

Questa esigenza è fatta propria nel ventunesimo secolo dalla Consulta, che con la sentenza n. 200 del 2012 (confermata dalla sentenza n. 178 del 2014 e da numerose successive pronunce<sup>78</sup>), ha affermato che «la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di “ri-regolazione” tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale».

---

di profitto, bensì da un clima relazionale di fiducia, che rivela la pluralità dei soggetti presenti nel mercato e la loro ineludibile interdipendenza.

<sup>77</sup> A. GAMBINO, *Imprenditore e mercato: iniziativa economica e regole giuridiche*, in AA.VV., *Il diritto della transizione*, Kluwer Ipsoa, Milano, 1998, 25.

<sup>78</sup> Cfr., ex plurimis, Corte cost. nn. 134 e 223 del 2021.

Non semplice abrogazione di norme quindi ma una regolazione più razionale e ragionevole, il che può richiedere dunque anche l'introduzione di nuove norme e quindi una "ri-regolazione"<sup>79</sup>.

Da un punto di vista economico invece, il termine "liberalizzazione" ha un significato che si concentra sulla possibilità di svolgere attività economiche prima non accessibili a causa dell'esistenza di "barriere all'entrata" sul corrispondente mercato. Per barriera all'entrata su di un determinato mercato - cercando di offrirne una definizione, cosa tutt'altro che semplice - può intendersi infatti qualsiasi ostacolo, non solo di carattere amministrativo (ad esempio la necessità di chiedere una autorizzazione per il cui rilascio è necessario un lungo arco di tempo: ed è questo soltanto il campo di intervento in senso proprio delle liberalizzazioni), ma anche di carattere economico (ad esempio gli alti costi per acquistare i macchinari necessari per iniziare la nuova attività) o tecnico (in quanto ad esempio la produzione di quel bene richiede dei tecnici estremamente specializzati in un determinato settore e quindi non facilmente reperibili), che impedisca o renda significativamente più difficoltoso alle altre imprese l'ingresso sul mercato su cui agisca l'impresa che della barriera stessa usufruisce, oppure qualsiasi fattore (la qualità del prodotto, un marchio celebre, un brevetto, il *know-how*) che, pur non ostacolando l'ingresso di altre imprese sul mercato, sia in grado di differenziare in maniera rilevante il prodotto dell'impresa che disponga della barriera (tanto da attribuire all'impresa una posizione che si avvicina al monopolio). In altre parole, per barriera può intendersi qualsiasi ostacolo che impedisca o renda significativamente più difficoltosa la produzione o la vendita di beni merceologicamente simili a quelli dell'impresa protetta dalla barriera o la vendita di beni negli stessi luoghi nei quali agisce l'impresa che gode della barriera, la quale dunque ha la possibilità di usufruire di una determinata zona, geograficamente e/o merceologicamente delimitata in maniera più o meno netta dalla barriera, entro cui il gioco della concorrenza non esiste oppure è fortemente limitato. In questa zona l'impresa che goda di una barriera all'entrata potrà svolgere efficacemente un'azione restrittiva della concorrenza, riuscendo a conseguire sovrapprofitti di carattere monopolistico; fuori di questa zona si ristabiliscono invece le

---

<sup>79</sup> Cfr. ad esempio Corte cost. n. 134 del 2021, secondo cui «l'eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali favorisce, a beneficio dei consumatori, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all'ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore» e che la liberalizzazione così disposta nel settore dall'intervento normativo statale risulta coerente con l'obiettivo di promuovere la concorrenza, e proporzionato allo scopo di garantire l'assetto concorrenziale nel mercato di riferimento relativo alla distribuzione commerciale. Si tratta, dunque, di uno specifico intervento di promozione della concorrenza nel settore commerciale, riconducibile all'ambito della cosiddetta concorrenza "nel mercato", in quanto diretta a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, ambito che si affianca a quello della concorrenza "per il mercato", nel quale rientrano gli interventi volti a configurare procedure concorsuali che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici.

condizioni di concorrenza e ogni comportamento, pure astrattamente anticoncorrenziale risulterà essere del tutto improduttivo. La barriera all'entrata trova semmai una corrispondenza in campo giuridico nella posizione dominante di cui all'art. 3 della legge n. 287 del 1990, che vieta l'abuso della posizione dominante detenuta da una o più imprese sul mercato, mediante ad esempio l'imposizione di prezzi irragionevolmente alti. La posizione dominante può essere definita come una situazione che, pur non coincidendo necessariamente con il monopolio, ad esso si avvicina, in modo da consentire a chi la detiene di tenere un comportamento significativamente indipendente nei confronti delle imprese concorrenti e dei consumatori: non è dunque necessario che un'impresa abbia eliminato ogni possibilità di concorrenza. In altre parole la posizione dominante è quella situazione che permette all'impresa o alle imprese che la detengano di abusarne, provocando così una limitazione della concorrenza all'interno del mercato in cui operino.

Liberalizzare significa dunque abbattere le barriere amministrative che impediscono alle imprese di entrare sul mercato sul quale agiscono una o più imprese che della “non liberalizzazione” approfittano: esse infatti godono di una posizione dominante, che perderanno con l'avvenuta liberalizzazione. Il concetto di posizione dominante è a sua volta decisivo nelle leggi poste a tutela della concorrenza: per stabilire se un qualunque comportamento posto in essere da una o più imprese possa definirsi abusivo e assumere così giuridica rilevanza ai sensi della legge n. 287 del 1990 (c.d. legge *antitrust*) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, è sempre condizione necessaria la verifica dell'esistenza di una posizione dominante, la quale, come detto, dipende dal possesso, in capo all'impresa o alle imprese, di una barriera - posta a protezione del mercato in cui esse agiscono - che le difenda dagli “attacchi” delle imprese potenzialmente concorrenti. Si tratta di un procedimento complesso perché vi è innanzitutto un provvedimento legislativo che elimina la barriera o le barriere; il più delle volte inoltre trasforma il vecchio monopolista (o, ma più raramente, i vecchi oligopolisti) da ente pubblico o da azienda pubblica in società per azioni: da qui la possibilità per le imprese private di entrare nel relativo mercato e la possibilità per i privati di acquistare le azioni della novella società. È per questo che il processo di liberalizzazione è strettamente legato al processo di privatizzazione; con il termine «regolazione» si intende invece ogni specie di ingerenza pubblica nell'economia.

Quelli che la Corte costituzionale chiama “inutili oneri regolamentari” (definiti nel linguaggio comune con la parola “burocrazia”) consistono dunque nella necessità di autorizzazioni e licenze preventive rispetto all'inizio dell'attività e coincidono con quelle a che, dal punto di vista degli economisti, abbiamo definito “barriere amministrative all'entrata sul mercato” (peraltro oramai questa espressione è da tempo utilizzata anche nel linguaggio giuridico: cfr. ad esempio Corte cost. n. 274 del

2012) e che invece, da un punto di vista della legge *antitrust*, possono tradursi – qualora la loro presenza impedisca il regolare dispiegarsi della concorrenza sull'intero territorio nazionale o in una sua parte significativa - in una posizione dominante. Spesso tali autorizzazioni o licenze, anziché essere abrogate *tout court*, possono essere sostituite da controlli successivi o da autocertificazioni, in modo comunque da permettere subito al privato l'inizio dell'attività.

Sempre nella sentenza n. 200 del 2012, afferma ancora la Corte costituzionale che con la normativa censurata e giudicata conforme a Costituzione il legislatore ha inteso stabilire alcuni principi in materia economica orientati allo sviluppo della concorrenza, mantenendosi all'interno della cornice delineata dai principi costituzionali. Così, dopo l'affermazione di principio secondo cui in ambito economico «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», segue l'indicazione che il legislatore statale o regionale può e deve mantenere forme di regolazione dell'attività economica volte a garantire, tra l'altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – in particolare la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana, a presidio dell'utilità sociale di ogni attività economica, come l'art. 41 Cost. richiede. La disposizione impugnata afferma il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale. Complessivamente considerata, essa non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale.

La sentenza si inserisce dunque in maniera perfettamente coerente nella lettura data dalla Corte costituzionale all'art. 41 Cost.: il bilanciamento di valori tra utilità sociale e iniziativa economica privata va effettuato solo nel caso in cui esistano effettivamente delle ragioni di utilità sociale (ossia come detto valori del rango di lavoro, salute, ambiente: cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 56 del 2015, secondo cui «non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue») che si contrappongano al diritto di iniziativa economica, perché altrimenti vale il principio secondo il quale

quest'ultimo diritto non incontra limitazioni di sorta. Le liberalizzazioni pertanto, costituendo a pieno titolo uno strumento fondamentale per garantire l'effettivo svolgimento di questo diritto, non possono incontrare limiti diversi da quelli costituiti dall'utilità sociale, ossia limiti rappresentati da diritti fondamentali della collettività<sup>80</sup>.

La Corte costituzionale, con la già citata sentenza n. 200 del 2012 ha dichiarato legittimo il co. 1 dell'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011 – che sancisce il principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge – perché tale principio è perfettamente coerente con l'art. 41 Cost. unitariamente considerato. La strada da percorrere verso un effettivo abbattimento di tutte le barriere all'accesso al mercato è però ancora lunga; non può però negarsi che si assiste oggi da un lato ad una valorizzazione del co. 1 dell'art. 41 Cost. per quanto riguarda la necessità di effettuare le liberalizzazioni e di sciogliere le imprese dai lacci burocratici e amministrativi, lacci che il più delle volte nulla hanno a che fare con i valori tutelati dal co. 2 dell'art. 41, e dall'altro, e non contraddittoriamente, ad una esaltazione anche del co. 2 dell'art. 41 Cost., in qualità di concetto valvola in grado di dare voce ai diritti fondamentali che si contrappongono all'iniziativa economica privata.

La vera novità del ventunesimo secolo dal punto di vista della regolazione del mercato è costituita dall'effettiva operatività della disciplina della concorrenza: difatti, anche se la legge *antitrust* è del 1990, la presa di coscienza che tale disciplina è posta a tutela del mercato in genere e quindi non solo degli imprenditori ma anche dei consumatori si è avuta solo con Cass., SU, 4 febbraio 2005, n. 2207, sentenza che, in tema di risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale, ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto di chiedere il risarcimento del danno affermando che ad essere leso è l'interesse di tutti i soggetti economici (imprenditori o consumatori) al mantenimento di una condizione di concorrenza sul mercato. Del resto, si pensi che poco prima dell'entrata in vigore della legge *antitrust* (legge n. 287 del 1990) la Corte costituzionale aveva affermato, con l'ordinanza 21 gennaio 1988, n. 59, che le associazioni dei consumatori “*fanno valere interessi del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato*”.

E' vero poi che già nel codice civile del 1942 era presente la disciplina della concorrenza sleale, ma tale disciplina non è posta, come quella *antitrust*, a tutela del mercato in generale e quindi a protezione dei consumatori in genere e di tutti i concorrenti, attuali o potenziali. L'art. 2598 c.c. ha

---

<sup>80</sup> Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali della collettività, tra tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 180.

infatti un raggio d'azione e una prospettiva estremamente più circoscritta, in quanto si applica esclusivamente agli imprenditori che siano in rapporto di concorrenza tra loro<sup>81</sup> e riguarda solo vicende tra singoli imprenditori, quello sleale e quello che subisce le conseguenze di tale slealtà<sup>82</sup>. In altre parole una cosa è guardare alla concorrenza in ambito microeconomico, ove ad essere danneggiato può essere il singolo concorrente e dove a venire in considerazione è il rispetto delle regole della lealtà e della correttezza professionale; altra e ben differente cosa è invece guardare alla concorrenza in una prospettiva macroeconomica, ove l'eventuale danno è arrecato al mercato in genere e le regole che vengono in considerazione sono quelle che vietano l'abusivo approfittamento di una posizione dominante (nel caso di abuso di posizione dominante e intese) o la formazione di una posizione dominante particolarmente insidiosa (nel caso delle concentrazioni): si ruota quindi sempre intorno al concetto di posizione dominante (concetto che da un punto di vista economico si avvicina al monopolio), dalla quale invece l'art. 2598 c.c. prescinde completamente.

Nel campo della "liberalizzazione" delle professioni intellettuali l'atteggiamento della disciplina legislativa italiana è profondamente diverso rispetto a quello dell'Unione europea. In Italia il professionista intellettuale gode di una disciplina *ad hoc* (artt. 2229 c.c. ss.) - ben distinta da quella dell'imprenditore (artt. 2082 c.c. ss.) - basata sul principio della personalità della prestazione, sulla sua non fallibilità, sull'assenza di un obbligo di iscrizione del registro delle imprese e di tenuta delle scritture contabili, su di una giurisprudenza che addossa l'onere della prova della non diligenza sul cliente. Eppure non vi è una differenza "ontologica" fra l'attività dell'imprenditore in senso stretto e quella del professionista intellettuale: si pensi infatti all'ipotesi in cui la prestazione intellettuale sia fornita mediante un soggetto (ad esempio il proprietario di una clinica privata) che stipendia e organizza l'attività di professionisti intellettuali (ad esempio i medici che lavorano nella clinica): questi rimane pur sempre un imprenditore; ancora, il farmacista titolare di una farmacia riveste allo stesso tempo il ruolo del professionista intellettuale e dell'imprenditore. La ragione di una disciplina nettamente differenziata nel codice civile del 1942 del professionista intellettuale rispetto all'imprenditore deve invece ricercarsi in una condizione di privilegio che la nostra legge concede - sulla base di un'antica tradizione che risale al Medio Evo e alla nascita delle corporazioni - a coloro che esercitano le cosiddette professioni intellettuali.

---

<sup>81</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass. 12 dicembre 2019, n. 18772.

<sup>82</sup> Cfr. Cass. 13 ottobre 2017, n. 24071.

Nell'Unione europea invece il professionista intellettuale è assimilato all'imprenditore, tanto che l'art. 3 del codice del consumo, che recepisce una direttiva comunitaria, unifica le due figure nell'unica definizione di professionista, che è colui agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale. Nella concezione più pragmatica, di origine anglosassone, dell'unione europea, professionista intellettuale e imprenditore vanno assimilati perché sono entrambi due soggetti che vendono beni o servizi sul mercato a fini di lucro e come tali vanno assoggettati in condizioni di parità, alle stesse regole di concorrenza (di cui il codice del consumo costituisce una espressione).

Le liberalizzazioni nel campo delle professioni intellettuali consentono altresì di permettere l'esercizio di un diritto, quello dell'individuo di esprimere la propria personalità mediante l'esercizio di un'attività lavorativa (cfr. artt. 1, 2, 4 e 35 Cost.), che, a differenza di quello alla libertà del diritto di iniziativa economica – che presuppone l'interferenza dell'attività economica con altri valori costituzionali e che quindi è suscettibile di limitazioni anche significative – non può che essere considerato fondamentale.

Tale diritto, nel quadro della nostra Costituzione, non può però che essere bilanciato, con quello della collettività ad avere a che fare con professionisti preparati, principio a sua volta il più delle volte posto a protezione di diritti fondamentali (così, ad esempio, nel caso dell'avvocato a tutela del diritto di difesa, e nel caso del farmacista a tutela del diritto alla salute).

Per quanto riguarda l'avvocato, secondo la Cassazione a sezioni unite<sup>83</sup>, in base alla normativa comunitaria concernente il reciproco riconoscimento dei titoli abilitanti all'esercizio di una professione, il soggetto munito di un titolo equivalente a quello di avvocato conseguito in un Paese membro dell'Unione europea (nella specie, la Spagna), qualora voglia esercitare la professione in Italia, ha diritto ad essere iscritto nell'albo ordinario con il titolo di avvocato, senza necessità di sostenere alcuna prova attitudinale, e ciò in ragione del richiamo al principio della libertà di stabilimento e alle sentenze della Corte di Giustizia<sup>84</sup>. Pertanto, il soggetto munito di equivalente titolo professionale di altro Paese membro può chiedere l'iscrizione nella Sezione speciale dell'Albo italiano del foro nel quale intende eleggere domicilio professionale in Italia, utilizzando il proprio titolo d'origine (ad es., quello, spagnolo, di «*abogado*») e, al termine di un periodo triennale di effettiva attività in Italia, può chiedere di essere "integrato" con il titolo di avvocato italiano e l'iscrizione all'Albo ordinario. Attraverso tale

---

<sup>83</sup> Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2011, n. 28340, in *Corr. giur.*, 2012, p. 653, con nota critica di G. Di Federico, *L'iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti: la "via spagnola" e il divieto di abuso del diritto*.

