n° 4

Rassegna di dottrina
e giurisprudenza
a cura dell'Ordine degli Avvocati di Roma

ANNO LXIV
OTTOBRE – DICEMBRE 2016
ISSN 0495-0658

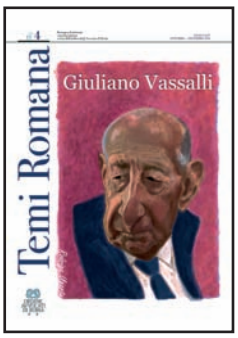
Temi Romana

Giuliano Vassalli

ORDINE
AVVOCATI
DI ROMA

n° 4

Rassegna di dottrina
e giurisprudenza
a cura dell'Ordine degli Avvocati di Roma



Direttore Responsabile: Mauro Vaglio

Direttore Scientifico: Alessandro Cassiani
Capo Redattore: Samantha Luponio

Comitato Scientifico:
Paola Balducci, Antonio Briguglio, Luigi Cancrini, Pierpaolo Dell'Anno
Antonio Fiorella, Giovanni Maria Flick, Giorgio Lombardi, Carlo Martuccelli
Gaetano Edoardo Napoli, Ugo Petronio, Eugenio Picozza, Giulio Prosperetti,
Giorgio Spangher, Alfonso Stile, Federico Tedeschini, Roberta Tiscini,
Giancarlo Umani Ronchi, Romano Vaccarella

Comitato di Redazione:
Mauro Vaglio, Pietro Di Tosto, Antonino Galletti, Riccardo Bolognesi
Fabrizio Bruni, Alessandro Cassiani, Domenico Condello
Antonio Conte, Mauro Mazzoni, Aldo Minghelli, Roberto Nicodemi
Livia Rossi, Matteo Santini, Mario Scialla, Isabella Maria Stoppani

Coordinatori:
Antonio Andreozzi, Andrea Barone, Camilla Beneduce, Domenico Benincasa
Marina Binda, Ersi Bozekhu, Francesco Casale, Francesco Ciani, Benedetto Cimino
Irma Conti, Antonio Cordasco, Alessandro Crasta, Carmelita De Finis
Annalisa Di Giovanni, Ruggero Frascaroli, Maria Vittoria Ferroni,
Fabrizio Galluzzo, Alessandro Gentiloni Silveri, Mario Lana, Paola Licci
Andrea Longo, Giuseppe Marazzita, Franco Marconi, Alessandra Mari
Gabriella Mazzei, Arturo Meglio, Chiara Pacifici, Ginevra Paoletti, Chiara Petrillo
Tommaso Pietrocarlo, Aurelio Richichi, Sabrina Rondinelli, Serafino Ruscica
Marco Valerio Santonocito, Massimiliano Silvetti, Luciano Tamburro
Federico Tela, Antonio Testa, Federica Umani Ronchi, Clara Veneto

Segretario di redazione: Natale Esposito
Progetto grafico: Alessandra Guglielmetti
Disegno di copertina: Rodrigo Ugarte

Coloro che intendono contribuire con articoli, possono inviare i testi al seguente indirizzo di posta elettronica unitamente ai propri dati necessari per essere contattati:

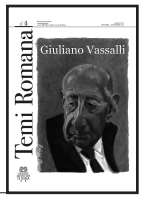
temiromanawork@libero.it

Temi Romana - Autorizzazione Tribunale di Roma n. 320 del 17 luglio 2001 - Direzione, Redazione: P.zza Cavour - Palazzo di Giustizia - 00193 Roma
Impaginazione e stampa: Infocarcere scrl - Via C. T. Masala, 42 - 00148 Roma
ISSN 0495-0658

Sommario

n° 4

Rassegna di dottrina
e giurisprudenza
a cura dell'Ordine degli Avvocati di Roma



2 **INTERVISTE IMMAGINARIE: GIULIANO VASSALLI**
Mario Scaffidi Abbate

4 **SAGGI**

4 **Tariffe servizio idrico integrato: determinazione e principio del recupero dei costi**
Monica Martire

8 **I difensori dei diritti umani nel mondo: un'impunita strage silenziosa**
Roberto Maria Meola

11 **Il ruolo dei CO.RE.COM. nelle procedure di conciliazione delle controversie tra gli operatori di comunicazioni elettroniche e gli utenti finali**
Davide Mula

14 **La nuova frontiera nel campo delle intercettazioni di comunicazioni: il Captatore Informatico**
Marco Zonaro

21 **OSSERVATORIO LEGISLATIVO**

21 **La tutela dell'interessato davanti al Garante per la protezione dei dati personali**
Elena Barbieri

31 **Orientamenti giurisprudenziali in materia di discriminazione**
Paolo Iafrate

34 **La giurisdizione penale e la degiurisdizionalizzazione**
Mario Scialla

37 **Riforma dell'amministrazione e dirigenza pubblica**
Antonina Zaccuri

47 **Ammissibilità degli enti pubblici in forma societaria, il problema della giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto il danno da *mala gestio* nelle società pubbliche in generale e in quelle *in house* in particolare**
Francesca Zignani

52 **NOTE A SENTENZA**

52 **Risoluzione del rapporto di lavoro illegittimo e conseguenze nel fallimento**
Antonio Caiafa

Interviste immaginarie a giuristi e legislatori: Giuliano Vassalli

Mario Scaffidi Abbate
Docente di Letteratura italiana

Parlando delle mie interviste immaginarie ad una vecchia e carissima amica, Laura C., che fa l'avvocato e il giudice di pace a Milano, le ho chiesto di farmi i nomi di alcuni giuristi italiani del passato, poiché vorrei dare più spazio a quelli di casa nostra e più recenti. Lei me ne ha elencati una dozzina e alla fine mi ha detto: "Perché non intervisti Giuliano Vassalli, che è stato mio professore all'università?".
Così oggi pomeriggio mi sono concentrato su di lui e a un certo punto mi è apparsa la sua immagine col volto sereno e sorridente, tanto che, richiamandomi ad una espressione usata verso di lui, gli ho detto:

"Lei non ha affatto l'aspetto di una tigre".

"Quella fu una battuta di Giacomo Mancini per dire che ero un uomo coraggioso. Per l'esattezza l'illustre politico, esponente del Partito Socialista, disse: 'Sembra docile, ma può diventare una tigre'. Era l'epoca in cui, da ministro della Giustizia, mi scontrai con i magistrati. C'era stato il caso Tortora, c'erano stati degli abusi e violenze nei confronti di imputati e testimoni".

"Cos'ha influito di più sulla formazione della sua personalità?".

"L'ambiente familiare e culturale, nel quale ho assimilato, insieme all'amore per il diritto, un severo senso di partecipazione alla vita civile e istituzionale del Paese. Sono nato a Perugia il 25 aprile del 1915. Mio padre, Filippo, era giurista anche lui, e io mi sono sempre definito 'giurista dalle molte esperienze', affiancando all'impegno scientifico non solo l'esercizio dell'avvocatura ma anche e soprattutto un'intensissima attività politica e istituzionale, sempre inseguendo quell'ideale di giustizia e di umanesimo giuridico che ispirava il mio pensiero".