<sup>84</sup> Corte Giust. 22 dicembre 2010, C-118/09, Koller; Corte Giust. 29 gennaio 2009, C-311/06, Cavallera; Corte Giust., 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*.

procedimento l'interessato è dispensato dal sostenere la "prova attitudinale", richiesta a coloro che (avvalendosi del meccanismo di cui alle direttive 89/48/Ce e 05/36/Ce) chiedono l'immediato riconoscimento del titolo di origine e l'immediato conseguimento della qualifica di avvocato. In base a tali principi la Cassazione ha riconosciuto l'illegittimità del rifiuto opposto dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Palermo alla domanda di da parte di un italiano *abogado* in Spagna di iscrizione nella Sezione speciale del locale Albo riservata agli Avvocati comunitari stabiliti.

Più recentemente le sezioni unite<sup>85</sup> (Cass. n. 4252 del 2016) hanno confermato questo orientamento di favore per l'avvocato stabilito affermando che in base alla normativa comunitaria volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale, i nostri consigli dell'ordine non possono chiedere all'avvocato stabilito il possesso del requisito, che pure è previsto dalla legislazione nazionale forense per i "nostri" avvocati, della condotta irrepreensibile.

E' evidente dunque che con questa decisione, la Cassazione, adeguandosi acriticamente a quanto deciso dalla Corte GUE, non ha ritenuto (o ha dimenticato) che il principio costituzionale, espresso dal comma 5 dell'art. 33 Cost., secondo cui "è prescritto un esame di Stato... per l'abilitazione all'esercizio *professionale*" è posto a tutela del diritto di difesa del cittadino ex art. 24 Cost., e quindi, assumendo dignità di principio fondamentale, dovrebbe prevalere rispetto ai principi di libera concorrenza e libertà di stabilimento dei lavoratori.

In effetti, il perseguimento della liberalizzazione delle professioni intellettuali (ossia la possibilità di far esplicitare a tutti la propria libertà di iniziativa economica e quindi il garantire una politica di concorrenza rigorosa) non va necessariamente a scapito dell'utilità sociale (ossia dei diritti fondamentali della collettività) ma al contrario, come era nell'idea del Costituente, la rafforza; e il perseguimento dell'utilità sociale, a sua volta, fornisce nuovo vigore ad una politica di liberalizzazioni, da intendersi appunto, non come mera *deregulation* ma come *razionalizzazione della regolazione* (ossia come eliminazione di tutte e solo quelle norme che impediscano un pieno sviluppo della concorrenza e che non siano poste a presidio di diritti fondamentali).

### 5. La tutela del risparmio e il diritto degli investitori ad essere informati

---

<sup>85</sup> Cass., SU, 15 marzo 2016, n. 5073, con nota critica di M. CHIARELLI, *Avvocato stabilito e dispensa dalla prova attitudinale*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 982.

Anche la tutela del risparmio ha trovato nel ventunesimo secolo nuova linfa e l'art. 47 Cost. e conseguentemente spesso citato dalla Corte costituzionale<sup>86</sup> e dalla Cassazione<sup>87</sup>, così proseguendosi e sviluppandosi un trend, iniziato già nel secolo scorso, volto ad incoraggiare e difendere il risparmio mediante l'introduzione di norme inderogabili a tutela dei risparmiatori-potenziali investitori volte a garantire la trasparenza e la verità delle informazioni nel mercato dei capitali. Nel ventunesimo secolo è ulteriormente accresciuta la consapevolezza dell'interesse pubblicistico alla tutela del risparmio, con la creazione delle numerose Authority che assumono, direttamente o indirettamente, un importante ruolo di garanzia in questo senso: si pensi soltanto non solo al ruolo della banca d'Italia ma anche a quello della Consob, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell'Ivass (la società di controllo delle assicurazioni)<sup>88</sup>. Le esigenze informative si sono estese in questo secolo dal campo strettamente societario a quello del mercato finanziario e del rapporto contrattuale squilibrato, che riguarda non solo il rapporto consumatore-professionista (si pensi al codice del consumo), ma anche quello tra professionista forte e professionista debole (si pensi soltanto alla figura del divieto di abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 e alla legge n. 129 del 2004 in tema di *franchising*)<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Cfr. ad esempio Corte cost. n. 116 del 2018 e 287 del 2016.

<sup>87</sup> Cass., S.U., 5 marzo 2020, n. 6324, secondo cui le controversie relative alle domande proposte da investitori e azionisti nei confronti delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e CONSOB) per i danni conseguenti alla mancata, inadeguata o ritardata vigilanza su banche e intermediari sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in rilievo la contestazione di poteri amministrativi, ma di comportamenti "doverosi" posti a tutela del risparmio, che non investono scelte ed atti autoritativi, essendo tali autorità tenute a rispondere delle conseguenze della violazione dei canoni comportamentali della diligenza, prudenza e perizia, nonché delle norme di legge e regolamentari relative al corretto svolgimento dell'attività di vigilanza, quali espressione del principio generale del "neminem laedere".

<sup>88</sup> Cfr. ad esempio Cass. 28 febbraio 2018, n. 4760, secondo cui è nullo per contrasto con norme imperative di legge, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. (cd. nullità "virtuale"), il contratto di deposito a risparmio concluso con soggetto professionalmente dedito all'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, ma privo dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria prescritta dall'art. 14 del d.lgs. n. 385 del 1993, stante la rilevanza del requisito soggettivo nella struttura dei contratti bancari, nei quali una delle parti è individuata indefettibilmente in una banca, e degli interessi pubblici sottesi alla riserva dell'attività bancaria alle imprese autorizzate, la cui tutela non può restare affidata esclusivamente alle sanzioni penali di cui agli artt. 130 e 131 del citato decreto; tale nullità per carenza di un requisito della fattispecie legale non osta tuttavia, in linea di principio, alla conversione ex art. 1424 c.c. ove il negozio sia idoneo a produrre gli effetti di altra fattispecie e previo accertamento, riservato in via esclusiva al giudice di merito, della volontà delle parti.

<sup>89</sup> M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, Europa dir. priv., 2020, 935, secondo cui il legislatore dei mercati finanziari si ritrova con una complessità che gli si presenta empiricamente come delusione dei risparmiatori per i prodotti finanziari acquistati; considera questa complessità secondo la misura generale che è propria di questo suo tempo e che non solo assume il mercato a regolatore

L'intuizione di Gambino, circa l'esigenza di tutela dell'aspettativa del risparmiatore che si affacci al mercato dei titoli emessi dalle società di capitali ad un reddito periodico e ad un pronto disinvestimento della partecipazione, agevole e non penalizzante è perfettamente realizzata con la riforma delle società di capitali (d.lgs. n. 6 del 2003) che ridimensiona il ruolo delle minoranze nell'assemblea a favore di nuove forme di tutela per mezzo di norme inderogabili relative all'informazione, nella acquisita consapevolezza che il socio di minoranza è disinteressato alla gestione della società: si pensi alla riduzione dei casi in cui è possibile impugnare le deliberazioni assembleari<sup>90</sup> e all'accentuazione del principio maggioritario<sup>91</sup>, nonché soprattutto alla disciplina degli artt. 2355-*bis*

---

universale delle relazioni economiche ma, ora, assume anche che i suoi fallimenti dipendano esclusivamente dal mancato dispiegamento suo e dei suoi presupposti; su questa base matura una veduta della delusione dei risparmiatori che la risolve in uno specifico tipo di problema, quello del difetto di una loro informazione atta a permettere al mercato finanziario di governare correttamente l'incontro di domanda e offerta; in dipendenza di questa veduta si prospetta la soluzione di siffatto problema in un principio regolativo che impone di superare il gap informativo subito dai risparmiatori; e di conseguenza costruisce le norme, ritagliandone le relative fattispecie in modo che intercettino la complessità che si lascia ricondurre ad un siffatto tipo di problema e riconnettendovi il rimedio, che solo gli appare appropriato, dell'imposizione di obblighi di informazione e di congrue sanzioni per la loro violazione. Ma la dipendenza di tutto questo dalla misura adottata emerge con chiarezza se si pensa che non è detto che tutti i fallimenti del mercato dipendano da un suo insufficiente dispiegamento, che non è detto che tutti gli inconvenienti subiti dai risparmiatori si possano prospettare solo come problemi scaturenti dalla loro deficitaria informazione; e soprattutto che non è detto che lo strumento degli obblighi informativi, che discende dal principio regolativo riferitogli, sia in grado di porvi rimedio; e che, perciò, non è detto, che non si possano immaginare altre misure, che producano altre vedute e altri tipi di problema e che diano luogo ad altre descrizioni cui siano connessi altri principi regolativi e dunque altri rimedi.

<sup>90</sup> Si raffronti ad esempio il nuovo art. 2377 c.c. (dettato in tema di s.p.a., ma cui rinvia l'art. 2479-*ter* c.c., contenuto all'interno della disciplina delle s.r.l.) con il vecchio testo e si noti, nel testo successivo alla riforma, sia la previsione di specifiche ipotesi in cui la deliberazione non può essere annullata, sia la necessità del possesso di una percentuale minima di capitale sociale per essere legittimati all'impugnazione. Cfr. G. CONTE, *Osservazioni sul nuovo regime di disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Contr. impr.*, 2003, 646, secondo cui, se è vero che con il d.lgs. n. 6 del 2003 le ipotesi di invalidità sono state ampliate, è altresì vero che lo strumento dell'invalidità è stato nel complesso depotenziato e la sua sfera di operatività ne risulta nel complesso ridotta. Tale riforma si giustifica per dare stabilità agli atti e certezza ai rapporti endosocietari ed extrasocietari: in questo senso cfr. G. OPPO, *Spunti problematici sulla riforma delle s.p.a.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 479; A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 881.

<sup>91</sup> Si confrontino infatti i vecchi testi degli artt. 2368 e 2369 c.c. con gli attuali per le s.p.a. e il vecchio art. 2486 c.c. con l'attuale art. 2479-*bis* c.c. per le s.r.l.. Ad esempio il nuovo art. 2368, co. 2, parte seconda, c.c., richiede la metà del capitale sociale quale *quorum* costitutivo e non anche deliberativo (come era nella previsione del vecchio testo dell'art. 2368 c.c. e come è tuttora per le altre tipologie di società di capitali), mentre per prendere le decisioni ritiene sufficiente il voto di due terzi del capitale rappresentato in assemblea. Cfr. sul punto C. ANGELICI, *La formazione della volontà societaria nell'assemblea e*

c.c.<sup>92</sup>: tale norma infatti ha introdotto la possibilità di vietare il trasferimento delle azioni, da un lato consentendo la facoltà di prevedere un divieto di alienazione delle azioni per un periodo massimo assai rilevante (cinque anni), dall'altro legittimando la presenza di clausole che sottopongono il trasferimento delle azioni introdotto al mero gradimento di organi sociali o di altri soci. In entrambi i casi è infatti prevista una facoltà di uscita dalla società in capo al socio che "subisce" il divieto di alienazione o la clausola di mero gradimento. Si deve altresì rilevare che l'art. 2355-*bis* c.c. pone, in alternativa al recesso, la possibilità che le azioni vengano acquistate dalla società o dagli altri soci, così evitando in quest'ultimo caso una perdita di patrimonio da parte della società, permettendo al contempo di realizzare lo scopo di consentire l'uscita del socio dalla stessa.

Inoltre, se con la riforma del 2003 il capitale sociale conserva un ruolo importante, e le norme relative allo stesso hanno ancora un forte carattere di imperatività, la centralità del suo ruolo si è indubbiamente attenuata, non solo in relazione all'aumento delle ipotesi legali di recesso ma soprattutto per la possibilità di prevederne delle altre statutariamente. La disciplina imperativa del capitale sociale è dunque minata e condizionata dai "capricci" dell'autonomia statutaria, che nel caso dovesse decidere di aumentare a dismisura le ipotesi di recesso provocherebbe il rischio di sottoporre a continue modifiche il capitale sociale, con conseguente inevitabile crisi del principio della sua tendenziale stabilità e fissità<sup>93</sup>.

---

*le decisioni dei soci*, in AA.VV., *Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*, in *Quad. notariato*, 2003, 31 ss. Tale nuova disciplina normativa si propone di offrire una maggiore adattabilità, riducendo la possibilità che possano essere impediti modifiche strutturali che il cambiamento dei tempi e la rapida evoluzione dei mercati potrebbero esigere, ma allo stesso tempo, inevitabilmente, comprime i diritti dei soci di minoranza. Il principio maggioritario costituisce una deroga ai principi generali sui contratti, che si fondano sul necessario consenso di tutti i contraenti per apporvi qualsiasi modifica. Tale deroga è stata introdotta per la prima volta in Europa con l'art. 14 della legge francese 23-29 maggio 1863; in Italia il principio maggioritario fa la sua comparsa con il codice di commercio del 1882.

<sup>92</sup> Anche nel caso dell'art. 2469 c.c. è attribuita la facoltà di recesso nel caso in cui sia stabilita l'intrasferibilità delle quote o siano inserite clausole di mero gradimento.

<sup>93</sup> Tale fenomeno è ancora più accentuato nelle s.r.l., dove infatti per i terzi la garanzia della solvibilità della società è affidata anche alla considerazione relativa alle persone dei soci. Cfr. L. DELLA TOMMASINA, *S.r.l. con capitale simbolico e «opportuni provvedimenti» per la gestione dell'impresa in perdita*, in *Riv. Società*, 2017, 365, secondo cui dell'attuale disciplina della s.r.l. si può da un lato enfatizzare il significato di rottura con il passato, che emerge con chiarezza dalla previsione sul capitale minimo, con cui l'ordinamento societario ha in effetti abdicato all'obiettivo di tracciare una *soglia di serietà* in funzione dell'accesso al tipo. Del pari evidenti sono però anche i profili di continuità, che trovano espressione nel congegno di cui all'art. 2463, co. 5, c.c.: disposizione dalla quale emerge che non è mai stata abbandonata l'idea che la costruzione di un vincolo sul netto, funzionale a dotare la società di un investimento collettivo almeno pari alla soglia di cui all'art. 2463, co. 2, n. 4, c.c. (diecimila euro), costituisca elemento coerente con la mobilitazione di strutture imprenditoriali a responsabilità limitata. L'Autore rileva altresì l'esistenza di altri strumenti a tutela del capitale sociale, come la previsione di cui

Peraltro, se l'ampliamento delle ipotesi legali di recesso sembra in molti casi connesso a modifiche intervenute in altri luoghi del diritto societario, in molte altre ipotesi tale ampliamento è determinato dalla volontà di attrarre investimenti, di attribuire un più agile e efficace potere alla maggioranza di prendere le decisioni e di consentire significative limitazioni alla circolazione delle partecipazioni<sup>94</sup>. Tale ampliamento non si presentava però come una scelta necessitata: il legislatore avrebbe potuto decidere di ampliare i poteri della maggioranza e al contempo di mantenere inalterato il novero delle ipotesi di recesso, in nome di una difesa a tutti i costi del principio della integrità del capitale sociale. E' vero dunque che la nuova disciplina del recesso è la risposta all'allargamento dei poteri della maggioranza, ma costituisce anche un'autonoma decisione del legislatore di favorire l'*exit* al fine di attrarre investimenti. La disciplina del recesso ha dunque con la riforma perso, se pure mai lo ha avuto in passato, il carattere dell'eccezionalità, che ne avrebbe impedito l'applicazione in via analogica.

Quanto alle s.p.a. quotate in un mercato regolamentato esse godono di una disciplina significativamente distinta rispetto alle s.p.a. "chiuse". La disciplina è diversa anche con riferimento al recesso: solo nelle s.p.a. "aperte" infatti non è attribuito all'autonomia statutaria il potere di prevedere ipotesi di recesso ulteriori rispetto a quelle legali e non è consentito il recesso nel caso di società costituita a tempo indeterminato. Questa differenza si spiega in ragione della ben maggiore possibilità per i soci delle società aperte di uscire dalla società mediante alienazione delle azioni.

Deve allora ritenersi che il legislatore abbia attribuito, nelle società di capitali "chiuse", attraverso un'articolata disciplina legale che lascia un'ampia discrezionalità all'autonomia statutaria, la facoltà di modulare i casi di uscita dalla società in relazione alle specifiche esigenze della stessa, che può scegliere di privilegiare o le esigenze di finanziamento, aumentando le ipotesi di legittimo recesso dalla società<sup>95</sup>, o quelle al mantenimento del patrimonio e dell'originaria compagine sociale<sup>96</sup>, circoscrivendo

---

all'art. 2482-*bis*, comma 1, c.c., che obbliga gli amministratori a informare «senza indugio» l'assemblea di s.r.l. dell'esistenza di una perdita di capitale superiore al terzo.