"Un ideale che lei dimostrò già nel periodo universitario quando s'iscrisse ai GUF (Gruppi Universitari Fascisti). Partecipò anche ai Littoriali della Cultura e dell'Arte".

"Tutti siamo nati e cresciuti in quel clima lì. Io, però, non mi sono inventato, col senno di poi, di aver portato sì la camicia nera ma 'sdrucita', il fazzoletto 'gualcito' e le scarpe 'slacciate', non per allergia alle adunate ma 'per indicare un odio appassionato e violento nei confronti del tiranno'. Nel '43 sono stato partigiano perché ritenevo che quello fosse allora il mio dovere, ma senza spavalderie e senza mai uscire dai binari del buon senso e della legalità".

"Il ruolo che lei ha svolto nella Resistenza le fa onore: ha compiuto atti arditi e coraggiosi, come quello di fare evadere dal carcere di Regina Coeli Giuseppe Saragat e Sandro Pertini".

"Era il gennaio del '44. Tre mesi dopo fui arrestato dai tedeschi per una soffiata, in via del Pozzetto, a pochi passi dal Parlamento, mentre andavo ad incontrare una staffetta della Brigata Matteotti, Libero De Angelis. Cercai per due volte di buttarmi dall'auto aprendo lo sportello: avevo capito che non c'era niente da fare. Meglio uccidersi, che finire a via Tasso".

"Quanti anni aveva?".

"Ventinove. Sapevo cosa voleva dire entrare nel carcere di via Tasso: erano trascorsi soltanto dieci giorni dalla strage delle Fosse Ardeatine. Quando ci arrivai ero sicuro che non ne sarei uscito vivo. Ero già cieco dalle botte subìte nel tragitto, rimasi con i grumi di sangue negli occhi per 20 giorni, ero talmente ferito che mi avvolsero in una coperta e cacciarono via tutti i civili che si erano fermati davanti al portone: nessuno doveva vedere in che stato mi avevano ridotto. Mi piazzarono nella cella numero 2, insieme a un uomo buttato a terra, un brigadiere dei carabinieri. Ci legavano le mani dietro la schiena con i ferri a scatto e ci davano da mangiare in una ciotola, come si fa coi cani".

"Nel corso degli interrogatori che dovette subire, nonostante le sevizie, lei resistette senza mai rivelare alcun segreto".

"Ai miei torturatori, tra cui il comandante della Gestapo Herbert Kappler e il suo vice, il capitano Priebke, non rispondevo, oppure divagavo o fornivo informazioni che erano già note. Tra queste la frattura all'interno del movi-

mento di resistenza sull'attentato di via Rasella che era stato portato a termine, contro il parere dei socialisti, dai partigiani comunisti allo scopo di provocare una rappresaglia dei nazisti e un'insurrezione popolare dei romani".

"Per quanto tempo rimase là dentro?".

"Sessantadue giorni. Mi liberò il generale Wolff, su pressioni del papa, Pio XII, e di Virginia Agnelli, che scrisse a mio padre: 'Probabilmente il penalista avrà salva la vita'".

"Lei ha scritto anche un memoriale, da cui emergono la sua intelligenza e il suo coraggio in un'età in cui si sentiva già investito di una grande responsabilità nel coordinamento del movimento di resistenza nella capitale".

"Sono pagine che offrono un quadro molto chiaro di ciò che fu la resistenza e il ruolo che ebbero i socialisti nel combattere la dittatura e restituire agli Italiani la libertà. E pareggiano per così dire i conti con chi ancora oggi insulta la memoria dei morti per la libertà e la democrazia, delle vittime delle persecuzioni e della shoah".

"Ma mi parli di lei come giurista. Il suo peso è stato notevole e determinante nella penalistica italiana del Novecento. Il suo pensiero ha rappresentato una sorta di ponte fra la grande penalistica ottocentesca e la scienza penale sul finire del secolo scorso. La sua opera è stata un modello di equilibrio fra l'ossequio alla legge e l'anelito ad una visione più umana della Giustizia".

"Lo devo anche ai molti incarichi che ho ricoperto. Sono stato avvocato e docente universitario, professore emerito di Diritto penale alla Sapienza di Roma e membro dell'Accademia dei Lincei, deputato del PSI, senatore, ministro di grazia e giustizia. In tale veste nel 1987 presentai un disegno di legge delega per la riforma del Codice di procedura penale. Quello nuovo, redatto da una commissione presieduta da Giandomenico Pisapia, fu approvato nel 1988 ed entrò in vigore nel 1989. Sempre nel 1987 presentai un disegno di legge di riforma parziale del Codice di procedura civile che venne approvato nel 1990. L'anno dopo il presidente della Repubblica Francesco Cossiga mi nominò giudice della Corte costituzionale, della quale fui presidente dal 1999 al 2000".

"Una delle sue principali preoccupazioni è sempre stata quella di liberare il diritto penale dalle pericolose degenerazioni dell'abuso e dell'arbitrio punitivo a cui è esposto".

"Infatti. Il primo compito del giurista è quello di impedire che la Giustizia perda il suo volto umano".

"Lei ha affrontato anche il problema del compito di rieducazione che deve avere la pena, di cui parla l'art. 27 della Costituzione".

"Esatto. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva e la pena non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e deve tendere appunto alla rieducazione del condannato".

"Anche sul terreno della giustizia internazionale e dei crimini contro l'umanità lei ha sviluppato le sue più profonde riflessioni nel famoso volume *Formula di Radbruch e diritto penale* del 2001".

"Qui ho trovato un sofferto equilibrio tra legalità e giustizia, tra diritto e morale, ammettendo la possibilità di disapplicare la legge ingiusta che superi la 'soglia dell'umana tollerabilità'. Però ho precisato che questo 'strappo' può farlo non il giudice ma il legislatore, in quanto più adatto a svolgere il lavoro di 'superamento del passato'".

"Come ha scritto qualcuno – sono parole di Francesco Palazzo – non è facile sintetizzare il suo pensiero, che si è sviluppato in un così lungo arco di tempo e su così vasti e numerosi campi d'indagine e di riflessione. In estrema sintesi si può dire che il suo pensiero giuridico è stato caratterizzato dalla convinta consapevolezza della complessità e della storicità del diritto penale. Lei è stato fra i primi, dopo la guerra, a professare un'idea di scienza penale 'integrata', in quanto aperta ai contributi provenienti soprattutto dalla criminologia e dalla politica criminale. Ma mi tolga una curiosità. Lei ci ha lasciati il 21 ottobre del 2009, all'età di 94 anni. La notizia fu data ad esequie avvenute, due giorni dopo. Come mai?".

La mia domanda è rimasta senza risposta, perché a quel punto, dopo che questa volta ero rimasto ben sveglio per tutta l'intervista e mi sentivo contento e soddisfatto, forse perché cullato dalla comoda poltrona reclinabile che tengo ai piedi della scrivania, mi sono addormentato.

"Anima ardente di patriota, si dedicò con audace instancabile attività alla lotta contro il nazi-fascismo. Subito dopo l'armistizio nel settembre 1943, al comando di una formazione di partigiani, ostacolò presso la Porta di San Paolo, con generosa disperata lotta, l'avanzata del tedesco invasore. Capo zona, membro del comitato militare cittadino e del C.L.N., fu ideatore, organizzatore ed esecutore coraggioso di numerose azioni di resistenza contro i tedeschi. Arrestato e trasportato nelle prigioni di Via Tasso sopportò con fierezza le sofferenze della carne martoriata, salvando con il suo silenzio l'organizzazione militare del partito. Esempio luminoso di dedizione alla Patria, di audacia, di fierezza e di elevato spirito di sacrificio".

Tariffe servizio idrico integrato: determinazione e principio del recupero dei costi

Monica Martire
Avvocato del Foro di Roma

La giurisprudenza si è recentemente occupata della questione relativa alla determinazione della tariffa del Servizio Idrico Integrato, all'indomani della consultazione popolare del 2011, che, come è noto, ha modificato l'art. 154 T.U. Ambiente, eliminando dalla previsione originaria il riferimento all'"*adeguatezza della remunerazione del capitale investito*".
La suddetta questione spicca per un evidente e sicuro elemento di novità e di curiosità: vengono dettati i confini del principio del recupero integrale dei costi e, soprattutto, vengono chiariti la portata e gli effetti del referendum abrogativo "sull'acqua", che tanta attenzione ha conseguito presso l'opinione pubblica.

Breve premessa

La regolamentazione della tariffa del Servizio Idrico Integrato è conformata al principio comunitario dell'integrale recupero dei costi (*full cost recovery*), di cui alla Direttiva 2000/60[1], in base al quale il gestore del servizio idrico ha diritto di recuperare – attraverso la tariffa a carico degli utenti – i costi degli investimenti effettuati per rendere efficienti le infrastrutture, "*essenziale per l'autosufficienza della gestione che si ottiene attraverso l'equilibrio tra i costi dei fattori produttivi ed i ricavi risultanti dalla gestione*"[2].
È stato, cioè, introdotto il principio per cui nel calcolo della tariffa – che costituisce il corrispettivo delle prestazioni erogate dal gestore del servizio – devono essere inclusi tutti i costi sostenuti da parte dell'operatore economico, in quanto "*se le tariffe del settore sono fissate ad un livello inferiore al recupero dei costi, il grado di sostituzione dei beni nei sistemi per l'acqua potabile può non essere sufficiente per ridurre le dispersioni a livelli accettabili e i fondi disponibili per il trattamento possono non essere sufficienti per conseguire gli obiettivi ambientali*"[3].

Il suddetto principio comunitario trova ingresso, sul piano nazionale, con il D.Lgs. 152/2006, che, all'art. 141, definisce il servizio idrico integrato quale insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e, all'art. 154 – il cui testo è stato modificato a seguito dell'esito del referendum abrogativo del 2011, che ha stralciato, per l'appunto, le parole "*dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*" – precisa che "*1. La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio «chi inquina paga». Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo*"[4].
Prima dell'abrogazione – per effetto del referendum – della previsione circa "*l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*" contenuta nell'art. 154 citato, trovava applicazione – per la determinazione della tariffa relativa al Servizio Idrico Integrato – il D.M. 1° agosto 1996 (adottato in attuazione della legge 36/1994, c.d. legge "Galli", poi confluita nel D.Lgs. 152/2006), che introdusse il c.d. metodo tariffario normalizzato (MTN).
Il citato D.M. prevedeva, in particolare, un tasso di remunerazione del 7%, allo scopo di agevolare gli investimenti – soprattutto privati – nel settore dei servizi idrici, e garantendo agli operatori economici una "*remunerazione*" fissa e prestabilita rispetto al capitale, per l'appunto, "*investito*" nel settore idrico.

Successivamente al referendum del 2011[5], l'Autorità Garante per l'Energia Elettrica ed il Gas introduceva[6], per il calcolo della tariffa, il c.d. metodo tariffario transitorio (MTT), e, in ossequio al principio comunitario del *full cost recovery*, ricomprendeva, tra i costi recuperabili[7], anche il "*costo finanziario*" rappresentato dal capitale investito dall'operatore, sia quello proprio (c.d. capitale di rischio) che quello prestato dalle banche (comprensivo anche degli interessi maturati).
Secondo l'Autorità Garante[8], il MTN si prestava ad abusi e profitti ingiustificati per gli operatori del settore, mentre il MTT permetteva di determinare un livello tariffario necessario alla copertura dei costi, nei soli limiti in cui essi potevano ritenersi efficienti[9] – rispetto a determinati parametri – favorendo, nel contempo, gli investimenti necessari per il settore idrico.

La questione: sulla "adeguatezza della remunerazione del capitale investito", ai sensi dell'articolo 154 T.U. ambiente

Il provvedimento adottato dall'Autorità Garante per l'Energia Elettrica ed il Gas permette di interrogarsi sulla portata del suddetto principio comunitario del *full cost recovery* e, soprattutto, sulla corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 154 citato.
Infatti, l'eliminazione della previsione circa "*l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*" è stata seguita – come si è visto – da una metodologia tariffaria, che include anche il "*costo*" del capitale investito dall'operatore, sia proprio che a debito.
Tuttavia, se è vero che a tali conclusioni può pervenirsi semplicemente aderendo ad una nozione economica di "*costo*" – per cui è tale anche ciò che non comporta un puntuale esborso di denaro (es. il tempo investito in una certa attività) – diverse conclusioni ben potrebbero essere formulate laddove si applichino i principi in materia di contabilità.
E, sulla base di tali suddetti principi, può definirsi, come "*costo*", solo ciò che non costituisce il risultato della gestione dell'attività economica – anche se è ad esso correlato – e rappresenta, quindi, il componente negativo del reddito generato dai fattori impiegati nel processo produttivo.
A rigor di logica, quindi, potrebbe senz'altro rientrare, nel capo di applicazione del predetto principio del recupero integrale dei costi – e nel calcolo della tariffa del servizio idrico – il solo "*capitale*" investito dall'operatore economico, ma non anche il suo margine di risultato – ovvero il rischio assunto – di gestione.
Vero è, però, che il MTT sembra garantire una tariffa strutturalmente identica a quella già prevista e calcolata con il MTN[10], e, qualificando ora, come "*costo*" o "*onere finanziario*" recuperabile in tariffa, ciò che, in realtà, è l'utilità di gestione, sembra reintrodurre quella "*remunerazione del capitale investito*" originariamente prevista dall'articolo 154 T.U. Ambiente, e, poi, abrogata.