<sup>94</sup> Cfr. sul tema dei nuovi poteri che ha la maggioranza a seguito della riforma G. A. RESCIO, *Regolamentazione statutaria dell'investimento azionario: unanimità o maggioranza nell'introduzione della clausola di drag-along?*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 1050; sull'applicabilità in via analogica della disciplina del recesso dalle società di capitali alle società di persone organizzata in maniera che il contratto sociale sia modificabile a maggioranza cfr. invece M. NOTARI, *Aumento di capitale nelle società di persone, tra diritto di opzione e diritto di recesso*, *Riv. notariato*, 2012, I, 1, 525.

<sup>95</sup> Si corre però in tal caso il rischio della depatrimonializzazione, che si cerca di contenere cercando di favorire strumenti di uscita alternativi rispetto al recesso, quali l'acquisto delle azioni da parte degli altri soci

<sup>96</sup> In termini economico-aziendalistici si realizza un *trade-off* tra libertà di recesso e barriere all'uscita: il punto di equilibrio sarà ricercato facendo riferimento alle esigenze economiche di recuperabilità degli

la facoltà di recesso alle sole ipotesi inderogabili e prevedendo vincoli alla circolazione delle partecipazioni nella misura più ampia consentita dalla legge; per le s.p.a. quotate nei mercati regolamentati si è invece ritenuto sufficiente a garantire l'*exit* al socio la possibilità di alienare agevolmente le proprie azioni, esistendo un mercato delle stesse facilmente accessibile.

A seguito della riforma del diritto societario del 2003, gli artt. da 2437 a 2437-*sexies* c.c. da un lato e l'art. 2473 c.c. dall'altro disciplinano rispettivamente il recesso dei soci da una s.p.a. e da una s.r.l.

<sup>97</sup>.

---

investimenti, in relazione all'entità degli stessi e alla loro specificità rispetto all'attività sociale e all'impatto del recesso sulla continuità in vita della società.

<sup>97</sup> Prima della riforma, il recesso dalle s.p.a. era regolato da un solo articolo, il 2437 c.c., mentre nessuna norma in tema di recesso era stabilita all'interno della disciplina delle s.r.l. In particolare, secondo la versione originaria dell'art. 2437 c.c., *hanno il diritto di recesso soltanto i soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società o il trasferimento della sede sociale all'estero*. Tale norma era suscettibile di applicazione anche alle s.r.l., in virtù del richiamo in via generale alla disciplina delle s.p.a. Cfr., fra i tanti che hanno espresso il concetto del rilievo del tutto marginale svolto dal recesso nel codice del 1942 prima della riforma, T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 169, secondo cui il legislatore aveva cercato un punto di incontro tra interessi di gruppo e tutela del singolo, decisamente a sfavore di quest'ultimo; A. SCIALOJA, nota a App. Firenze, 9 novembre 1947, in *Foro it.*, 1948, I, 332, secondo cui una più ampia facoltà di recesso ne avrebbe accentuato la forza disgregatrice; C. GANDINI, *Modificazioni dell'atto costitutivo nella società di capitali: recesso, aumento di capitale e diritto di opzione*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 728. Il codice del 1942, nell'intento di evitare l'inconveniente, insito nel recesso, di diminuire la capacità economica della società (cfr. in questo senso la relazione al codice civile, § 993), costringendola a rinunciare ad una parte del proprio capitale per rimborsare le partecipazioni dei soci recedenti, aveva ancor più limitato i casi di recesso ammessi dall'art. 158 del codice di commercio del 1882, secondo cui i soci dissenzienti dalle deliberazioni concernenti la fusione con altre società, la reintegrazione o l'aumento del capitale stesso, il cambiamento dell'oggetto sociale, la proroga della durata della società, hanno diritto di recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle loro quote od azioni in proporzione dell'attivo sociale secondo l'ultimo bilancio approvato (cfr. M. ROSSI, *Il diritto di recesso dalla s.p.a. prima della riforma del diritto societario (art. 2437 c.c.)*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 549). Era dunque già affermato il principio di modificabilità a maggioranza del contratto sociale nelle società di capitali: cfr. sul diritto di recesso del socio durante la vigenza del codice di commercio del 1882 G. FRÈ, *Sul diritto di recesso*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 635; C. VITERBO, *Il diritto di "recesso" verso la sua fine*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 289, che sottolineava le conseguenze nefaste che l'abuso di un tale diritto poteva esercitare sulla società (piuttosto che evidenziarne la funzione di garanzia per il singolo socio) e concludeva per un necessario confinamento dell'istituto all'interno di limiti molto rigorosi. L'idea di fondo era dunque quella di concedere il recesso solo al socio che, dopo aver investito denaro in una società avente un determinato scopo, avesse potuto trovarsi travolto e inserito in una società completamente diversa (Relazione Mancini al codice del 1882). Successivamente, soprattutto con l'emanazione della legge del 1° aprile 1915 n. 431. Tale legge, che sospendeva il diritto di recesso limitatamente alle fusioni e agli aumenti di capitali deliberati entro lo stesso anno di entrata in vigore del provvedimento (A. SCIALOJA, *La lunga storia di una breve legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 302), fu oggetto di un forte dibattito tra chi, da un lato, contestava la legge asserendo che il recesso è l'unica garanzia, anzi l'unico diritto spettante alle minoranza, e chi, invece, dall'altro lato,

Secondo la legge delega per la riforma del diritto delle società di capitali<sup>98</sup>, sono due i punti centrali attorno ai quali ruota l'istituto del recesso societario: da un lato lo sforzo di impedire che la società perda parte del suo patrimonio (infatti, solo se né i soci rimanenti né i terzi decidono di acquistare la quota del socio recedente è la società stessa che è costretta a rimborsare al socio uscente il valore della sua quota, subendo così un corrispondente impoverimento del proprio patrimonio) e dall'altro l'esigenza di finanziamento della stessa, testimoniata dal notevole ampliamento delle cause di recesso - sia di quelle inderogabili previste dalla legge sia attribuendo notevole spazio all'autonomia dei soci nel prevederne delle altre - con l'obiettivo di incentivare i potenziali investitori ad acquistare azioni di s.p.a. non quotate o quote di s.r.l. con la tranquillità di sapere che l'investimento potrà essere agevolmente recuperato tramite recesso, così come avviene nelle società quotate attraverso la vendita delle azioni sul mercato borsistico.

Il legislatore della riforma, sulla scia della legge delega, ha nel complesso inteso ampliare l'ambito in cui può dispiegarsi il diritto di recesso, quale strumento volto a "consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale" (legge 3 ottobre 2001, n. 366, art. 3, comma 2, lett. c e art. 4, comma 5, lett. a), ed in definitiva ha inteso favorire il disinvestimento allo scopo di promuovere l'investimento in società.

---

riteneva assurdo indebolire la grande forza collettiva delle società anonime per un'eccessiva cura degli interessi o dei capricci di minuscoli azionisti.

<sup>98</sup> Secondo l'art. 3, comma 2, lett. f), della legge delega 3 ottobre 2001 n. 366, il decreto legislativo delegato ha, in tema di s.r.l., il compito di ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del contenuto e del trasferimento della partecipazione sociale, nonché del recesso, salvaguardando in ogni caso il principio di tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali; prevedendo comunque la nullità delle clausole di intrasferibilità non collegate alla possibilità di esercizio del recesso; in tema di s.p.a. invece l'art. 4, comma 9, lett. d) dovrà porsi l'obiettivo di rivedere la disciplina del recesso, prevedendo che lo statuto possa introdurre ulteriori fattispecie di recesso a tutela del socio dissenziente, anche per il caso di proroga della durata della società, individuando in proposito criteri di calcolo del valore di rimborso adeguati alla tutela del recedente, salvaguardando in ogni caso l'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali. Cfr. Cass., 1° giugno 2017, n. 13875, secondo cui la disciplina del recesso si inserisce nel quadro di una complessiva rivisitazione della disciplina del recesso del socio realizzata attraverso il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e già perseguita dalla che prevedeva l'introduzione nello statuto di "ulteriori fattispecie di recesso a tutela del socio dissenziente", individuando criteri di calcolo del valore di rimborso "adeguati alla tutela del recedente", pur salvaguardando "il principio della tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali". Già da tale variegato nuovo contesto emerge l'inattualità dell'approccio interpretativo formatosi nei riguardi del previgente testo di legge, il quale faceva leva sul carattere di tassatività della previsione legale, orientamento che può riassumersi nella massima secondo cui: "Il diritto di recesso del socio... integra un'eccezione al principio generale della obbligatorietà, per tutti i soci, delle deliberazioni assembleari prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, e, pertanto, non è suscettibile di estensione ad ipotesi diverse da quelle espressamente contemplate" (Cass. 28 ottobre 1980, n. 5790).

In ogni caso il recesso non sembra perdere un suo aspetto di disvalore, dal momento che comporta pur sempre la depatrimonializzazione della società: pertanto esso tende, per quanto possibile, ad essere sostituito dall'alienazione delle azioni (si è detto degli art. 2355-*bis* c.c. e dell'art. 2437-*quater* c.c. per le s.p.a. e dell'art. 2473, co. 4 c.c. per le s.r.l.). Al contempo il recesso è reso competitivo rispetto all'alienazione delle azioni quale strumento alternativo di *exit* in virtù di una tendenziale corrispondenza del valore di liquidazione delle azioni a quello di mercato (cfr. in questo senso l'art. 2437-*ter* c.c.): ecco dunque che nella riforma delle società di capitali avviene la sintesi del pensiero di Gambino, sensibile alle esigenze da un lato delle società di capitali a disporre di un congruo patrimonio sociale che possa adeguatamente sopperire alle esigenze di garanzia dei terzi determinate dalla limitazione di responsabilità di cui godono i soci e dall'altro dei risparmiatori a poter agire sul mercato finanziario con la sicurezza di poter disporre di informazioni corrette fornite da soggetti professionali e della possibilità di un pronto disinvestimento al prezzo di mercato.

### 6. Riservatezza societaria e tutela della privacy dei soci

Si assiste nel ventunesimo secolo al tramonto del tradizionale principio della riservatezza societaria (si pensi alla società anonima per azioni, denominazione che persiste ancora in molti Stati, mentre da noi è la quotazione sui mercati regolamentati a conferire ai soci il carattere di anonimato, ma le disposizioni antimafia e antiriciclaggio stanno sempre più limitando tale possibilità); e semmai le esigenze di riservatezza si sono spostate dalla tutela dell'interesse economico del socio a non far sapere all'esterno in merito alla sua partecipazione alla società alla tutela del diritto personalissimo alla *privacy* dei soci<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> Cass. 21 ottobre 2019, n. 26778, secondo cui è nulla, per violazione di norme imperative, la clausola contrattuale con cui la banca subordina l'esecuzione delle proprie prestazioni al previo rilascio da parte del cliente del consenso al trattamento dei dati personali sensibili in quanto tale previsione contrasta con i principi informatori della legge sulla "privacy" ed in particolare con il principio di minimizzazione nell'uso dei dati, ex art. 3 del d.lgs. n. 196 del 2003 che contiene precetti non derogabili dall'autonomia privata, essendo posti a tutela di interessi generali e di valori morali e sociali riconosciuti dall'ordinamento. (Nella specie, la banca aveva bloccato l'operatività del conto e del deposito titoli del cliente che non aveva autorizzato il trattamento dei dati, peraltro non necessari per le operazioni, richiesti dalla banca adducendo genericamente la "policy" aziendale e ragioni di cautela). La normativa Europea per la protezione dei dati personali, *General Data Protection Regulation* (GDPR) EU 2016/679, pone con forza all'attenzione delle imprese e della società il tema della protezione dei dati personali e della sicurezza delle informazioni, imponendo alle organizzazioni pubbliche e private l'adozione di sistemi per la protezione dei dati personali trattati che siano efficaci nel garantire ai titolari di tali dati un

In effetti, dopo la seconda guerra mondiale, il diritto alla *privacy* venne riconosciuto in due importanti fonti internazionali. La prima è la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea delle Nazioni Unite a New York, il cui art. 12 statuisce che “nessun individuo può essere sottoposto ad interferenze nella sua vita privata”. La seconda è l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950, la quale riconosce “il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata e familiare”. Successivamente, il 28 gennaio 1981 è stata firmata a Strasburgo la Convenzione sul rispetto delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, resa esecutiva in Italia con legge 21 febbraio 1989, n. 98.

Nel celeberrimo conflitto di attribuzione che ha visto opposti la Procura di Palermo al Presidente della Repubblica in merito all'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche in cui era parte quest'ultimo<sup>100</sup>, la Corte costituzionale, nel risolvere il conflitto a favore del Presidente della Repubblica in ragione delle superiori esigenze di riservatezza che fanno capo a quest'ultimo, ha affermato che la “*garanzia della riservatezza*” è un “*principio generale valevole per tutti i cittadini, ai sensi dell'art. 15 Cost.*” e che sussiste un “*generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (quali la libertà di religione, il diritto di difesa, la tutela della riservatezza su dati sensibili ed altro)*”. Dunque è esplicitamente affermato che il diritto alla riservatezza riguarda tutti i cittadini, che ha fondamento costituzionale nell'art. 15 Cost. ed che una sua estrinsecazione consiste nella tutela della riservatezza sui dati sensibili.

*la giurisprudenza costituzionale in materia, pur nel quadro di una progressiva valorizzazione di tale diritto, ha sempre sottolineato la necessità di bilanciarne la tutela con la salvaguardia di altri interessi costituzionalmente rilevanti. Significative, in tale prospettiva, sono le pronunce di questa Corte, ancorché risalenti, intervenute sul punto, le quali sottolineano la necessità che la «sfera di riservatezza» sia «rispettata nei limiti in cui lo consenta la tutela degli interessi della collettività nel campo della sicurezza, dell'economia e della finanza pubblica» (sentenza n. 121 del 1963), ovvero precisano come non possa affatto escludersi che, «nella vita privata e familiare», possa «aversi ingerenza della pubblica*

---

livello di protezione adeguato alle diverse categorie di dati trattati, a seconda che siano o no classificati come dati sensibili.

<sup>100</sup> Corte cost. n. 1 del 2013. Secondo la Corte costituzionale infatti, il diritto alla riservatezza è un diritto inviolabile dell'uomo, riconducibile agli artt. 2 e 15 Cost. E' da notare che il termine riservatezza è assente dall'art. 15 Cost.; tuttavia, a seguito della riforma del giusto processo, la legge costituzionale n. 2 del 1999 ha introdotto un nuovo art. 111 Cost., il cui comma 3 stabilisce che “*nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico*”, a dimostrazione che con il tempo è sempre maggiormente avvertita l'esigenza sociale di una tutela contro l'altrui curiosità (sulla circostanza che con il tempo sai più pressante l'esigenza di dare al diritto fondamentale alla riservatezza una tutela più intensa si veda la qui di seguito riportata sentenza n. 173 del 2009).

*autorità», a condizione che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca «una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e la prevenzione delle infrazioni penali, la protezione dei diritti e delle libertà altrui»<sup>101</sup>.*

Nel ventunesimo secolo dunque si è definitivamente accantonata l'idea che il perno centrale della tutela delle minoranze sia costituita dalla possibilità di far valere la proprie opinioni e le proprie idee in assemblea, come anche viene ridimensionato l'interesse per lo studio dell'interesse sociale da intendersi quale punto di mediazione tra gli interessi della maggioranza e della minoranza, e tale interesse semmai si arricchisce e si colora delle istanze i cui sono portatori soggetti terzi rispetto alla società, quali i lavoratori, coloro che abitano nelle vicinanze delle industrie, i consumatori<sup>102</sup>. Anche il problema costituito dal possibile abuso della maggioranza consistente nel negare la distribuzione degli utili si stempera perché l'investitore non cerca tanto un guadagno derivante dalla riscossione degli utili quanto quello proveniente dall'accresciuto valore delle azioni, cosicché oggi più che mai vale la considerazione di Gambino secondo cui al portatore disorganizzato di capitali nelle società non interessa se la direzione dell'iniziativa economica avvenga per via assembleare o attraverso direttive extrassembleari di gruppo, ma piuttosto se egli riceva una piena e corretta informazione della gestione societaria, delle prospettive economico-patrimoniali dell'iniziativa economica e dei suoi prevedibili risultati. Pertanto, accanto ad una forte attenuazione delle norme inderogabili nell'ambito dell'organizzazione societaria, si accompagna una solida disciplina inderogabile non solo relativamente all'informazione societaria e ai mercati finanziari ma anche quanto alla disciplina dei contratti asimmetrici.