Il TAR Lombardia, 26 marzo 2014, n. 780

Su tale questione si è pronunciato il TAR Lombardia, con sentenza n. 780 del 26 marzo 2014, che – riconoscendo la piena operatività del principio della copertura integrale dei costi, inteso come *"equilibrio fra i costi dei fattori produttivi ed i ricavi risultanti dalla gestione*" – ha concluso nel senso che "*la copertura del costo del fattore produttivo non deve essere confusa con il profitto derivante dall'impiego del medesimo, che si ottiene allorché i ricavi superino i costi*", e "*Nel caso di specie, non appaiono sussistere ostacoli di ordine giuridico alla corretta qualificazione come "costo", con connesso onere di recupero in tariffa, del costo di investimento del capitale proprio. Non appare dubbio, infatti, secondo l'orientamento pressoché generale della scienza economica, che nella nozione di "costo" rientra anche quello sopra indicato, da intendersi quale "costo-opportunità" o "costo-implicito", nel senso del valore del mancato impiego del fattore produttivo in altra attività comunque profittevole*"[11].
La pronuncia in esame fonda, in particolare, le proprie motivazioni sulla sottile distinzione tra "*profitti*", "*ricavi*" e "*remunerazione*"[12], distinguendoli dalla nozione di "*costo di investimento del capitale proprio*", recuperabile viceversa in tariffa.
In disparte la questione sulla natura del sindacato giudiziale rispetto agli atti e provvedimenti delle Autorità Garanti[13], il giudice di primo grado aderisce, quindi, ai principi della "*scienza economica*" – che, come già anticipato, permettono di qualificare come "*costo*" anche ciò che non comporta, per l'operatore, alcun esborso di denaro – e arriva, perciò, ad includere, nel calcolo della tariffa, anche "*il valore del mancato impiego del fattore produttivo in altra attività comun-*

que profittevole" ("*il costo di investimento del capitale proprio*" è "*il valore del mancato impiego del fattore produttivo in altra attività comunque profittevole*")[14].

Considerazioni finali

All'esito della presente analisi, è evidente come ci si trovi di fronte ad una questione che deve essere ancora chiarita e dai confini incerti: la vicenda in esame può prestarsi ad una diversa lettura ed interpretazione della normativa di riferimento, da parte della giurisprudenza, sia in considerazione del particolare sapere a cui ci si ricollega per definire concetti giuridici indeterminati – come quello di "*costo*" – e sia in considerazione del diverso criterio ermeneutico, che viene applicato.

Infatti, aderendo ai principi della "*scienza economica*" – come conclude TAR Lombardia, 26 marzo 2014, n. 780 – si rischia di vanificare i propositi della campagna referendaria del 2011, e ci si allontana dagli obiettivi indicati, che erano quelli di eliminare ogni logica speculativa dal settore idrico (la "*remunerazione del capitale*"), rispetto al un bene primario ed essenziale come l'acqua.

In altri termini, un "*profitto*" non cessa di essere tale, se, dapprima, "*riconosci*(uto) *certo e per così dire predeterminato*"[15] – nella misura del 7%, secondo il MTN – è divenuto, poi, un "*costo*" variabile e rilevante rispetto ai parametri considerati e nei limiti dell'efficienza, secondo il MTT.

Conseguentemente, se può ritenersi "*costo o onere finanziario*", recuperabile in tariffa, anche il c.d. rischio d'impresa, è ragionevole e legittimo concludere nel senso che è stato avviato un referendum, che, di fatto, ha lasciato sostanzialmente inalterato l'assetto normativo previgente.

---

1 Direttiva 2000/60, art. 9: "Gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III". Ad essa Direttiva sono collegate la Comunicazione sulle "*Politiche di tariffazione per una gestione più sostenibile delle riserve idriche*" – COM (2000) 477 –, la Comunicazione avente ad oggetto la "*Relazione sul riesame della politica europea in materia di carenza idrica e di siccità*" – COM (2012) 672 – e la Comunicazione avente ad oggetto il "*Piano per la salvaguardia delle risorse idriche europee*" – COM (2012) 673.

2 Cfr. TAR Lombardia, Milano, 26 marzo 2014, n. 779.

3 Così, la "*Relazione sul riesame della politica europea in materia di carenza idrica e di siccità*" – COM (2012) 672.

4 Il principio del "recupero integrale dei costi" è sottolineato anche:
- nel DPCM del 20.7.2012, agli articoli 2 lett. e) («*attuazione dei principi comunitari «recupero integrale di costi»...*») e 3, comma 1°, lett. c) («*definisce le componenti di costo – inclusi i costi finanziari degli investimenti e della gestione – per la determinazione della tariffa...*»);
- nell'art. 10, del D.L. 70/2011, convertito con legge 106/2011, comma 11° e comma 14° («*predispone il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi...*»);
- nel parere del Consiglio di Stato, Sez. II, 19.12.2012, n. 267, che richiama il «*rispetto del complessivo e articolato quadro normativo che, sul piano nazionale ed europeo, regolamenta i criteri di calcolo della tariffa, in specie imponendo che si assicuri la copertura dei costi*».

5 Cfr. Consiglio di Stato, 25 gennaio 2013, n. 9710: "*gli effetti propri del referendum del 2011 non possono non essere estesi al D.M. 1° agosto 1996, nella parte in cui lo stesso richiamava ed applicava il criterio dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*".

6 Deliberazione AEEG 585/2012/R/IDR del 28 dicembre 2012: "*Regolazione dei servizi idrici: approvazione del metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013*"; per gli anni a partire dal 2014, è stato introdotto il metodo tariffario idrico (MTI) con deliberazione AEEG 643/2013/R/IDR del 27 dicembre 2013. Sia il MTT che il MTI riconoscono l'integrale copertura dei costi sostenuti, includendo il costo degli investimenti di capitale proprio e a debito. Cfr., Consiglio di Stato, n. 22 gennaio 2014, n. 319 sui poteri di regolazione delle tariffe in capo all'AEEG.

7 Cfr. la Comunicazione sulle "*Politiche di tariffazione per una gestione più sostenibile delle riserve idriche*" – COM (2000) 477 – secondo cui, tra i costi recuperabili in tariffa, rientrano "*i costi finanziari dei servizi idrici*", che comprendono, tra gli altri, tutti i

costi operativi, di manutenzione ed i costi di capitale (quota capitale e quota interessi).

8 Cfr. DCO 290/2012/R/IDR.

9 Cfr., ancora, il D.P.C.M. 20 luglio 2012, che, all'art. 3, precisa nel senso che il metodo tariffario deve essere predisposto "*sulla base del riconoscimento dei costi efficienti di investimento e di esercizio sostenuti dai gestori*".

10 Il MTT avrebbe determinato un tasso di "*remunerazione del capitale investito*" pari al 6,4%, a fronte del 7% garantito dal D.M. 1° agosto 1996.