La Cassazione<sup>103</sup> ha proposto alla Corte di giustizia due questioni riguardanti il trattamento dei dati personali contenuti nel registro delle imprese che, secondo quanto previsto dall'art. 6, lett. e), della direttiva 46/95/CE, attuata in Italia con il d.lgs. n. 196 del 2003, cd. codice della *privacy*, possono essere custoditi, elaborati e pubblicizzati solo per il tempo strettamente necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono stati acquisiti. La Cassazione si chiede se tale disciplina di derivazione comunitaria, posta a protezione della riservatezza e del conseguente diritto all'oblio, debba prevalere sul sistema di pubblicità commerciale istituito con il registro delle imprese, pure di derivazione comunitaria, che prevede anche per le persone fisiche la conservazione dei dati rilevanti senza limiti di tempo e se, dunque, anche tali dati non debbano invece essere disponibili per un periodo di tempo limitato e in favore di destinatari determinati. Premesso che scopo della pubblicità commerciale è quello di rendere

---

<sup>101</sup> Corte cost. n. 165 del 2008.

<sup>102</sup> M. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, I, 992.

<sup>103</sup> Cass. 17 luglio 2015, n. 15096.

noto oppure opponibile un certo fatto giuridico, al fine della sicurezza dei traffici giuridici e del mercato, che solo il nucleo essenziale di ogni diritto fondamentale è insopprimibile e che anche gli interessi del mercato hanno una rilevanza tale da poter determinare una limitazione dei diritti fondamentali, il problema prospettato dalla Cassazione alla Corte di Giustizia è dunque quello di come operare il corretto bilanciamento tra trasparenza dei traffici commerciali e il diritto fondamentale alla riservatezza e alla protezione dei dati personali<sup>104</sup>. La Corte di Giustizia<sup>105</sup>, dopo aver sottolineato la centralità e l'importanza della pubblicità commerciale, nel rispondere alla Cassazione ha però affermato che spetta ai singoli Stati membri determinare se le persone fisiche possano chiedere all'autorità incaricata della tenuta del registro delle imprese di verificare, in base ad una valutazione da compiersi caso per caso, se sia eccezionalmente giustificato, per ragioni preminenti e legittime connesse alla loro situazione particolare, decorso un periodo di tempo sufficientemente lungo dopo lo scioglimento della società interessata, di limitare l'accesso ai dati personali ai soli terzi che dimostrino un interesse specifico alla loro consultazione. Tale interpretazione del diritto europeo costituisce, secondo la Corte di Lussemburgo, un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco perché, pur salvando nella sostanza l'attuale sistema di pubblicità commerciale, non sfocia in un'ingerenza sproporzionata nei diritti fondamentali delle persone interessate, ed in particolare nel loro diritto al rispetto della vita

---

<sup>104</sup> Cfr. Cass. 19 marzo 2019, n. 7709, secondo cui nell'ambito dei servizi delle società dell'informazione, la responsabilità in materia di eliminazione dei contenuti nell'ambito del c.d. *caching*, attività consistente nel trasmettere su una rete di comunicazione informazioni fornite da un destinatario del servizio, disciplinata dall'art. 15 del d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore di servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, quando l'autorità amministrativa o giurisdizionale gli abbiano intimato di procedervi; diversamente, al prestatore del servizio che fornisca una mera attività neutrale di *caching*, la legge non richiede di rimuovere spontaneamente determinati contenuti sol perché reso edotto della loro natura illecita mediante una diffida extragiudiziale o la proposizione di una domanda giudiziale; cfr. Cass. 8 aprile 2014, n. 8184, secondo cui ai sensi dell'art. 28 del "codice in materia di protezione dei dati personali", il titolare del trattamento è la persona giuridica, non il legale rappresentante o l'amministratore, sicché, qualora nella gestione dell'azienda sanitaria che tratti dati sensibili dei pazienti sia subentrata, a titolo di affitto, una società con personalità giuridica, questa diventa titolare del trattamento e, come tale, deve effettuare la notificazione ai sensi dell'art. 37 del "codice della privacy", non rilevando che l'amministratore della società affittuaria sia la medesima persona fisica avente qualità di legale rappresentante della società affittante, né che quest'ultima abbia provveduto alla notifica di trattamento quando esercitava direttamente l'attività sanitaria.

<sup>105</sup> Corte Giust. UE, 9 marzo 2017, C-398/15.

privata nonché nel loro diritto alla tutela dei dati personali, garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza, in ragione del limitato numero di dati personali pubblicizzati dal registro<sup>106</sup>.

#### 7. Principio consensualistico, neoformalismo e *smart contracts*

Mentre nel ventesimo secolo la giurisprudenza, al fine di dare immediata e piena efficacia alle negoziazioni di azioni, è addivenuta ad una attenuazione del principio della realtà nel trasferimento dei titoli azionari applicando anche ad esso il principio consensualistico in quanto più rapido e più rispondente all'esigenza di una celere circolazione della ricchezza e ritenendo il *transfert* mero strumento di legittimazione nei confronti della società<sup>107</sup>, si assiste oggi ad un ritorno della solennità delle forme, per le meno nel campo dei contratti conclusi con i professionisti e quindi caratterizzati da uno squilibrio di potere contrattuale, tanto che si parla di “neoformalismo”, presidiato dalla presenza in tale direzione di norme inderogabili<sup>108</sup>. Sempre più spesso è infatti oggi previsto che il contratto tra un soggetto forte ed uno debole debba essere stipulato in forma scritta, pena altrimenti la nullità del contratto stesso. Il presupposto di tale tutela è che la forma scritta offre al soggetto debole una superiore certezza e conoscibilità dei propri diritti e obblighi contrattuali<sup>109</sup>. In effetti quest'ultimo è il più delle volte quasi del tutto all'oscuro della specifica materia del contratto – spesso estremamente tecnica, come nel caso dei contratti finanziari – nonché tendenzialmente meno attrezzato per far valere in giudizio le proprie posizioni soggettive.

---

<sup>106</sup> Cass. 9 agosto 2017, n. 19761, secondo cui in tema di trattamento dei dati personali, ai sensi dell'art. 8 della CEDU nonché degli artt. 7 e 8 della cd. "Carta di Nizza", l'interessato non ha diritto ad ottenere la cancellazione dei dati iscritti in un pubblico registro ed è legittima la loro conservazione quando essa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

<sup>107</sup> Lo affermavano marginalmente già Cass., 18 ottobre 1970, n. 1549, in *Giur. it. Mass.*, 1970, e Cass., 1° febbraio 1974, n. 271, in *Dir. fall.*, 1974, II, p. 1105 s., e lo dichiara oggi espressamente Cass., 5 settembre 1995, n. 9314, in *Società*, 1996, p. 171 ss. V. inoltre Trib. Milano, 8 maggio 1989, in *Società*, 1989, 721 ss.

<sup>108</sup> L. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011, 165.

<sup>109</sup> E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza negoziale*, *Contr. impr.*, 2005, 592; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2002, 29; F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 57, il quale evidenzia che la forma scritta ha finalità informative atte a garantire maggior certezza e conoscibilità dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Il c.d. “neoformalismo” nasce proprio da una ponderazione di interessi, a seguito della quale si è ritenuto di dover far prevalere, sulla ricordata potenziale rapidità della circolazione delle ricchezze (un contratto concluso a voce o comunque senza la presenza della *res* si conclude più velocemente che per iscritto), la tutela del soggetto debole, nella consapevolezza che la forma scritta, garantendo certezza, trasparenza, maggiore sicurezza della formazione del consenso, contribuiscono a trasmettere fiducia alla parte debole, la quale viene così incoraggiata a contrattare. Il vincolo di forma dunque finisce per essere un mezzo più efficace della circolazione della ricchezza di quanto non possa essere la libertà delle forme, che permette sì di concludere più rapidamente il contratto, ma che scoraggia il contraente debole dal concluderlo.

Se poi il ventunesimo secolo può ben dirsi essere come il secolo di internet, mezzo poderoso nel mettere in contatto i soggetti del mercato, nel facilitare le contrattazioni e nel creare esso stesso dei mercati, il presente secolo sembra anche essere quello degli smart contracts (contratti intelligenti).

In effetti, con l'approvazione della legge n. 12 del 2019, che ha convertito in legge il decreto legge n. 135 del 2018 (c.d. Decreto Semplificazioni) recante “disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione”, il Legislatore ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento le nozioni rispettivamente di ‘tecnologie basate su registri distribuiti’ e di ‘smart contract’.

Le prime sono “le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili”, mentre il secondo consiste in “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”<sup>110</sup>: gli smart contracts dunque costituiscono programmi informatici che, a differenza di internet, non costituiscono una tecnica per mettere in contatto le parti ma rappresentano loro stessi il contratto, in cui l’uso della tecnologia elimina alla radice il rischio dell’inadempimento e dell’errore ma che tuttavia non determinano il superamento dello strumentario civilistico dei contratti, in quanto la novità è costituita solo dalla circostanza che il profilo “umano”

---

<sup>110</sup> S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella legge n. 12 del 2019*, in *Dir. inf. inform.*, 2021, 369.

della manifestazione della volontà si sposta più a monte, al momento della scelta di tale strumento<sup>111</sup>. Pertanto, quando tale scelta venga compiuto in un rapporto tra un professionista e un soggetto debole, andrà applicata tutta la disciplina a favore di quest'ultimo (il codice del consumo quando si tratti di rapporto professionista-consumatore, ma ben può pensarsi al testo unico bancario o a quello dell'intermediazione finanziaria quando il soggetto debole sia il cliente, rispettivamente della banca o dell'intermediario finanziario) e non solo quella classica contenuta nel codice civile relativa a dolo, errore e violenza (artt. 1439 cod. civ. ss.), propria invece della scelta dello smart contract ad opera di soggetti posti sullo stesso piano (ossia o entrambi professionisti o entrambi consumatori). E in effetti fenomeni quali la standardizzazione, l'oggettivizzazione e la disumanizzazione dei contratti non costituiscono certo fenomeni nuovi ma concetti che erano già ben presenti agli studiosi dei contratti già nel secolo scorso<sup>112</sup>, che da sempre hanno sempre evidenziato l'estrema flessibilità e adattabilità dello strumento contrattuale e gli ampi spazi lasciati dall'art. 1322 cod. civ. all'autonomia contrattuale<sup>113</sup>.

### 8. La tutela del mercato nella prospettiva dell'Unione europea

Deve inoltre considerarsi che non considerare la libertà di iniziativa economica come un diritto fondamentale ha poco senso, e forse è addirittura erroneo. Occorre infatti ricordare che con la piena integrazione dell'Italia nell'ordinamento giuridico europeo, che trova un sicuro fondamento costituzionale negli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. - la Corte costituzionale ha inevitabilmente perso la sua centralità e la sua egemonia nel sistema della costruzione della gerarchia delle fonti e soprattutto nel decidere circa l'*an* e il *quantum* della comprimibilità dei diritti. La Corte di Giustizia ha infatti affermato, con il comunicato stampa dell'8 maggio 2020 – a proposito della sentenza emessa dalla Corte costituzionale tedesca il 5 maggio 2020<sup>114</sup> – vertente sul programma di acquisti di titoli pubblici della Banca centrale europea – che, in base a una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, una sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte di Lussemburgo vincola il giudice nazionale per la soluzione della controversia

---

<sup>111</sup> R. PARDOLESI, *"Smart contract": lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Liber amicorum di Guido Alpa*, Cedam, Padova, 2019, 289, Autore secondo cui gli *smart contracts* probabilmente non sono davvero così smart e neppure davvero in grado di rivendicare a tutto tondo un'identità contrattuale.

<sup>112</sup> Così A.M. BENEDETTI, *Atti relativi al Convegno organizzato dalla Scuola superiore della Magistratura in tema di rapporti patrimoniali e nuove tecnologie*, Napoli, Castel Capuano, 28 marzo 2022; analogamente N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1998, 364.

<sup>113</sup> M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2021, 46; E. SEVERINO, N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, *Contr. impr.*, 2018, 12.

<sup>114</sup> Bundesverfassungsgericht, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15.

dinanzi ad esso pendente. Per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, solo la Corte di giustizia, istituita a tal fine dagli Stati membri, è competente a constatare che un atto di un'istituzione dell'Unione è contrario al diritto dell'Unione. Eventuali divergenze tra i giudici degli Stati membri in merito alla validità di atti del genere potrebbero compromettere infatti l'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e pregiudicare la certezza del diritto. Al pari di altre autorità degli Stati membri, i giudici nazionali sono obbligati a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione. Solo in questo modo può essere garantita l'uguaglianza degli Stati membri nell'Unione da essi creata. Anche nei confronti dell'Italia – nella famosa vicenda Taricco – la Corte di Lussemburgo ha affermato la supremazia del diritto dell'Unione europea su quello dei singoli Stati nazionali. Infatti, con sentenza della Corte costituzionale n. 24 nel 2017 si era investita la Corte di Giustizia della questione relativa alla compatibilità del contenuto della sentenza Taricco del 2015 della Corte di Giustizia<sup>115</sup>, ispirata dal fine di dare prevalenza agli interessi economici dell'Unione europea sui principi fondamentali della nostra Costituzione in tema di principio di legalità nel diritto penale. Tale sentenza della Corte di Lussemburgo infatti ha “allungato” i termini di prescrizione dei reati di frode fiscale - commessi in Italia ma di rilevanza comunitaria perché riguardanti l'IVA, che contribuisce a finanziare l'Unione europea - così dettando – mediante una sentenza della Corte di Giustizia oltretutto caratterizzata da una certa indeterminatezza delle situazioni cui si riferisce - una disciplina penalistica più sfavorevole al reo, nonostante in Italia la prescrizione sia un istituto avente carattere di diritto sostanziale, come tale riservato alla competenza del legislatore statale e soggetto al principio – di diretta derivazione costituzionale (art. 25 Cost.) di legalità nelle sue esplicazioni della sufficiente determinatezza della norma e dell'irretroattività della legge penale più sfavorevole<sup>116</sup>. La Corte costituzionale, con la poc'anzi citata sentenza del 2017, afferma dunque con forza l'importanza dei diritti fondamentali dell'uomo, che possono essere compressi ma non esclusi quando entrano in bilanciamento con altri valori, quali quelli economici dell'Unione.

La nostra Corte costituzionale è dunque molto attenta ad affermare la supremazia dei diritti

---

<sup>115</sup> [Corte Giust. UE, Grande sezione, 8 settembre 2015](#), in causa C-105/14, Taricco.

<sup>116</sup> La Corte di giustizia ha affermato che l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, comma 2, c.p. in tema di prescrizione dei reati quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frodi fiscali gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

fondamentali, anche se, per ragioni di galateo istituzionale, talvolta tale supremazia<sup>117</sup> non viene completamente esplicitata nelle motivazioni, come nel caso della c.d. sentenza Alitalia n. 270 del 2010<sup>118</sup>, che, senza una affermazione esplicita in tal senso, nel ritenere legittima la fusione tra Alitalia e Air One che impedì la messa in liquidazione della prima, ha però in concreto sancito la prevalenza del diritto fondamentale al lavoro sulle rigide norme in tema di concorrenza non solo nazionali ma anche dell'Unione europea, che avrebbero impedito - con conseguente perdita di posti di lavoro - la fusione tra le due maggiori compagnie aeree italiane, in quanto tale fusione integrava a tutti gli effetti una concentrazione anticoncorrenziale.

Tornando alla vicenda Taricco, in risposta alla citata sentenza della Consulta n. 24 del 2017, la Corte di Giustizia, con sentenza della grande sezione del 5 dicembre 2017, C-42/17, ha riconosciuto nel caso specifico le ragioni della Corte costituzionale, affermando che l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile,

---

<sup>117</sup> Normalmente per ragioni di "galateo internazionale": cfr. Corte cost. n. 238 del 2014, secondo cui occorre tenere conto della prospettiva di realizzazione dell'obiettivo del mantenimento di buoni rapporti internazionali, ispirati ai principi di pace e giustizia, in vista dei quali l'Italia consente a limitazioni di sovranità in ragion dell'art. 11 Cost.

<sup>118</sup> La (possibile) prevalenza (o perlomeno il necessario bilanciamento) dei diritti fondamentali sulla disciplina dell'Unione europea è così affermata in tale sentenza con la quale la Corte costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità della norma che, consentendo la fusione tra Alitalia e Air One, deroga alla disciplina antitrust delle concentrazioni tra imprese): la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario, in particolare con il principio che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lett. g, del Trattato sull'Unione europea), comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire la tutela di quegli interessi.

o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

Deve tuttavia rilevarsi che la Corte di Giustizia è giunta a queste conclusioni non sulla base di una ammissione della validità delle teoria dei contro limiti, ma ritenendo che i diritti fondamentali invocati dall'Italia fossero in realtà patrimonio comune anche dell'Unione Europea, sottolineando anzi il primato del diritto dell'Unione: infatti la sentenza della Corte di Giustizia conclude affermando che resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione<sup>119</sup>. La Corte di Lussemburgo dunque non riconosce la teoria dei contro limiti, ossia l'affermazione che possa esistere, nella gerarchia delle fonti, un qualcosa (i diritti fondamentali, perlomeno nel loro nucleo essenziale) che possa "stare sopra", essere sovraordinato rispetto al diritto dell'Unione europea.