11 Cfr., ancora, in motivazione, TAR Lombardia, n. 780/2014: "*Nel ricorso, però, appaiono confusi i concetti di "copertura integrale dei costi", prevista anche dall'ordinamento comunitario e confermata dal referendum, con quello di "adeguata remunerazione" del capitale, che presuppone un riconoscimento certo e per così dire predeterminato per gli operatori economici di una remunerazione del proprio investimento (certezza e predeterminazione che erano garantite dalla misura fissa del 7% del fattore "R" nel DM del 1996). L'Autorità, nell'esercizio del proprio potere regolatorio – alla stessa assegnato in via generale dalla legge istitutiva n. 481/1995 – ha optato per una nozione di "costo economico" del capitale investito conforme all'orientamento dominante della scienza economica e se le nozioni di quest'ultima non hanno certo valenza precettiva, parimenti non appare né irragionevole né manifestamente illogico il richiamo da parte dell'AEEG a consolidati principi dell'economia politica*". In senso conforme, v. TAR Lombardia, 26 marzo 2014, n. 779.

12 Cfr.: "*il profitto derivante dall'impiego del medesimo ... si ottiene allorché i ricavi superino i costi*", mentre l'*"adeguata remunerazione" del capitale ... presuppone un riconoscimento certo e per così dire predeterminato ... (certezza e predeterminazione che erano garantite dalla misura fissa del 7% del fattore "R" nel DM del 1996)*".

13 Cfr. Cass. SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013, secondo cui quando vengono in rilievo concetti giuridici indeterminati, che impongono il ricorso a canoni che appartengono al patrimonio di saperi diversi, il sindacato del giudice "*oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità, e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità (...), non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini*".

14 È, ad oggi, pendente l'impugnazione proposta avverso la sentenza n. 780/2014, sulla quale il Consiglio di Stato deve ancora pronunciarsi.

15 Cfr. ancora, in motivazione.

I difensori dei diritti umani nel mondo: un'impunita strage silenziosa

Roberto Maria Meola
Avvocato del Foro di Roma

"I difensori dei diritti umani hanno continuato ad affrontare attacchi ed abusi come ritorsione per il loro legittimo lavoro sui diritti umani in molti Paesi"[1]; *"I difensori sono stati vittime di abusi come attacchi alla vita ed all'integrità fisica e ai loro diritti alla libertà di espressione"*[1]; *"Dall'Egitto alla Turchia, l'attacco a difensori dei diritti umani è ormai una pratica diffusa"*[2]; *"Lo scorso anno sono stati uccisi difensori dei diritti umani in Brasile, Birmania, Burundi, Cambogia, Camerun, Repubblica Democratica del Congo, Guatemala, Honduras, Iraq, Kenya, Libia, Pakistan, Sudafrica, Siria, Thailandia e Filippine. In molti paesi le forze di sicurezza e polizia hanno sottoposto ad arresti arbitrari attivisti cui viene negato il diritto ad un processo equo in molti altri paesi"*[3]; *"L'ultimo omicidio si è verificato lo scorso 19 giugno quando* ***Brenda Marleni Estrada Tambito****, vicecoordinatrice della Commissione di consulenza legale dell'Unione sindacale dei lavoratori del Guatemala, Unsitragua Histórica, e figlia del noto sindacalista Jorge Estrada, è stata uccisa da sconosciuti. Era alla guida della sua macchina nella Zona 1 della capitale guatemalteca quando un veicolo le si è avvicinato e gli occupanti hanno aperto il fuoco. Brenda Estrada è stata raggiunta da cinque colpi di pistola ed è morta sul colpo. Prima di essere assassinata, Estrada si stava occupando, insieme al padre, delle trattative per la firma dei contratti aziendali in varie piantagioni di banane nella zona di Izabal, all'oriente del Guatemala. L'attentato ha suscitato la reazione immediata da parte di organizzazioni nazionali e internazionali"*[4]; *"L'Osservatorio per la protezione dei difensori dei diritti umani, un programma dell'Organizzazione mondiale contro la tortura, Omct, e della Federazione internazionale dei diritti umani, Fidh, si è pronunciato con forza contro l'omicidio della sindacalista. In un comunicato ha espresso il proprio sdegno e ha preteso che le autorità competenti avviino immediatamente "un'indagine esauriente e imparziale", sia su quanto accaduto a Brenda che su tutti gli altri omicidi di difensori dei diritti umani in Guatemala. A questo proposito ha segnalato che questo nuovo attacco mortale avviene a pochi giorni dall'omicidio del dirigente sociale* ***Daniel Choc Pop*** *e dei giornalisti* ***Víctor Hugo Valdés Cardona*** *e* ***Diego Salomón Esteban Gaspar****, e a meno di quattro mesi dall'uccisione dei difensori dei diritti umani* ***Walter Manfredo Méndez Barrios****,* ***Rigoberto Lima Choc*** *e* ***Sebastian Córdova Sajic****"*[4].

Questi sono solo alcuni titoli o estratti di articoli, facilmente reperibili nella rete, sui difensori dei diritti umani che han dato la vita per la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Una delle sfide più ardue del mondo civile contemporaneo; ardue per il conseguimento del risultato, ardue per la tutela di sé stessi. Poiché appare essere sempre più frequente il fenomeno dell'interferenza esogena nell'esercizio delle proprie libertà e nel godimento dei propri diritti fondamentali , molti sono gli uomini e le donne che non si piegano e sacrificano le loro esistenze al servizio dell'umanità rispondendo alla crescente esigenze di tutela giuridica e giudiziaria per l'affermazione di principi che dovrebbero appartenere alla comune morale.
Per consentire a questi eroi silenziosi, il cui sacrificio è spesso reso inutile dalla mancanza di visibilità e dall'impunità dei responsabili delle violazioni e conseguentemente dall'inesistenza di un pubblico riconoscimento della loro categoria, l'Unione Europea ha adottato alcuni "orientamenti" in materia di difensori dei diritti umani nell'auspicio di porre un freno a questa strage silenziosa. In questa direzione si sono mossi, come sempre quando c'è da dare solidarietà, gli avvocati italiani che si occupano di tutela dei diritti umani e della persona. Molteplici gli eventi, gli incontri, i

premi, le iniziative, i messaggi di solidarietà realizzati dagli stessi nel corso, soprattutto, dell'ultimo biennio, durante il quale, troppo spesso, si è avuta notizia di colleghi stranieri di ogni nazionalità uccisi nell'esercizio delle loro funzioni di tutori della Giustizia e rappresentanti dei diritti dei cittadini più deboli. Diviene quindi sempre più urgente chiedere al Parlamento ed al governo italiano di seguire l'esempio di altri Paesi europei quali Irlanda, Spagna, Olanda che si sono dotati di procedure e strumenti per monitorare la situazione dei difensori dei diritti umani nei paesi nei quali sono presenti loro rappresentanze diplomatiche dando così attuazione agli orientamenti della UE in proposito.
È completamente condivisibile l'analisi di Alessandro Fioroni che lo scorso 3 settembre 2016, scrive coma la situazione attuale nei regimi autoritari porti "*un salto* '*qualitativo*' *della repressione che identifica il difensore con il suo cliente*" e che pertanto "*quando quest'ultimo è un oppositore politico l'avvocato viene messo nel mirino dei regimi*".[5] Assume ancora maggior rilevanza la prosecuzione dell'articolo che rammenta come in occasione della presentazione del rapporto 2015-2016 di Amnesty International, il segretario generale dell'organizzazione Salil Shetty abbia evidenziato come "*non sono solo i nostri diritti a essere minacciati, lo sono anche le leggi e il sistema che li proteggono*"[5].
Si tratta di affermazioni sconvolgenti per un Avvocato, poiché è l'intero ordinamento su cui si basano ed incardinano le regole dell'esistenza di una collettività pacifica ed eterogeneamente ma organicamente coordinata; è la Legge stessa ad essere in pericolo!

"*Una tendenza che attraversa il pianeta non esclusa l'Europa. Emblematico il caso di* ***Malek Adley****, l'avvocato egiziano, responsabile della Rete degli avvocati dell'Egyptian Center for Economic and Social Rights, che ha scontato 114 giorni di prigione preventiva (un trattamento al quale sono sottoposti 10mila dei circa 60mila prigionieri politici egiziani) per le manifestazioni del 15 e 25 aprile contro la cessione delle isole Tiran e Sanafir all'Arabia Saudita da parte del Cairo. Adley fortunatamente è stato liberato il 27 agosto e probabilmente ha pagato il suo impegno nel ricercare la verità, insieme al collega Ahmed Abdallah, sulla morte del ricercatore italiano Giulio Regeni. Oltre alle torture, carcerazioni illegali e false accuse, sempre di più, come messo in evidenza da Amnesty International, viene ad esempio usata la pratica delle sparizioni forzate. In Siria, dall'inizio del conflitto nel 2011, oltre gli attivisti anche gli avvocati divengono dei veri e propri desaparecidos. Come nel caso del legale e difensore dei diritti umani,* ***Khalil Màtouq****, arrestato a Damasco nel 2012 e poi scomparso. Ancora dopo quattro anni non si hanno ancora sue notizie, anche se si nutrono poche speranze circa la sua sorte. Purtroppo invece, è chiara la fine dell'avvocato keniota* ***Willie Kimani****, il cui corpo, insieme a quello del suo cliente, è stato ritrovato nel luglio scorso in un fiume. Secondo l'Alta Corte sono stati vittime di sparizione forzata e in seguito uccisi dalla polizia. Come afferma Nicola Canestrini, coordinatore del progetto Endangered Lawyers, portato avanti per l'Unione delle Camere Penali, che si occupa di censire i casi di avvocati in pericolo e costruire reti di organizzazioni a difesa dei legali: "Non credo nella sindrome del salvatore del mondo ma siamo anche intellettuali e la società ha il diritto di aspettarsi da noi, oltre la preparazione tecnica, anche la funzione di apripista su questioni importanti". Probabilmente pensavano la stessa cosa gli 8 avvocati turchi appartenenti alla ÖHD (Özgürlükçü Hukukçular Dernegi-Associazione Avvocati per la Libertà) che la mattina del 16 marzo 2016 a Istanbul sono stati arrestati nell'ambito di un indagine per "terrorismo". Si tratta di legali conosciuti internazionalmente per il lavoro a difesa dei diritti umani. Tra di loro l'avvocato* ***Ramazan Demir*** *che – come hanno reso noto i Giuristi Democratici e Legal Team Italia – ha già subito persecuzioni di vario livello. L'accusa principale era quella di aver divulgato materiale video che documentava le violazioni dell'esercito turco ai danni delle popolazioni curde. Dopo il fallito golpe di luglio la repressione generalizzata in Turchia è aumentata esponenzialmente*"[6].

Il costante oscuramento dei fatti, la disinformazione organizzata e precise scelte di strategia politica portano l'opinione pubblica ad avere notizie frammentarie che tuttora non consentono di individuare con esattezza il numero di avvocati arrestati in Turchia dal regime di Erdogan con l'accusa di terrorismo.
Effettuando una ricerca in rete, infatti, si parla alternativamente di 8 o di 9, ma quel che più colpisce è, come

recita il comunicato di condanna dell'Unione Internazionale degli Avvocati, che tutti loro rappresentano "*46 avvocati perseguiti per la loro partecipazione al collegio di difesa del leader del Partito dei Lavoratori curdi (Pkk), Abdullah Öcalan*"; appartengono a questo elenco, oltre al già citato Ramazan Demir, i colleghi **Irfan Arasan**, **Ayşe Acinikli**, **Hűseyin Boğatekin**, **Şefik Celik**, **Adem Calişci**, **Aişe Başar**, **Tamer Doğan**, e **Mustafa Ruzgar**.

E purtroppo questo elenco triste ed ampiamente incompleto, destinato a rimanere tale, non può non prevedere la figura di **Tahir Elçi**, capo degli avvocati curdi, definito "un gigante nel movimento per i diritti umani della Turchia", fondatore di Amnesty International Turchia, che fu ucciso il 28 Novembre 2015, in circostanze misteriose e mai più chiarite ma con reciproche accuse di colpevolezza tra la polizia di Goveroed il partito curdo di opposizione (PKK).

La gravità di quanto accade agli Avvocati ed ai difensori dei diritti umani in generale è ancora più evidente se sol si pensi che il Premio Nobel per la Pace 2015, forse il più importante riconoscimento al mondo, è andato al "Quartetto per il dialogo nazionale tunisino", ovvero l'insieme di quattro organizzazioni tunisine (Unione generale tunisina del lavoro-Confederazione dell'industria del commercio e dell'artigianato-la Lega tunisina per i diritti dell'uomo e l'Ordine nazionale degli avvocati di Tunisia), che hanno contribuito alla ratifica della nuova Costituzione tunisina dopo la caduta di Zine El Abissine Ben Ali.

Le conseguenze della repressione dell'azione dei difensori dei diritti umani appaiono quindi ben chiare .

Conquistata dai Popoli con enormi sacrifici, oggi come nel passato e forse più di quanto non sia stato negli ultimi decenni, almeno in quelli che si sono considerati, forse ingenuamente, Paesi civili, è la democrazia ad essere in grave pericolo.

Sarebbe compito di ognuno tutelare la propria libertà, ma esiste una categoria, che raccoglie nel mondo milioni di persone, che sa di non essere sola, che si disinteressa del pubblico plauso, che trova nel sorriso di ogni uomo la forza di proseguire, che è pronta a difendere, con le armi della civiltà e della Giustizia, il nostro essere noi stessi nel rispetto dell'altro perché un domani i nostri figli ed i figli dei nostri figli possano godere di quelle libertà che comportano lo sviluppo della coesione sociale ed avvicinano i Popoli del mondo ad essere consapevoli della loro omogeneità.

La regressione ad epoche storiche più infelici s'approssimerebbe dunque laddove non fossero consentiti l'esercizio delle libertà e la tutela delle garanzie che ogni uomo possiede per il fatto stesso di esistere.