Il diritto dell'Unione europea ha dunque, nell'ultimo ventennio, indubbiamente condizionato l'interprete nella lettura dell'art. 41 Cost.<sup>120</sup>, dapprima ritenendosi che la centralità del mercato e della concorrenza nel diritto europeo dovessero far pendere la bilancia a favore del co. 1 dell'art. 41 Cost.<sup>121</sup>, per

---

<sup>119</sup> Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åkerberg Fransson.

<sup>120</sup> E' frequente invece l'affermazione (cfr. da ultimo R. CIFARELLI, *Il servizio farmaceutico italiano di nuovo al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. merito*, 2012, 1694) che solo secondo una erronea vulgata, il carattere compromissorio della nostra Carta avrebbe reso le norme costituzionali in materia di economia superate, oppure rese inapplicabili e sostituite dalle nuove regole economiche derivanti dall'ordinamento comunitario. Tale tesi interpretativa si baserebbe su un errore di fondo, poiché non terrebbe conto dei diversi piani su cui agiscono i trattati comunitari e la nostra Costituzione. L'art. 41, infatti, pur non essendo tra «i più perspicui» (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1992, 175) della nostra Carta, «fonda una situazione soggettiva di libertà individuale. Il diritto comunitario esprime invece prevalentemente un modello di relazioni economiche e giuridiche. La prima garantisce tutela al diritto di impresa, ma non si impegna nella scelta del sistema che sarebbe stata necessario per porre liberalizzazione e mercato alla base delle relazioni di tipo economico. La seconda pone invece l'apertura del mercato e la libera competizione come premessa per il loro svolgimento» (F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, 10). Non sembra potersi condividere la tesi della non interferenza tra il diritto dell'Unione europea e l'art. 41 Cost.: lo dimostra ad es. la sentenza n. 270 del 2010 che ha ammesso di aver sacrificato un valore dell'Unione europea, quello della concorrenza, in nome dell'utilità sociale del diritto al lavoro. Cfr. anche Corte di Giustizia 20 gennaio 2020, causa C-307/18, Generics, sentenza la quale sottolinea che un rapporto di concorrenza, sia pur potenziale, presuppone la dimostrazione dell'esistenza di probabilità reali e concrete di accesso al mercato.

<sup>121</sup> La distonia tra l'art. 41 Cost. e i principi di libero mercato fondanti l'UE è apparentemente evidente: pensiamo alle quattro libertà fondamentali espresse nel Trattato e pensiamo all'innunerevole

poi “riscoprire” l'utilità sociale alla luce del maggior risalto attribuito di recente ai diritti fondamentali (si pensi solo al recepimento della Carta di Nizza ad opera dell'art. 6 TUE). Tutto ciò ha in realtà esaltato la valenza di clausola generale che riveste oggi l'art. 41 Cost., e che aveva e continua tuttora ad avere attualità e rilievo in quanto prima di tutto esprime l'esigenza che si proceda ad un bilanciamento tra i valori in esso espressi. Quello che l'art. 41 Cost. non dice sono le misure, i rapporti di forza tra questi valori, ma questa è una caratteristica tipica delle clausole generali ed in questo non può negarsi l'influenza del diritto dell'Unione europea che, con la “scoperta” dei diritti fondamentali, ha contribuito non poco ad attribuire oggi un peso maggiore all'utilità sociale, e dunque ad una sua “riscoperta”<sup>122</sup>.

Con l'approvazione del Trattato di Lisbona infatti, avvenuta il 1° dicembre 2009, il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea afferma che “L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [c.d. Carta di Nizza] ... che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”, e quindi i diritti fondamentali entrano a pieno titolo a far parte dei valori che la Corte di Giustizia dell'Unione europea è tenuta a far rispettare. La Carta di Nizza contempla valori tipici del mercato (si pensi al riconoscimento della libertà d'impresa all'art. 16 e alla tutela dei consumatori all'art.

---

giurisprudenza comunitaria che ha applicato ed interpretato questi principi secondo una visione liberale dell'economia di mercato. E tuttavia in nome dell'art. 41 sono state attuate leggi profondamente diverse tra di loro: così come è stata approvata una legge di “programmazione economica” negli anni '60. Si tratta della legge n. 685 del 1967, contenente il piano economico quinquennale 1966-1970 con cui si intendeva determinare il quadro della politica economica, finanziaria e sociale del Governo e di tutti gli investimenti pubblici, unanimemente qualificata, in assenza in essa di qualunque contenuto precettivo, “libro dei sogni”: così R. NIRO, *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, *Commento all'art. 41 Cost.*, 850), notiamo che 30 anni dopo è stata emanata una legge antitrust (legge n. 287 del 1990, il cui l'art. 1 afferma esplicitamente di costituire attuazione dell'art. 41 Cost.).

<sup>122</sup> La non definizione da parte dei padri costituenti di un programma definito di politica economica è testimoniata dal fatto che l'art. 41, nel quale si viene definendo un equilibrio tra logiche di mercato, intervento pubblico e Stato sociale (C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in C. PINELLI, T. TREU, (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, Bologna, 2010, 245) non ha ostacolato «scelte innovative nel campo dell'economia, né nel senso di un maggior interventismo pubblico, né nel senso opposto di una sua riduzione, quando e nei settori in cui è stata o è ritenuta necessaria, della presenza dei poteri pubblici» (V. ONIDA, *La Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 84). In sostanza, la nostra Costituzione, anche grazie alle spinte derivanti dall'ordinamento comunitario, si è dimostrata negli anni un «contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori» (G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 17).

38)<sup>123</sup>, e ammette esplicitamente, all'art. 52, eventuali limitazioni all'esercizio delle libertà e dei diritti dell'uomo riconosciuti dalla Carta.

#### 9. La tutela del nucleo essenziale dei diritti fondamentali

Appare un vuoto esercizio di retorica sostenere che – in virtù della teoria dei contro limiti (secondo cui i diritti fondamentali prevalgono su tutti i diritti, anche quelli di cui è portatrice l'Unione europea, fra i quali, *in primis*, vi sono quelli del mercato, e quindi la concorrenza e il principio di libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone) affermata dalla Consulta sin dalla sentenza n. 170 del 1984 e sempre confermata - i diritti fondamentali si pongano su un piano superiore e non comunicante rispetto ai diritti del mercato e che non possano mai essere sacrificati a favore di altri valori; tale atteggiamento potrebbe anzi essere non solo infruttuoso ma anche rischioso, qualora, facendosi forza di questa affermazione, si comprima lo spazio dei diritti dell'uomo a favore del mercato con il pretesto che tanto si tratta di mondi che non possono interferire tra di loro<sup>124</sup>. Sembra invece assai più realistico prendere atto della reciproca interferenza fra gli stessi e concentrarsi sul procedimento più appropriato per realizzare un bilanciamento tra valori che tenga in dovuto conto la sussistenza dei diritti fondamentali senza al contempo comprimere e frustrare eccessivamente i valori del mercato<sup>125</sup>. In questa direzione è fondamentale un uso sapiente delle clausole generali, e in particolare della ragionevolezza<sup>126</sup> e della solidarietà sociale<sup>127</sup>, pur nella consapevolezza degli inevitabili

---

<sup>123</sup> Cfr. l'art. 16 (*Libertà d'impresa*): *È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*; art. 38 (*Protezione dei consumatori*): *nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori*. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in (a cura di) A.M. GAMBINO, *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2011, 166, secondo cui i citati artt. 16 e 38 impongono di rimeditare l'impostazione secondo cui la Carta di Nizza attribuirebbe rilevanza e tutela soltanto alle manifestazioni dell'autonomia privata che più immediatamente si collegano allo sviluppo della persona umana.

<sup>124</sup> Cfr. in questo senso N. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 766, secondo cui la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli.

<sup>125</sup> Sull'irragionevolezza delle norme che impongono gerarchie interpretative cfr. R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, 16.

<sup>126</sup> Così E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 29. Occorre ancora una volta ricordare che la libertà d'iniziativa economica privata, riconosciuta dal co. 1 dell'art. 41 Cost., è da una parte bilanciata dal limite dell'utilità sociale e dal rispetto della sicurezza, libertà, dignità umana (art. 41, co. 2, Cost.), d'altra parte è indirizzata e coordinata a fini sociali che legittimano la previsione ad

pericoli di genericità e arbitrarietà che esse comportano<sup>128</sup>. Per ridurre tali rischi risulterebbe fondamentale innanzitutto poter fare affidamento su giudici altamente specializzati in materie economiche<sup>129</sup> e procedere al bilanciamento dei diritti fondamentali tenendo conto, a livello macroeconomico, della dimensione collettiva degli interessi coinvolti: quanto più alto sarà il numero delle persone coinvolte dai sacrifici richiesti dalle esigenze del mercato (ad es. l'inquinamento prodotto da una nuova industria, l'aumento dei prezzi determinato da un'intesa anticoncorrenziale) tanto più energica dovrà essere la reazione dell'ordinamento nel riaffermare le esigenze della collettività valorizzando al massimo l'utilità sociale, che può essere considerata l'anello di collegamento tra diritti fondamentali e mercato.

Rispetto al ventesimo secolo quello attuale è poi caratterizzato dalla prepotente emersione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., che ormai è pacificamente riconosciuto quale il sicuro riferimento costituzionale dei principi di correttezza e buona fede<sup>130</sup>: pertanto, mentre l'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. funge da limite all'iniziativa economica nel suo aspetto pubblicistico, in una prospettiva macroeconomica e ove siano messi a rischio gli interessi diffusi di una collettività, l'art. 2 Cost. si pone quale il baluardo privatistico agli abusi dell'attività economica, dunque

---

opera del legislatore ordinario di programmi e controlli (art. 41, co. 3, Cost.). Essa poi può talora essere del tutto compressa nel caso in cui – avendo ad oggetto servizi pubblici essenziali o fonti di energia o situazioni di monopolio e rivestendo preminente interesse nazionale – il legislatore ordinario ne riservi originariamente a sé ne trasferisca l'esercizio. Pertanto, i due estremi costituiti dal pieno ed assoluto riconoscimento della libertà d'iniziativa economica privata e, all'opposto, dalla riserva di esercitare determinate imprese, si collocano vari possibili modelli connotati da un più o meno intenso intervento pubblico nell'economia. La concreta misura di tale intervento, che va a comprimere l'iniziativa economica privata, è demandata al legislatore ordinario, spettando alla Corte costituzionale solo l'identificazione del fine sociale e della riferibilità ad esso di limitazioni, programmi e controlli. Tale valutazione di riferibilità dà luogo ad un giudizio di ragionevolezza della limitazione della libertà d'iniziativa economica privata per il raggiungimento del fine medesimo, anche se non può esorbitare nel merito del provvedimento legislativo (sentenza n. 446 del 1988).

<sup>127</sup> H. KRUNKE, H. PETERSEN I. MANNERS, *Transnational Solidarity, Concept, Challenges and Opportunities*, Cambridge University Press, 2020.

<sup>128</sup> S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 718, secondo cui la presenza di clausole generali è tanto più necessaria quanto più appare evidente la complessità delle nostre società, le fratture che le attraversano. In una società articolata, “di minoranze”, è necessario creare spazi di convivenza, legittimare valori diversi attraverso la creazione di strumenti che ne rendano possibile l'autonomia e la compatibilità. Non è forse questo il modo di operare della clausola di buona fede quando determina il concreto regolamento contrattuale in base alla specifica collocazione sociale dei contraenti?

<sup>129</sup> Cfr. in questo senso R. RORDORF, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Società*, 2000, 154.

<sup>130</sup> Cfr. A. ALBANESE, *Buona fede, contratto, legge*, *Europa Dir. Priv.*, 2021, 31.

in un'ottica microeconomica e avuto riguardo ai diritti di singoli determinati soggetti che siano posti in pericolo, principalmente attraverso la conclusione eccessivamente squilibrati. Nell'applicazione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. dovrà inoltre tenersi presente quello che è uno dei corollari del principio di uguaglianza, ossia il principio secondo cui devono essere trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali. Pertanto, da una parte il giudice dovrà procedere alla correzione del contratto eccessivamente squilibrato non mediante sue personali e incontrollabili concezioni dell'equità bensì prendendo come solido punto di riferimento i valori oggettivamente espressi dal mercato (così ad esempio potrà ridurre secondo equità una clausola penale perché eccessivamente gravosa solo se tale onerosità viene uniformemente riconosciuta nell'ambito del mercato in cui è stata stipulata) e dall'altro dovrà ritenere di intervenire non in tutte le ipotesi di contratto squilibrato (pena altrimenti la mortificazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui va rivendicata la persistente attualità<sup>131</sup>) ma solo quando esigenze di inesperienza e carenza di informazioni del consumatore o di assenza di alternative dell'imprenditore debole lo esigano.

E soprattutto occorre sottolineare che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza della Consulta n. 119 del 2012<sup>132</sup>, secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all'art. 38, il diritto alla salute di cui all'art. 32, ma non il loro

---

<sup>131</sup> E. GABRIELLI, *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, *Giust. civ.* 2020, 445.

<sup>132</sup> La giurisprudenza costituzionale costante è nel senso che l'art. 38 Cost. non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca un trattamento previdenziale prima spettante in base alla legge (sentenze n. 316 del 2010 e n. 361 del 1996), fermo il controllo di ragionevolezza sulle singole norme riduttive. Si deve escludere, viceversa, che possa essere la stessa Corte costituzionale a statuire siffatte riduzioni di spesa per l'attuazione di diritti ex art. 38 Cost., in nome di un generico principio di solidarietà sociale, superando e addirittura ponendosi in contrasto con le determinazioni del legislatore. Solo a quest'ultimo spettano le valutazioni di politica economica attinenti alle risorse disponibili nei diversi momenti storici, mentre è compito di questa Corte vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incisi da interventi riduttivi dello stesso legislatore.

nucleo essenziale), lo “zoccolo duro” dei diritti fondamentali<sup>133</sup>. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), “non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone”, per altro verso però “le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana” (interesse oppositivo)<sup>134</sup>.

Come già rilevato dunque la prepotente affermazione della teoria del bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e della conservazione del nucleo indissolubile dei diritti induce a riflettere sul se abbia un senso distinguere, nell'ambito dei diritti costituzionalmente protetti, tra diritti fondamentali – che nella gerarchia delle fonti andrebbero collocati per la teoria dei contro limiti al di sopra delle norme dell'Unione europea – e diritti che fondamentali non sono (secondo quanto detto probabilmente il diritto di iniziativa economica)<sup>135</sup>. Infatti tutti i diritti costituzionalmente rilevanti sono in grado di farsi sentire, di entrare in bilanciamento con diritti di sicura qualificabilità come diritti fondamentali, in un contesto di reciproca interferenza tra le fonti e fra i vari interessi che delle stesse sono espressione e in particolare tra i diritti del mercato (come la libertà dell'imprenditore e del

---

<sup>133</sup> La stessa Carta di Nizza all'art. 52 stabilisce che eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali possono giustificarsi solo se rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà e solo se necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

<sup>134</sup> Corte cost., sentenze nn. 432 del 2005 e 252 del 2001. Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (S.U. 1° agosto 2006 n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

<sup>135</sup> Cfr. ad esempio la sentenza n. 50 del 1957, secondo cui «l'art. 41 contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale». Tuttavia oggi, alla luce della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, sembra potersi legittimamente dubitarsi che la libertà di iniziativa economica non costituisca un diritto fondamentale: cfr. ad esempio Corte Giust. 20 gennaio 2022, Commissione/Grecia, C-51/20; Corte Giust. 12 marzo 2020, Commissione/Italia, C-576/18, se sentenze secondo cui occorre sottolineare il carattere fondamentale delle disposizioni del trattato FUE in materia di aiuti di Stato.

professionista in genere a dar libero sfogo alla propria iniziativa economica) e quelli della collettività al rispetto di alcuni valori fondamentali, quali la salute e l'ambiente<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> Questo ruolo di ricerca del punto di contemperamento dei vari interessi in gioco è senz'altro svolto, oltre che dal Governo e dal Parlamento, anche e soprattutto dalla Corte costituzionale, che ragiona ad un livello alto, ossia di principi costituzionali. Ma non può non tenersi conto anche del ruolo delle altre Corti fondamentali nel nostro ordinamento, ossia quella di Cassazione, quella di Lussemburgo e quella di Strasburgo. Non può poi, infine, non ricordarsi l'importante funzione esplicata dalle Autorità amministrative indipendenti: cfr. Corte cost. n. 13 del 2019, secondo cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, al pari di altre amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e ha una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco.