---

1 Rapporto 2014-2015: la situazione dei diritti umani nel mondo-Amnesty International).

2 Il Dubbio, 3 settembre 2016.

3 in *http://www.unponteper.it/it/2016/10/come-proteggere-human-rights-defenders/* del 29 ottobre 2016.

4 Estratto da "*Gli omicidi di Brenda Estrada e Lesbia Urquía sono solo gli ultimi di una lista interminabile di crimini*".

Traduzione di Giampaolo Rocchi, 13 luglio 2016, Lista Informativa Nicaragua y Más (LINyM).

5 Il Dubbio, 3 settembre 2016, in

http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/diritti-umani-arresti-torture-uccisioni-avvocati-nel-mirino-dei-regimi.

6 Ibidem.

Il ruolo dei CO.RE.COM. nelle procedure di conciliazione delle controversie tra gli operatori di comunicazioni elettroniche e gli utenti finali

Davide Mula
Avvocato del Foro di Roma, Funzionario presso il Servizio Giuridico dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

La legge n. 481/95, intervenuta in materia di regolazione dei servizi di pubblica utilità istituendo le Autorità di regolazione per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e per le telecomunicazioni, ha introdotto nell'ordinamento italiano la risoluzione alternativa delle controversie sorte tra utenti e fornitori dei servizi di pubblica utilità.
L'art. 2, comma 24, lett. b), della legge n. 481/95 ha, difatti, attribuito alle costituite Autorità di settore il compito di disciplinare ed esperire procedure di conciliazione, in contraddittorio tra le parti, nei casi di controversie tra utenti ed operatori.
La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel settore delle comunicazioni elettroniche è stata disciplinata con la legge n. 249/1997, il cui art. 1, comma 11, ha affidato all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (da qui in avanti, per brevità, anche Autorità o Agcom) il compito di esercitare la funzione conciliativa, in proprio e per il tramite degli organismi di conciliazione costituiti sul territorio, ossia i Comitati regionali o provinciali per le comunicazioni, rispettivamente Co.re.com. o Co.pro.com., operando anche mediante le tecnologie di comunicazione telematica, e di disciplinare con propri provvedimenti le modalità di risoluzione non giurisdizionale delle controversie.
Il ricorso all'istituto della conciliazione per il tramite dell'Autorità si pone, fin dalla sua entrata in vigore, come condizione di procedibilità per l'instaurazione dell'eventuale successivo giudizio ordinario in materia. In altri termini, se prima di avviare un ordinario giudizio di cognizione la parte attrice non ha esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione, il giudice competente, su istanza di parte o d'ufficio, dovrà sospendere la trattazione della causa affinché venga svolto il tentativo di risoluzione stragiudiziale della controversia nelle sedi competenti.
La legittimità costituzionale dell'obbligatorietà del ricorso preventivo alla conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche è stata riconosciuta dalla Consulta con la sentenza n. 276 del 13 luglio 2000, anche in ragione dei benefici in termini di deflazione del contenzioso e della celerità nella risoluzione delle controversie.
L'attività di risoluzione delle controversie ha, nell'assetto istituzionale italiano, particolare rilievo per il diritto, anche in forza delle scelte politiche che il legislatore nazionale ha potuto fare nell'ambito dei margini di discrezionalità lasciati dalle direttive europee. Queste ultime, infatti, non stabiliscono se l'attività contenziosa deputata alle Autorità di regolazione consti della sola conciliazione o anche della definizione, come è stato disciplinato, rispettivamente, in Italia e in Germania.
Il modello delineato dal legislatore italiano nella legge n. 249/1997, incentrato sull'attività dei Comitati regionali per le comunicazioni (di seguito anche Co.re.com.), si presentò non privo di originalità e potenzialità di sviluppo nella direzione di una politica dell'unità nella differenziazione, soprattutto grazie al ruolo affatto marginale assegnato alle regioni. Ai Co.re.com. vennero assegnate funzioni pregnanti di governo, garanzia e controllo del servizio pubblico di comunicazione.
I principali compiti dei Co.re.com.– regolatori, consul-

tivi, paragiurisdizionali, istruttori e preparatori – possono essere suddivisi in funzioni proprie, esercitate quali organi delle Regioni, ed in funzioni delegate, esercitate in forza di specifiche deleghe dell'Autorità. La distinzione tra funzioni proprie e funzioni delegate poggia esclusivamente sul titolo di legittimazione allo svolgimento delle funzioni medesime: la funzione è propria quando il Co.re.com. vi attende sulla base di una legge regionale (o statale), mentre sarà delegata fondata su un apposito titolo abilitativo rilasciato dall'Autorità centrale.
Le funzioni delegate sono quindi esercitate sulla base di indirizzi stabiliti dall'Agcom, in capo alla quale rimane la competenza di assicurare il necessario coordinamento sull'intero territorio nazionale e di intervenire in sostituzione dei Comitati in caso di inerzia, ritardo, inadempimento o ripetuta violazione delle direttive impartite, previa contestazione dell'addebito e previa assegnazione – salvi i casi d'urgenza – di un congruo termine per rimediare ai propri comportamenti omissivi o lesivi dei principi e criteri direttivi dettati.
Nel 2003 sono state definite le deleghe concernenti le materie c.d. di prima fase: vigilanza in materia di tutela dei minori (con riferimento al settore radiotelevisivo locale), vigilanza sul rispetto delle norme in materia di pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa in ambito locale, istruzione e applicazione delle procedure previste dall'articolo 10 della legge n. 223/1990 in materia di esercizio del diritto di rettifica (con riferimento al settore radiotelevisivo locale) e, per quanto qui di particolare rilevanza, l'esperimento del tentativo di conciliazione obbligatorio nell'ambito delle controversie tra organismi di telecomunicazioni ed utenti.
Successivamente, con l'Accordo quadro del 2008, le convenzioni bilaterali siglate tra l'Autorità ed i Co.re.com. hanno avuto ad oggetto le materie c.d. di seconda fase riguardanti: la definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettronica, la tenuta del Registro degli operatori di comunicazione e la vigilanza sul rispetto degli obblighi di programmazione e delle disposizioni in materia di esercizio dell'attività radiotelevisiva locale, mediante il monitoraggio delle trasmissioni dell'emittenza locale.
Tra le numerose funzioni delegate dall'Agcom ai Co.re.com., come appena indicato, quella relativa alla conciliazione e definizione delle controversie tra utenti ed operatori comporta benefici diretti per l'utente, di cui lo stesso ha peraltro immediata percezione.
Gli istituti in esame sono infatti tesi a garantire l'effettivo equilibrio nell'ambito dei rapporti tra operatori ed utenti in forza dell'implicito potere dissuasivo che possono esercitare sui primi in relazione al porre in essere condotte violative dei diritti degli utenti. Gli operatori, infatti, si rapportano con l'utenza nella consapevolezza che, in caso, ad esempio, di lamentata violazione contrattuale, l'utente non è costretto a rivolgersi al giudice ordinario per tutelare le proprie pretese, con l'eventuale dispendio di tempo e denaro che potrebbe seguirne e che potrebbe scoraggiare l'utente dal porre in essere l'azione, in quanto potrà trovare immediata tutela dei propri diritti, rivolgendosi al Co.re.com. territorialmente competente, sia al fine di addivenire ad un possibile accordo transattivo, che per ottenere una pronuncia, da parte di un soggetto terzo, che decida la controversia sorta con l'operatore.
Nella fase di definizione della controversia (impropriamente detta anche di "secondo grado"), infatti, a differenza di quanto accade in sede di tentativo obbligatorio di conciliazione – in cui i funzionari dei Co.re.com. svolgono un'attività di mediazione volta a coadiuvare le parti affinché raggiungano un accordo – il Co.re.com. decide la controversia con un provvedimento di carattere tipicamente amministrativo, che prescinde dalla volontà delle parti.
Contestualmente alla proposizione dell'istanza per l'esperimento del tentativo di conciliazione, o nel corso della relativa procedura, l'utente può peraltro chiedere al Co.re.com. l'adozione di provvedimenti temporanei volti a garantire la continuazione dell'erogazione del servizio o a far cessare ogni forma di abuso dell'operatore fino al termine della procedura conciliativa.
L'attività di conciliazione e definizione svolta dai Co.re.com. si configura, quindi, come un vero e proprio servizio all'utente, il quale vede soddisfatte le proprie esigenze di giustizia celermente e senza grande dispendio di energie e di denaro.
Si consideri, a titolo esemplificativo prendendo a riferimento i soli dati del Co.re.com. Lazio, come nel 2014 siano state celebrate 10.470 udienze di conciliazione (circa 1.400 in più rispetto al 2013) con una percentuale di esiti positivi pari circa all'80% che porta il valore