Alberto Barbazza

Art. 47 Carta dei diritti fondamentali: i meccanismi di coordinamento fra azioni individuali e collettive in caso di violazione dei diritti umani e di altri diritti tutelati dalla legislazione eurounitaria<sup>1</sup>

Con la riforma del 2019 – in vigore dal maggio 2021 – la disciplina inerente le *class action* è stata ripensata in misura sostanziale dal legislatore italiano. Le nuove norme, inserite codice di procedura civile, sono espressione della volontà di trasformare l'azione di classe da strumento tipico di protezione dei consumatori a rimedio generale a tutela dei diritti individuali.

Coerentemente, l'ambito di applicazione di tale strumento è decisamente più ampio rispetto al passato. L'unico presupposto oggettivo per l'esperimento dell'azione collettiva è l'esistenza di diritti individuali omogenei. Ne consegue che la tutela dei diritti individuali dei componenti della classe si estende, in materia contrattuale, ai rapporti tra imprese e alle più svariate situazioni, in ambito di responsabilità contrattuale (abbandonando, in tal senso, la previgente limitazione alle sole ipotesi di responsabilità del produttore, di pratiche commerciali scorrette e di comportamenti anticoncorrenziali).

Sul piano soggettivo, d'altra parte, è stata riconosciuta legittimazione attiva a ciascun componente della classe (non più necessariamente un consumatore) ed agli enti no profit iscritti in un elenco pubblico, istituito presso il Ministero della Giustizia, i cui obiettivi statutari comprendano la tutela del diritto lesa. Legittimazione passiva, invece, è data alle imprese, agli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità.

Delineati i caratteri essenziali della nuova class action, ci si deve chiedere quali prospettive di operatività si possano immaginare per essa.

Da un lato, infatti, non si può che augurarsi la maggior diffusione possibile di questo strumento. Questo perché l'azione collettiva è in grado di offrire, in accordo con i principi dell'art. 47 ECHR, accesso al sistema di giustizia anche per quegli illeciti rispetto ai quali tendeva ad essere antieconomico per il singolo individuo sostenere spese giudiziarie, legali e di indagini tecniche che potevano arrivare a

---

<sup>1</sup> Traduzione della relazione svolta in lingua inglese al convegno *The Right to an Effective Remedy in Collective Redress Proceedings: a Cross-Sectoral Training for European Judges and Trainers*, tenutosi a Barcellona, Campus Ciutadella – Universitat Pompeu Fabra, nei giorni 10 – 11 marzo 2022, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura nell'ambito del Judicial Training Project for Fundamental Rights in Courts and Regulation (FRICORE).

superare il potenziale risarcimento riconosciuto, oppure, i cui soggetti offesi non erano nemmeno a conoscenza delle possibilità di ricorso a loro disposizione.

Altro riscontro pratico del principio di effettività nelle azioni di classe, si trova nei casi in cui gli utenti non sarebbero stati in grado di ottenere alcun ristoro per la violazione subita attraverso azioni individuali a causa di limitazioni di natura procedurale e probatoria: questo accade spesso in ambiti quali il diritto della concorrenza e il diritto ambientale, ove le richieste di risarcimento richiedono un'analisi fattuale molto complessa e le prove tendono ad essere inaccessibili per i singoli individui.

Quanto evidenziato sino ad ora, emerge chiaramente in due casi della cronaca giudiziaria recente, ossia il caso Dieselgate e il caso Cambridge Analytics. Le autorità indipendenti a tutela dei consumatori (per l'Italia l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato) e quelle a tutela della privacy hanno avviato d'ufficio – anche in ragione del forte clamore mediatico – delle procedure amministrative in risposta alle violazioni subite rispettivamente dai consumatori e dai titolari dei dati personali, mentre molto raramente si sono presentati singoli consumatori o interessati davanti ai tribunali nazionali per le medesime violazioni.

Gli aspetti positivi delle azioni collettive sono indubbi, ma altrettante sono le incertezze sul piano interpretativo-normativo, quantomeno all'interno dell'ordinamento italiano.

Tralasciando i contrasti interpretativi sul requisito dell'omogeneità dei diritti individuali tutelabili e le incertezze pratico-applicative sull'istituzione dell'elenco degli enti esponenziali legittimati a difendere i diritti dei propri membri, ci si vuole concentrare sull'efficacia soggettiva della decisione sull'oggetto dell'azione di classe.

Sul tema, infatti, si pongono tre problematiche principali: il potenziale conflitto fra la libertà di ciascun soggetto di iniziare un'azione legale in forma individuale oppure aderendo ad una azione collettiva, e, quindi, l'individuazione delle condizioni per cui un individuo possa essere vincolato dall'azione collettiva; la difficoltà di raggiungere l'effetto deterrente e dissuasivo del rimedio; i rischi di incrementare il numero di liti temerarie, con il conseguente accumulo di ritardi nel sistema giudiziario.

Circa la prima problematica, anche alla luce della lettera dell'art. 80 del GDPR sul trattamento dei dati personali, appare evidente la preferenza del legislatore europeo verso la rappresentanza degli interessi indipendentemente dalla concessione di un specifico mandato all'ente. Questo permetterebbe alle associazioni e organismi no profit di ottenere sentenze declaratorie della violazione del diritto omogeneo, cui possano seguire azioni follow-on da parte dei singoli interessati al fine di ottenere un risarcimento circa i danni sofferti in ragione della violazione.

Il legislatore italiano, prima della riforma, escludeva tale ipotesi, consentendo esclusivamente azioni collettive basate su mandato (in cui la decisione aveva effetto nei confronti dei soli interessati mandanti dell'azione).

Dopo, come si è già avuto modo di accennare, la scelta è caduta su una concorrente legittimazione associativa – basata sul modello europeo – e individuale, su modello americano. Si noti che la legittimazione individuale diffusa non si fonda sull'attivismo dei singoli danneggiati, ma presuppone l'assegnazione di specifici incentivi ai difensori della classe che sono in questo modo portati a rappresentare e ad organizzare le azioni collettive.

Quanto alla legittimazione ad agire riconosciuta in capo ad associazioni ed organizzazioni, essa oggi è piena e non più vincolata al mandato conferito dal singolo danneggiato. È infatti previsto nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile che i requisiti necessari all'iscrizione all'albo fungano da garanzia dell'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei fatti valere.

Nonostante ciò, il legislatore ha poi optato per un rinnovato sistema di opt-in, per cui l'azione di classe non pregiudica l'avvio di azioni individuali e la sentenza di accoglimento può essere fatta valere nella procedura di liquidazione solo da coloro che abbiano aderito e non abbiano revocato l'adesione prima che la decisione sia divenuta definitiva nei loro confronti. Nel sistema che si è venuto a delineare, esiste però una peculiarità circa i tempi entro cui può essere data adesione all'azione: essa è consentita non solo successivamente al superamento della fase filtro costituita dalla valutazione di ammissibilità della domanda, ma anche dopo che la sentenza che accoglie l'azione di classe sia stata pronunciata.

In questo caso, i soggetti interessati possono giovare del giudicato definito *inter alios*, con aspetti positivi decisamente non trascurabili: l'adesione è possibile solo nel caso in cui la decisione sia favorevole alla classe; i soggetti non sono tenuti a partecipare al procedimento, evitando così di sottoporsi al rischio della soccombenza; coloro che avessero già introdotto un'azione individuale nei confronti del medesimo convenuto per i medesimi fatti potrebbero decidere se usufruire del giudicato e aderire all'azione, oppure di proseguire con l'azione individuale. Aspetti positivi che, però, portano ad un chiaro sacrificio a carico del diritto di difesa della parte resistente, che potrebbe addirittura sfociare in una violazione del principio della parità processuale delle parti.

Un altro aspetto da non tralasciare incide sul piano risarcitorio, specificamente sulla quantificazione del risarcimento: ai soggetti interessati alla class action viene messo a disposizione un rimedio effettivo nei termini in cui permette l'accesso alla giustizia con un abbattimento dei costi unitari delle controversie, ma, allo stesso tempo, gli stessi soggetti potrebbero dover sopportare una riduzione (o meglio, una mancata personalizzazione) del quantum risarcitorio a favore di un danno forfettario alla

luce dell'omogeneità delle richieste avanzate (con contestuali ricadute sull'effettiva portata deterrente del rimedio) .

Al termine di questa breve disamina, evidenziate le potenzialità e le criticità dello strumento, non c'è altro da dire se non che – come sempre – sarà il diritto vivente ad offrirci il miglior giudizio sulle applicazioni e sull'efficacia delle azioni di classe nel panorama giuridico italiano.

### BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

F. Casarosa, *Azioni collettive tra tutela dei dati personali e tutela dei consumatori: nuovi strumenti alla prova dei fatti*, in Quaderni della Facoltà, a cura di P. Iamicelli, XLVII, 2020, Trento;

Confindustria, *Contributo Confindustria per le Commissioni di Giustizia e Industria del Senato*, in [www.senato.it](http://www.senato.it);

P. Florio, *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);

G. Mazzaferro, *Brevi riflessioni sul disegno di legge n. 844 (azione di classe) e su alcune proposte di emendamenti*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);

G. Ponzanelli, *La nuova class action*, in Danno e responsabilità, 2019, Milano;

I. Speciale, *La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma*, in Corriere Giuridico, 2020, Milano.

Alessandro Centonze

La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali della Corte di cassazione e la conoscibilità delle informazioni processuali sensibili

SOMMARIO: 1. I fondamenti costituzionali del diritto alla protezione dei dati personali. – 1. I fondamenti sovranazionali del diritto alla protezione dei dati personali. – 3. La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali e l'entrata in vigore del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. – 4. La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di cassazione: il contesto ermeneutico di riferimento. – 5. La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di cassazione: il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2016, n. 178. – 6. La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali della Corte di cassazione. – 7. La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali della Corte di cassazione e l'attività di ostensione effettuata dall'Ufficio C.E.D. della Corte di cassazione.

#### *1. I fondamenti costituzionali del diritto alla protezione dei dati personali.*

La tutela dei dati personali è un diritto fondamentale della persona, costituendo una manifestazione del diritto all'intangibilità della sfera privata, strettamente connesso al diritto alla riservatezza individuale, riconosciuto da una pluralità di fonti normative nazionali e sovranazionali<sup>1</sup>.

In questa cornice, sul piano nazionale, devono essere prese in considerazione le disposizioni previste dagli artt. 2, 15, 18 e 21 Cost., pur dovendosi precisare che non è rinvenibile nella Carta costituzionale italiana alcuna esplicita menzione della necessità di garantire la protezione dei dati personali e di tutelare il diritto alla riservatezza individuale.

---

<sup>1</sup> Mi sono occupato delle tematiche affrontate in questa sede in diverse occasioni scientifiche, tra le quali mi permetto di segnalare A. CENTONZE, *Il diritto alla riservatezza e la tutela dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di cassazione*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 22 febbraio 2021, pp. 1 ss.; ID., *La protezione dei dati personali nei provvedimenti della Corte di Cassazione*, in *Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura*, 2021, 5, pp. 93 ss.

In generale, su questi temi mi permetto di segnalare ulteriormente, senza alcuna pretesa di esaustività, gli interventi di E. BRUGIOTTI, *La privacy attraverso le "generazioni dei diritti". Dalla tutela della riservatezza alla protezione dei dati personali fino alla tutela del corpo elettronico*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 8 maggio 2013; G. GRASSO, *Il trattamento dei dati di carattere personale e la riproduzione dei provvedimenti giudiziari*, in *Foro it.*, 2018, V, 349; S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2006; D. PICCIONE, *Riservatezza (Disciplina amministrativa)*, voce, in *Enciclopedia del Diritto (Annali)*, Giuffrè Francis & Lefebvre, Milano, 2015, pp. 722 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Giuffrè, Milano 2006.

Si consideri che è dall'art. 2 Cost. che occorre partire per comprendere le ragioni che impongono di garantire la protezione dei dati personali e di tutelare il diritto alla riservatezza individuale. Dispone, in particolare, l'art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Nel contesto sistematico prefigurato dall'art. 2 Cost. occorre passare a considerare la disposizione normativa dell'art. 15 Cost., che disciplina il diritto alla corrispondenza dell'individuo, che si articola in due commi.

Il primo comma dell'art. 15 Cost., in particolare, recita: «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili»; il secondo comma di questa disposizione, invece, stabilisce: «La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

Tale disposizione costituzionale, a sua volta, deve essere esaminata in stretto collegamento con la previsione normativa dell'art. 18 Cost., che disciplina il diritto di associazione dei cittadini italiani, che si articola in due commi.

Dispone, in particolare, il primo comma dell'art. 18 Cost.: «I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale»; il secondo comma dell'art. 18 Cost., invece, stabilisce: «Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare».

Queste norme costituzionali, infine, devono essere collegate all'art. 21 Cost., che disciplina la libertà di stampa, di cui ai presenti fini, si ritiene utile il richiamo dei soli primi tre commi di questa disposizione.

Si consideri, in particolare, che nel primo comma dell'art. 21 Cost. si prevede: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»; nel secondo di tali commi, invece, si stabilisce: «La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure»; nel terzo comma dell'art. 21 Cost., infine, si prevede: «Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili».

## *2. I fondamenti sovranazionali del diritto alla protezione dei dati personali.*

Passando a considerare i fondamenti sovranazionali del diritto alla protezione dei dati personali, innanzitutto, si ritiene opportuno richiamare gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e l'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Di queste previsioni normative si impone una preliminare ricognizione, costituendo tali disposizioni il punto di riferimento indispensabile per inquadrare, sul piano del diritto internazionale convenzionale, il tema che si sta affrontando<sup>2</sup>.

Occorre, pertanto, prendere le mosse dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, intitolato «Rispetto della vita privata e della vita familiare», che stabilisce: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».

Tale disposizione è strettamente collegata all'art. 8 della stessa Carta, intitolato «Protezione dei dati di carattere personale», che si articola in tre paragrafi, di cui, ai presenti fini espositivi, dedicati alla protezione dei dati personali, con particolare riferimento ai provvedimenti giurisdizionali penali della Corte di cassazione, si ritiene utile il richiamo dei soli primi due paragrafi.

In particolare, nel primo paragrafo dell'art. 8, si prevede: «Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano»; nel secondo paragrafo di tale disposizione, invece, si stabilisce: «Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica».

Queste disposizioni, a loro volta, devono essere correlate al primo e al secondo paragrafo dell'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

---

<sup>2</sup> Si veda A. CENTONZE, *Il diritto alla riservatezza e la tutela dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di cassazione*, cit., pp. 2-3.

In generale, su questi temi mi permetto di segnalare ulteriormente, senza alcuna pretesa di esaustività, gli interventi di E. BRUGIOTTI, *La privacy attraverso le "generazioni dei diritti". Dalla tutela della riservatezza alla protezione dei dati personali fino alla tutela del corpo elettronico*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 8 maggio 2013; G. GRASSO, *Il trattamento dei dati di carattere personale e la riproduzione dei provvedimenti giudiziari*, in *Foro it.*, 2018, V, 349; S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2006; D. PICCIONE, *Riservatezza (Disciplina amministrativa)*, voce, in *Enciclopedia del Diritto (Annali)*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2015, pp. 722 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Giuffrè, Milano 2006.

Più precisamente, nel primo paragrafo dell'art. 16 del Trattato, si prevede: «Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano»; nel secondo di tali paragrafi, invece, si stabilisce: «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati».

Il quadro normativo in esame, incentrato sulle disposizioni che si sono passate in rassegna, deve essere integrato con la previsione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, intitolato «Diritto al rispetto della vita privata e familiare», che è articolato in due paragrafi. Il richiamo alla previsione dell'art. 8 è particolarmente utile ai nostri fini espositivi, perché in questa disposizione convenzionale si mira a contemperare il diritto alla protezione dei dati personali con le ragioni, espressamente indicate nel secondo paragrafo della stessa disposizione, che giustificano la compressione, ancorché temperata, di tale prerogativa individuale.

In particolare, nel primo paragrafo dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, si prevede: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza»; nel secondo paragrafo dell'art. 8, invece, si stabilisce: «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Occorre ulteriormente precisare che, sul piano sovranazionale, il diritto alla protezione dei dati personali è riconosciuto sia dalla Convenzione di Strasburgo sia dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo<sup>3</sup>.

In questa, stratificata, cornice, appare opportuno soprattutto il richiamo dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che viene ripreso in termini sostanzialmente sovrapponibile dall'art. 17 del Patto sui diritti civili e politici del 1966. L'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in particolare, stabilisce che «nessun individuo potrà essere sottoposto

---

<sup>3</sup> Si veda S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy*, cit., pp. 23 ss.

ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione».

Ricostruito, sia pure in termini necessariamente sintetici, il contesto normativo, costituzionale e sovranazionale, nel quale devono essere inseriti il diritto alla riservatezza della persona e la protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali della Corte di cassazione, occorre passare a considerare i punti di riferimento normativo dell'ordinamento giuridico italiano.

3. *La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali e l'entrata in vigore del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.*

Nella cornice normativa che si è descritta nel paragrafo precedente, deve evidenziarsi che nell'ordinamento giuridico italiano il punto di partenza di ogni disamina sul tema della protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali è rappresentato dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante «Codice in materia di protezione dei dati personali»<sup>4</sup>.

Questo testo legislativo, a sua volta, deve essere correlato alle disposizioni contenute nel Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riferimento al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali, convenzionalmente noto, per la sua denominazione in lingua inglese, come *General Data Protection Regulation*, ovvero con l'acronimo, frequentemente utilizzato, di GDPR.

Questa correlazione normativa si impone in conseguenza del fatto che l'entrata in vigore del Regolamento (UE) 2016/679, essendo direttamente applicabile in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea – e quindi, naturalmente, anche nel nostro Paese –, a partire dal 25 maggio 2018, ha reso necessario l'adeguamento del preesistente assetto disciplinatorio, riconducibile al “Codice in materia di

---

<sup>4</sup> Sulla rilevanza sistematica e sulla portata applicativa del “Codice in materia di protezione dei dati personali” si rinvia a GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica del 2 dicembre 2010*, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it); per un commento sul “Codice in materia di protezione dei dati personali” si rinvia agli studi di R. PANETTA, *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 679/2016 e al d.lgs. n. 101/2018*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019; F. MIDIRI, *Il diritto alla protezione dei dati personali. Regolazione e tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, Torino, 2017; A. PISAPIA, *La tutela per il trattamento e la protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2018; S. SCAGLIARINI, *Il “nuovo” codice in materia di trattamento di dati personali. La normativa italiana dopo il d.lgs. 101/2018*, Giappichelli, Torino, 2019.

protezione dei dati personali”<sup>5</sup>, introdotto nell’ordinamento giuridico italiano con il d.lgs. n. 196 del 2003.

Si tratta, a ben vedere, di una vera e propria opera di adeguamento normativo, perché il legislatore italiano non ha abrogato il previgente “Codice in materia di protezione dei dati personali”, provvedendo a una sua complessiva rivisitazione, realizzata mediante l’approvazione del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante «Disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)».

La conferma di quanto si sta affermando ci deriva dal fatto che il procedimento di rivisitazione del testo normativo preesistente è stato attuato mediante l’abrogazione delle disposizioni incompatibili con il Regolamento (UE) 2016/679 e il contestuale adeguamento del «Codice in materia di protezione dei dati personali», effettuato attraverso l’inserimento di nuove disposizioni ovvero mediante la modifica di quelle precedentemente vigenti, che lasciavano immutato l’impianto sistematico della pregressa disciplina<sup>6</sup>.

All’esito di questo complesso procedimento di rivisitazione sistematica, il legislatore italiano ha articolato la materia della protezione dei dati personali in due distinti piani normativi, rispettivamente riguardanti il trattamento dei dati personali da parte degli organi di giustizia e la divulgazione all’esterno, per finalità di informazione e di informatica giuridica, delle pronunce giurisdizionali<sup>7</sup>.

Al primo di questi piani normativi, riguardante il trattamento dei dati personali da parte degli organi di giustizia, è dedicato l’art. 2-*duodecies* del d.lgs. n. 196 del 2003, così come integrato dal d.lgs. n. 101 del 2018.

---

<sup>5</sup> Sul testo originario del “Codice in materia di protezione dei dati personali”, conseguente all’approvazione del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e sulle complesse questioni ermeneutiche prodotte dalla sua entrata in vigore, si rinvia a CORTE DI CASSAZIONE - UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Corte di cassazione e tutela della privacy: “l’oscuramento” dei dati identificativi nelle sentenze*, Relazione del 5 luglio 2005 redatta a cura di A. Giusti ed E. Calvanese.

<sup>6</sup> Sul punto, si rinvia ancora a G. GRASSO, *Il trattamento dei dati di carattere personale e la riproduzione dei provvedimenti giudiziari*, cit., pp. 349-350.

<sup>7</sup> Si veda G. GRASSO, *op. ult. cit.*, pp. 349-350.

Questa disposizione, in particolare, stabilisce che, nella materia in esame, i «diritti e gli obblighi di cui agli artt. da 12 a 22 e 34 del Regolamento sono disciplinati nei limiti e con le modalità previste dalle disposizioni di legge o di regolamento che regolano tali procedimenti».

Nel quarto comma dell'art. 2-*duodecies*, inoltre, si precisa che i trattamenti dei dati personali effettuati per “ragioni di giustizia” sono quelli «correlati alla trattazione giudiziaria di affari e controversie» e quelli «effettuati in materia di trattamento giuridico ed economico del personale di magistratura, nonché i trattamenti svolti nell'ambito delle attività ispettive su uffici giudiziari [...]». Nello stesso contesto sistematico, prefigurato dall'art. 2-*duodecies*, si precisa anche che le “ragioni di giustizia” non ricorrono «per l'ordinaria attività amministrativo-gestionale di personale, mezzi, strutture, quando non è pregiudicata la segretezza di atti direttamente connessi alla trattazione giudiziaria di procedimenti».

Al secondo di questi piani normativi, che, invece, riguarda la divulgazione all'esterno, per finalità di informatica giuridica, del contenuto dei provvedimenti giurisdizionali, sono dedicate le norme degli artt. 51 e 52 del d.lgs. n. 196 del 2003, così come integrate dal d.lgs. n. 101 del 2018, sulle quali occorre, sia pure sinteticamente, soffermarsi.

Gli artt. 51 e 52, infatti, costituiscono la piattaforma normativa indispensabile per inquadrare i temi del trattamento e della protezione dei dati personali in materia di informazione e di informatica giuridica, ai quali si collega la questione delle limitazioni che sono applicabili alla diffusione, integrale o parziale, delle pronunzie giudiziarie.

Più precisamente, l'art. 51 del «Codice in materia di protezione dei dati personali», che è rimasto immutato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 101 del 2018, disciplina la diffusione dei provvedimenti giudiziari, prevedendo, nel suo primo comma, che i «dati identificativi delle questioni pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado sono resi accessibili a chi vi abbia interesse anche mediante reti di comunicazione elettronica, ivi compreso il sito istituzionale della medesima autorità nella rete Internet». Il secondo comma dell'art. 51, invece, stabilisce che le «sentenze e le altre decisioni dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado depositate in cancelleria o segreteria sono rese accessibili anche attraverso il sistema informativo e il sito istituzionale della medesima autorità nella rete Internet, osservando le cautele previste dal presente capo».

Le cautele richiamate espressamente dal secondo comma dell'art. 51 dal d.lgs. n. 196 del 2003, a sua volta, sono disciplinate dal successivo art. 52, parzialmente modificato dal d.lgs. n. 101 del 2018, che individua i limiti alla diffusione del contenuto, integrale o parziale, delle sentenze e degli altri

provvedimenti giurisdizionali. Tali limiti si applicano sia nelle ipotesi di divulgazione per finalità di informazione giuridica su riviste scientifiche o su supporti elettronici, sia in ogni altra ipotesi di riproduzione di pronunce giudiziarie, come nel caso della diffusione di notizie su organi di stampa.

*4. La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di cassazione: il contesto ermeneutico di riferimento.*

Dopo avere ricostruito la cornice normativa nella quale si inseriscono i temi del diritto alla riservatezza individuale e della protezione dei dati personali, occorre passare a considerare le modalità con cui tale peculiare forma di tutela viene garantita nei provvedimenti giurisdizionali, civili e penali, della Corte di cassazione, prendendo le mosse dal contesto ermeneutico nel quale si è inserita questa disciplina.

Occorre premettere che, nel nostro Paese, il diritto alla riservatezza, cui si correla il diritto alla protezione dei dati personali, è stato riconosciuto dalla Corte di cassazione soltanto nel corso degli anni Settanta del secolo scorso<sup>8</sup>, in un ambito eminentemente civilistico, quando, con una significativa innovazione del precedente approccio ermeneutico<sup>9</sup>, veniva introdotta una, prima definizione organica del diritto alla riservatezza, che veniva così definito: «Il diritto alla riservatezza consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano tuttavia giustificate da interessi pubblici preminenti. Esso non può essere negato ad alcune categorie di persone, solo in considerazione della loro notorietà, salvo che un reale interesse sociale all'informazione od altre esigenze pubbliche lo esigano. Tale diritto non solo trova implicito fondamento nel sistema, ma trova una serie di espliciti riferimenti nelle norme costituzionali e ordinarie e in molteplici deliberazioni di carattere internazionale»<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Si veda Cass. civ., Sez. I, 27 maggio 1975, n. 2129, in *Cass. C.E.D.*, n. 275882-01.

<sup>9</sup> Prima di questo intervento, la Suprema Corte aveva negato che si potesse attribuire autonoma rilevanza al diritto alla riservatezza, cui si connette la protezione dei dati personali in ambito giurisdizionale; in questa direzione, si ritiene opportuno richiamare la risalente, per lungo tempo insuperata, Cass. civ., Sez. I, 22 dicembre 1956, n. 4487.

<sup>10</sup> Si veda Cass. civ., Sez. I, 27 maggio 1975, n. 2129, cit.

Con questa pronuncia, dunque, la Corte di cassazione indicava il fondamento del diritto alla riservatezza nelle norme ordinarie e costituzionali che tutelano la sfera individuale della persona, oltre che nelle previsioni normative, rinvenibili in leggi speciali, che richiamano espressamente la vita privata della persona. Secondo la Suprema Corte, infatti, il nostro «ordinamento riconosce il diritto alla riservatezza che consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non sono giustificati da interessi pubblici preminenti»<sup>11</sup>.

Il percorso ermeneutico compiuto dalla Corte di cassazione veniva portato a ulteriore sviluppo nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, quando si affermava che le vicende oggetto della riservatezza si riferiscono a una «certa sfera della vita individuale e familiare, all'illesa intimità personale in certe manifestazioni della vita di relazione, a tutte quelle vicende cioè, il cui carattere intimo è dato dal fatto che esse si svolgono in un domicilio ideale, non materialmente legato alle mura domestiche»<sup>12</sup>.

Infine, questo, complesso, percorso ermeneutico giungeva a compimento all'inizio degli anni Duemila, quando la Corte di cassazione precisava ulteriormente la natura del diritto alla riservatezza, intervenendo anche in questo caso in un contesto eminentemente civilistico, riconducendolo nell'ambito sistematico dei diritti soggettivi della persona umana, affermando: «In tema di diritti della personalità umana, esiste un vero e proprio diritto soggettivo perfetto alla reputazione personale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria, che va inquadrato nel sistema di tutela costituzionale della persona umana, traendo nella Costituzione il suo fondamento normativo (Corte cost. 184/1986, 479/87), in particolare nell'art. 2 (oltre che nell'art. 3, che fa riferimento alla dignità sociale) e nel riconoscimento dei diritti inviolabili della persona. L'art. 2 Cost., nell'affermare la rilevanza costituzionale della persona umana in tutti i suoi aspetti, comporta che l'interprete, nella ricerca degli spazi di tutela della persona, è legittimato a costruire tutte le posizioni soggettive idonee a dare garanzia, sul terreno dell'ordinamento positivo, ad ogni proiezione della persona nella realtà sociale, entro i limiti in cui si ponga come conseguenza della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la sua personalità. L'espresso riferimento alla persona come singolo rappresenta certamente valido fondamento normativo per dare consistenza

---

<sup>11</sup> Si veda Cass. civ., Sez. I, 27 maggio 1975, n. 2129, cit.

<sup>12</sup> Si veda Cass. civ., Sez. I, 9 giugno 1998, n. 5658.

di diritto alla reputazione del soggetto, in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela "del pieno sviluppo della persona umana", di cui al successivo art. 3 cpv. Cost. (Implicitamente su questo punto Corte Cost. 3 febbraio 1994, n. 13). Infatti, nell'ambito dei diritti della personalità umana, con fondamento costituzionale, il diritto all'immagine, al nome, all'onore, alla reputazione, alla riservatezza non sono che singoli aspetti della rilevanza costituzionale che la persona, nella sua unitarietà, ha acquistato nel sistema della Costituzione. Trattasi quindi di diritti omogenei essendo unico il bene protetto»<sup>13</sup>.

*5. La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di cassazione: il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2016, n. 178.*

In questa, stratificata, cornice sistematica, si inserisce il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2016, n. 178, dalla cui ricognizione occorre muovere per inquadrare lo specifico tema di cui ci stiamo occupando<sup>14</sup>.

Occorre premettere che questo decreto mira, sull'assunto della natura di diritto soggettivo della protezione dei dati personali<sup>15</sup>, ad assicurare la più ampia diffusione dei provvedimenti giurisdizionali, civili e penali, della Corte di cassazione, che, tuttavia, deve essere garantita nel rispetto delle esigenze di garanzia della sfera individuale dei soggetti processuali, di volta in volta, coinvolti.

A questi, prioritari, obiettivi di garanzia dei diritti individuali, connessi alla protezione dei dati personali, ci si si riferisce espressamente nel preambolo del decreto presidenziale di cui si sta occupando, in cui si richiama «l'esigenza di assicurare la più ampia informazione in ordine alle decisioni della Corte di cassazione nel rispetto del diritto alla protezione dei dati personali [...] relativamente alla riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica»<sup>16</sup>.

Si muove, del resto, nella stessa direzione la nota di accompagnamento del Segretario generale della Corte di cassazione al provvedimento in esame, in cui si afferma che il «decreto in questione intende consentire che l'informazione circa le decisioni della Corte di cassazione avvenga nel rispetto del diritto alla riservatezza, in adesione alle Linee guida adottate dal Garante per la protezione dei dati

---

<sup>13</sup> Si veda Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2001, n. 6507, in *Cass. C.E.D.*, n. 546572-01.

<sup>14</sup> Il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2016, n. 178 può essere consultato sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), cui occorre rinviare per la sua lettura integrale.

<sup>15</sup> Si veda A. PISAPIA, *La tutela per il trattamento e la protezione dei dati personali*, cit., pp. 28 ss.

<sup>16</sup> Si veda il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2016, cit.

personali a proposito della riproduzione dei provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica»<sup>17</sup>.

Allo scopo di assicurare il contemperamento di tali esigenze, nel decreto n. 178 del 2016, innanzitutto, il Primo Presidente della Corte di cassazione sollecita l'attenzione dei collegi giudicanti – e in particolare dei presidenti e degli estensori dei provvedimenti giurisdizionali oggetto di potenziale diffusione di informazioni processuali sensibili – sulla necessità o sull'eventualità di disporre l'oscuramento dei dati identificativi dei soggetti coinvolti in un procedimento di legittimità, civile o penale che sia, con le modalità espressamente disciplinate dalla disposizione dell'art. 52 del d.lgs. n. 196 del 2003<sup>18</sup>.

Tale collaborazione, nella prospettiva auspicata dal decreto presidenziale in esame, che comporta il coinvolgimento dei presidenti e degli estensori dei provvedimenti giurisdizionali oggetto di diffusione esterna, si rende indispensabile, attesa «l'impossibilità di prevedere forme di controllo e di "oscuramento" standardizzate, in particolare con riferimento alle specifiche parti da anonimizzare nei singoli provvedimenti e all'individuazione dei procedimenti nei quali sono coinvolti minori non come parti, ma, ad esempio, come testimoni»<sup>19</sup>.

In questo contesto, occorre distinguere le ipotesi in cui l'oscuramento dei dati personali di un soggetto processuale deve essere eseguito sulla base delle emergenze del caso concreto, previste dall'art. 52, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003, dalle ipotesi in cui l'oscuramento dei dati personali deve essere eseguito obbligatoriamente, previste dall'art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 196 del 2003<sup>20</sup>.

Rientrano, in particolare, nel primo ambito normativo, connotato da discrezionalità, le ipotesi previste dall'art. 52, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003, rilevanti «nei procedimenti civili e nei procedimenti penali concernenti "dati sensibili" [...], per i quali l'oscuramento dei dati personali «ha ad oggetto unicamente il nominativo dell'interessato [...]»<sup>21</sup>.

Rientrano, invece, nel secondo ambito, connotato da obbligatorietà, le ipotesi, previste dall'art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 196 del 2003, rilevanti «nei procedimenti civili concernenti minori, rapporti di

---

<sup>17</sup> La nota di trasmissione del Segretario generale della Corte di cassazione, datata 27 dicembre 2016, richiamata nel testo, può essere consultata sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), cui occorre rinviare per la sua lettura integrale.

<sup>18</sup> Vedi *supra* paragrafo 3.

<sup>19</sup> Si veda il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2016, cit.

<sup>20</sup> Sul punto, si rinvia, ancora, ad A. CENTONZE, *Il diritto alla riservatezza e la tutela dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di cassazione*, cit., pp. 7-8.

<sup>21</sup> Si veda il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2016, cit.

famiglia e stato delle persone, nonché nei procedimenti penali concernenti reati contro la famiglia (artt. da 556 a 574-*bis* cod. pen.), reati di cui agli artt. 414-*bis* e 416, settimo comma, cod. pen., reati di cui all'art. 591 cod. pen., reati di cui agli artt. da 600-*bis* a 600-*octies* e da 609-*bis* a 609-*undecies* cod. pen., reati di cui all'art. 643 cod. pen., reati di cui all'art. 734-*bis* cod. pen., reati in tema di prostituzione, reati in materia di interruzione volontaria della gravidanza, reati in materia di procreazione medicalmente assistita, e reati commessi da o in danno di minorenni [...]»<sup>22</sup>. In queste ipotesi, secondo quanto previsto dal decreto presidenziale che si sta considerando, l'oscuramento dei dati personali «deve riguardare non solo i dati identificativi dell'interessato, ma ogni altro dato, anche relativo a terzi, tramite il quale si possa risalire anche direttamente alla sua identità»<sup>23</sup>.

Occorre, infine, evidenziare che, nella prospettiva collaborativa auspicata dal provvedimento presidenziale in esame, l'attività di selezione dei procedimenti oscurabili deve essere svolta dagli organi della Corte di cassazione da cui transita il fascicolo processuale dopo la presentazione degli atti di impugnazione oggetto di vaglio giurisdizionale<sup>24</sup>.

Gli organi della Corte di cassazione da cui transita il fascicolo processuale dopo la presentazione del ricorso – occorre precisarlo – sono costituiti dalle Cancellerie penali e civili; dagli Uffici per l'esame preliminare dei ricorsi, costituiti presso le sezioni civili e penali; dai collegi giudicanti ai quali il fascicolo è assegnato dopo la fissazione dell'udienza; dal magistrato estensore della sentenza; dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione; dall'Ufficio C.E.D. della Corte di cassazione<sup>25</sup>.

*6. La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali della Corte di cassazione.*

---

<sup>22</sup> *Ibidem.*

<sup>23</sup> *Ibidem.*

<sup>24</sup> *Ibidem.*

<sup>25</sup> Per la ricognizione del ruolo ordinamentale e delle funzioni assegnate agli organi della Suprema Corte che si sono richiamati nel testo si ritiene opportuno il rinvio alle disposizioni contenute Tabelle di organizzazione della Corte di cassazione per il triennio 2020-2022, attualmente vigenti, che possono essere consultate sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), cui occorre rinviare per la sua lettura integrale.

Nella cornice generale descritta nel paragrafo precedente, occorre passare a considerare le disposizioni contenute nel decreto del Primo Presidente n. 178 n. del 2006, relative alla protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Suprema Corte riguardanti il settore penale<sup>26</sup>.

Occorre premettere che, in questo caso, assume un ruolo decisivo e preliminare la Cancelleria centrale penale della Corte di cassazione, dove gli atti di impugnazione transitano a seguito del loro deposito, che provvede a segnalare «i procedimenti per i quali vi è richiesta di oscuramento dei dati personali, nonché dei procedimenti che abbiano ad oggetto reati contro la famiglia (artt. da 556 a 574-*bis* cod. pen.), reati di cui agli artt. 414-*bis* e 416, settimo comma, cod. pen., reati di cui all'art. 591 cod. pen., reati di cui agli artt. da 600-*bis* a 600-*octies* e da 609-*bis* a 609-*undecies* cod. pen., reati di cui all'art. 643 cod. pen., reati in tema di prostituzione, reati in materia di interruzione volontaria della gravidanza, reati in materia di procreazione medicalmente assistita, reati cui all'art. 734-*bis* cod. pen., reati commessi da o in danno di minorenni [...]»<sup>27</sup>. In tali ipotesi, la Cancelleria centrale penale, analogamente a quanto si verifica nel settore civile, procede «mediante apposizione di stampigliatura sul fascicolo, utilizzando i marcatori predisposti in via automatica»<sup>28</sup>.

Successivamente, effettuata la fascicolazione da parte della Cancelleria centrale penale e trasmesso il procedimento alla sezione competente, i magistrati addetti all'esame preliminare dei ricorsi per cassazione, afferenti al settore penale<sup>29</sup>, devono verificare se i procedimenti riguardanti le materie

---

<sup>26</sup> Tali disposizioni sono contenute nelle pagine 3 e 4 del provvedimento in esame e devono essere integrate dalle indicazioni contenute nell'allegato B dello stesso provvedimento, relativo ai procedimenti che devono essere segnalati dalle cancellerie delle sezioni penali della Corte di cassazione.

Su questi temi, si ritiene utile rinviare anche ai recenti interventi di F. RESTA, *La Direttiva sulla protezione dei dati personali in ambito giudiziario penale e di polizia e la tutela dei terzi*, in *Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura*, cit. 93 ss.; G. CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura*, cit. 55 ss.

<sup>27</sup> Si veda il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2006, cit.; si tratta, in particolare, dei provvedimenti giurisdizionali compiutamente elencati nell'allegato B del decreto presidenziale in esame.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Per inquadrare, sul piano ordinamentale, l'Ufficio preliminare per i ricorsi penali, poco conosciuto all'esterno della Corte di cassazione, ma indispensabile per il funzionamento della giurisdizione di legittimità, è necessario richiamare la previsione dell'art. 51.1 delle Tabelle di organizzazione vigenti per il biennio 2020-2022, che stabilisce: «Presso ciascuna sezione è costituito l'Ufficio esame preliminare dei ricorsi del quale fanno parte, di regola, non meno di quattro e non più di sei consiglieri delegati dal Primo Presidente, che abbiano maturato un'anzianità di due anni nella Corte e di almeno un anno presso la sezione e che si impegnano a essere continuativamente presenti in Corte per almeno una settimana al mese». Tale disposizione deve essere integrata con la previsione contenuta nel secondo

oggetto di oscuramento e comunque quelli per i quali sussistono o comunque possono sussistere i presupposti per disporre l'oscuramento di dati personali o identificativi, risultino «segnalati con le modalità sopra indicate sul relativo fascicolo [...]»<sup>30</sup> e, in caso negativo, devono provvedere a fare «apporre sul fascicolo e a fare inserire nel registro generale la relativa annotazione»<sup>31</sup>.

Analoga incombenza grava sulle cancellerie delle singole sezioni penali della Suprema Corte, che gestiscono i fascicoli processuali, che devono provvedere, con le modalità che si sono appena richiamate, qualora ricevano una richiesta di oscuramento dei dati personali da parte di un soggetto processuale interessato, titolare di una pretesa giuridica, meritevole di tutela, alla criptazione delle informazioni che lo riguardano, coordinandosi con i magistrati addetti all'esame preliminare dei ricorsi.

Superata questa fase preliminare e assegnato il fascicolo processuale a un'udienza penale, i singoli collegi giudicanti, nelle ipotesi in cui si debba disporre l'oscuramento dei dati personali o comunque identificativi, ai sensi dell'art. 52, commi 2 e 5, del d.lgs. n. 196 del 2003, ovvero in accoglimento della richiesta presentata dall'interessato, provvedono ad apporre sul ruolo di udienza «un'annotazione con la quale si segnala che, prima dell'inserimento del provvedimento nella rete Internet [...] debbono essere oscurati i dati in questione [...]»<sup>32</sup>.

Dopo la decisione, l'estensore del provvedimento giurisdizionale penale, in sede di redazione della motivazione della minuta della sentenza, che soggiace alla disciplina dell'art. 154 disp. att. c.p.p.<sup>33</sup>,

---

comma della stessa norma, che prevede: «A ciascuna delle sottosezioni è preposto, in qualità di coordinatore, un presidente non titolare di sezione o un consigliere, designato dal Primo Presidente, previo interpello, sentiti il presidente della corrispondente sezione ordinaria ed il presidente della Sesta sezione, tenendo conto, in particolare, dell'esperienza maturata nel settore di competenza tabellare e nell'attività di esame preliminare dei ricorsi. A parità di attitudine prevale l'anzianità di ruolo».

<sup>30</sup> Si veda il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2006, cit.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> La disciplina della redazione della minuta della sentenza, com'è noto, è disciplinata dall'art. 154 disp. att. c.p.p., intitolato "Redazione non immediata dei motivi della sentenza", che si articola in cinque commi, che occorre richiamare integralmente: «1. Nei casi previsti dall'articolo 544 commi 2 e 3 del codice, il presidente provvede personalmente alla redazione della motivazione o designa un estensore tra i componenti del collegio. 2. L'estensore consegna la minuta della sentenza al presidente il quale, se sorgono questioni sulla motivazione, ne dà lettura al collegio, che può designare un altro estensore. 3. La minuta, sottoscritta dall'estensore e dal presidente, è consegnata alla cancelleria per la formazione dell'originale. 4. Il presidente e l'estensore, verificata la corrispondenza dell'originale alla minuta, sottoscrivono la sentenza. 4-bis. Il Presidente della Corte d'appello può prorogare, su richiesta motivata del giudice che deve procedere alla redazione della motivazione, i termini previsti dall'articolo 544, comma 3, del codice, per una sola volta e per un periodo massimo di novanta giorni, esonerando, se

provvede a segnalare i dati processuali sensibili che devono essere oscurati, provvedendo a sottolineare «con una linea continua le parole e le indicazioni numeriche non ostensibili direttamente in sede di redazione dello stesso»<sup>34</sup>.

Depositato in cancelleria il provvedimento decisorio, all'esito della procedura disciplinata dall'art. 154 disp. att. c.p.p., l'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione<sup>35</sup>, in relazione ai provvedimenti giurisdizionali penali sottoposti al suo scrutinio, ai fini della massimazione ovvero dell'inserimento nel "Servizio Novità" della Suprema Corte, deve segnalare i casi in cui si debba disporre l'oscuramento dei dati processuali sensibili, ai sensi dell'art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 196 del 2003, laddove gli stessi non siano stati indicati nell'atto, apponendo, anche in questo caso, una «barra sulle parole e le indicazioni numeriche non ostensibili»<sup>36</sup>.

Infine, a completamento della procedura che si è richiamata, l'Ufficio del C.E.D. della Corte di cassazione provvede a eseguire le operazioni di oscuramento dei dati identificativi, nel rispetto delle indicazioni ricevute.

*7. La protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali della Corte di cassazione e l'attività di ostensione effettuata dall'Ufficio C.E.D. della Corte di cassazione.*

Occorre, a questo proposito, precisare che l'Ufficio C.E.D. della Corte di cassazione<sup>37</sup> costituisce il terminale dell'attività di protezione dei dati personali che si è esaminata nei paragrafi precedenti, che

---

necessario, il giudice estensore da altri incarichi. Per i giudizi di primo grado provvede il presidente del tribunale. In ogni caso del provvedimento è data comunicazione al Consiglio superiore della magistratura».

<sup>34</sup> Si veda il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2016, cit.

<sup>35</sup> Per inquadrare, sul piano ordinamentale, l'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione, è necessario richiamare l'art. 78.1 delle Tabelle di organizzazione vigenti per il biennio 2020-2022, che stabilisce: «Compiti istituzionali dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo sono l'analisi sistematica della giurisprudenza di legittimità, condotta allo scopo di creare le condizioni di un'utile e diffusa informazione (interna ed esterna alla Corte di cassazione), necessaria per il miglior esercizio della funzione nomofilattica».

<sup>36</sup> Si veda il decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione 14 dicembre 2016, cit.

<sup>37</sup> Per inquadrare, sul piano ordinamentale, l'Ufficio C.E.D. della Corte di cassazione, è necessario richiamare l'art. 96.1 delle Tabelle di organizzazione vigenti per il biennio 2020-2022, nel cui primo comma si prevede: «Il C.E.D. si articola in una struttura organizzativa composta dalla direzione, dall'ufficio del Direttore amministrativo e da tre settori tecnici». Tale disposizione deve essere integrata con la previsione contenuta nel secondo comma della stessa norma, che prevede: «Gli obiettivi del

discende dai compiti istituzionali che sono riconosciuti a questo peculiare organismo para-giurisdizionale, fondamentale per il funzionamento della giurisdizione di legittimità.

Il Centro Elettronico di Documentazione della Corte di cassazione – è questo, invero, la denominazione completa dell'organismo istituzionale di cui si occupa conclusivamente – costituisce, nell'ambito della Corte di cassazione, una struttura autonoma, che opera alle dirette dipendenze del Primo Presidente, sotto la cui vigilanza istituzionale svolge compiti para-giurisdizionali indispensabili per garantire la protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali.

L'importanza di questi compiti è resa evidente dal fatto che l'Ufficio C.E.D. della Corte di cassazione svolge, quale compito prioritario, indispensabile per garantire la protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali, quello di «fornire a tutti i magistrati italiani (ed in particolare a quelli della Corte di cassazione), ai magistrati europei che ne facciano richiesta ed al pubblico degli abbonati servizi informatici aventi ad oggetto la realizzazione, la gestione e la messa a disposizione per la consultazione degli archivi di giurisprudenza e di legislazione (c.d. informatica giuridica)»<sup>38</sup>.

Occorre aggiungere che l'informatica giuridica<sup>39</sup> concerne il trattamento, la ricerca e la diffusione dei dati giuridici riguardanti le pronunzie della Corte di cassazione, che diffonde, in ambito nazionale e in ambito internazionale, attraverso la formazione e lo sviluppo della banca-dati denominata Italgire, che costituisce lo strumento di consultazione informatica più diffusa, oltre che più aggiornata, tra i magistrati italiani.

L'Ufficio C.E.D. della Corte di cassazione, al contempo, svolge un'altra, fondamentale, funzione – anch'esso indispensabile per garantire la protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali –, essendo deputato a fornire alle strutture amministrative e ai magistrati della

---

C.E.D., nel rispetto delle direttive del Primo Presidente o del Presidente Aggiunto da lui delegato, sono individuati annualmente in apposita riunione tra il Direttore del C.E.D., il Direttore amministrativo ed i responsabili dei settori tecnici.

<sup>38</sup> Si rinvia, in proposito, all'art. 95.1, lett. a), delle Tabelle di organizzazione della Corte di cassazione per il triennio 2020-2022.

<sup>39</sup> Sulla rilevanza scientifica dell'informatica giuridica, in generale, si vedano AA.VV., *Tecnologia e Diritto*, a cura di P. Perri e G. Zaccardi, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019; F. FAINI-S. PIETROPAOLI, *Scienza giuridica e tecnologia informatica*, Giappichelli, Torino, 2021; V. FROSINI, *Cibernetica, società e diritto*, Giuffrè, Milano, 1968; M. MONTANARI, *Compendio di informatica*, NelDiritto Editore, Molfetta, 2019; G. SARTOR, *Corso d'informatica giuridica*, Giappichelli, Torino, 2008; A. GAMBINO-A.M. STASI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, Torino, 2012; V. FROSINI, *Cibernetica, società e diritto*, Giuffrè, Milano, 1968.

Corte servizi informatici concernenti la gestione informatica dei processi dal deposito del ricorso alla pubblicazione della sentenza e alla restituzione degli atti al giudice di merito, che rientrano nell'ambito dell'informatica giudiziaria.

Si tenga ulteriormente presente che accanto a queste, prioritarie funzioni para-giurisdizionali, indispensabili per il funzionamento della Corte di cassazione, l'Ufficio in questione svolge numerosi altri compiti, afferenti alla materia dell'informatica giuridica; tutti necessari a garantire la protezione dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali penali, di cui ci stiamo occupando.

Non si può, in proposito, non rilevare conclusivamente che l'Ufficio C.E.D. della Corte di cassazione, tra l'altro, si occupa di formare e aggiornare gli archivi di documentazione giuridica del sistema di ricerca ItalgireWeb; di coordinare il servizio di informatizzazione delle sentenze penali; dell'attività di conversione informatica dei provvedimenti giurisdizionali della Corte di cassazione, indispensabile per consentire il funzionamento del sistema di ricerca ItalgireWeb; di coordinare le attività dei gruppi di lavoro necessari ad assicurare l'elaborazione di sistemi informatici funzionali allo sviluppo del processo penale, nel contesto del ruolo della Corte di cassazione<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Si rinvia, in proposito, all'art. 95.2 delle Tabelle di organizzazione della Corte di cassazione per il triennio 2020-2022, cit.