economico del "restituito" ai cittadini ad oltre 3 milioni di euro, in termini di indennizzi dati dagli operatori agli utenti i quali possono accedere alla tutela dei loro diritti in modo completamente gratuito.
L'attuale Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti (di seguito anche "Regolamento") è stato adottato dall'Autorità con la delibera n. 173/07/CONS, successivamente modificata e integrata dalle delibere n. 95/08/CONS, n. 502/08/CONS, n. 479/09/CONS e, da ultimo, dalla delibera n. 597/11/CONS.
Il Regolamento – che ha sostituito quello precedentemente adottato nel 2002, non più adeguato al mutato contesto normativo – è stato adottato al termine di un percorso condiviso tra l'Autorità, le associazioni dei consumatori e degli utenti e gli operatori di servizi di comunicazione elettronica, il Consiglio Nazionale degli Utenti e, in ragione dell'esperienza maturata sul campo, con la Conferenza dei Comitati per le Comunicazioni delle Regioni e delle Province autonome.
Rispetto alla precedente versione il Regolamento vigente si caratterizza per l'introduzione delle disposizioni volte a garantire modalità di proposizione delle istanze ancora più agevoli per i consumatori e tempi più brevi per la risoluzione dei casi, in uno con la possibilità di accedere alle procedure di "conciliazione paritetica", definite tramite specifici accordi tra Associazioni di consumatori e gestori, al fine di assicurare (in un periodo in cui i Co.re.com. non erano ancora operativi su tutto il territorio nazionale) l'accesso alla conciliazione in modo più capillare.
Nella prospettiva di predisporre un servizio più vicino all'utenza viene, inoltre, riconosciuta la validità delle conciliazioni effettuate *on-line* o a distanza.
Il Regolamento prevede, come anticipato, la possibilità di delegare ai Co.re.com. anche la definizione vera e propria delle controversie, attività precedentemente di esclusiva competenza dell'Agcom. Ciò ha determinato lo spostamento dei poteri e delle responsabilità in materia direttamente sui Comitati, che sono divenuti giudici ultimi delle controversie loro deferite.
Alla luce di quanto esposto risulta evidente come questo strumento risulti garantire l'effettività della tutela dell'utente finale e permetta agli operatori di comunicazioni elettroniche di gestire le controversie con i propri clienti in modo tale da preservare la relazione contrattuale.

La nuova frontiera nel campo delle intercettazioni di comunicazioni: il Captatore Informatico

Marco Zonaro
Esperto di sistemi d'intercettazione, CTU iscritto nell'Albo dei Periti del Tribunale di Roma

Con la sentenza numero 26889 del 1° luglio 2016 la Suprema Corte ha posto dei limiti sull'utilizzabilità del captatore informatico affrontando l'argomento relativamente al suo utilizzo nell'ambito dell'intercettazione delle comunicazioni verbali ambientali, ossia considerando il captatore informatico solo per quelle funzioni che esso può svolgere sostituendosi ad una microspia ambientale.
Il captatore informatico, infatti, può consentire all'operatore di polizia giudiziaria che lo controlla di attivare, in modalità stealth ossia in modo tale che l'utilizzatore del telefono non ne abbia contezza, il microfono dell'apparato su cui è installato (che può essere uno smartphone o anche un computer portatile) affinché esso capti ogni genere di suoni e conversazioni che si manifestano nell'ambiente circostante.
Questa sentenza, dunque, pone dei paletti ben precisi sull'utilizzo del Trojan ma di fatto non affronta minimamente le problematiche legate alle modalità operative del suo impiego e soprattutto non prende in considerazione tutti quegli aspetti legati alle garanzie che devono essere offerte in merito alla genuinità, all'integrità e alla rintracciabilità dei risultati che possono essere ottenuti grazie a questo potentissimo ed invasivo sistema di intercettazione.
È chiamato "captatore informatico" ma in realtà altro non è che un software che una volta installato nel dispositivo bersaglio consente all'operatore di Polizia Giudiziaria di assumerne il controllo e di poter inviare allo stesso una moltitudine di comandi che restituiscono specifiche azioni. In gergo informatico viene definito malware (contrazione di MALicius softWARE) e con tale termine si definisce un qualsiasi programma informatico (o software) che può disturbare le operazioni svolte da un computer, da uno smartphone o da un qualunque apparato elettronico digitale nel quale può essere installato consentendo al suo creatore di compiere diverse azioni come ad esempio rubare informazioni e dati sensibili, accedere a sistemi informatici protetti, provocare danni al dispositivo, mostrare pubblicità indesiderata, cifrare i file dell'utente in modo da renderli inutilizzabili, utilizzare il dispositivo infettato come elemento di contagio per altri computer.
Ecco quindi che il captatore informatico, tecnicamente parlando, può essere inserito nella categoria dei malware in quanto esso consente al suo creatore di assumere il controllo del dispositivo su cui è stato inoculato.
Per comprendere il motivo per il quale l'utilizzo del captatore informatico si è reso necessario quale strumento di intercettazione è necessario fare qualche passo indietro e richiamare un po' di storia delle intercettazioni. In Italia le prime centrali telefoniche digitali hanno fatto la loro comparsa all'inizio degli anni novanta dove, fino a quell'epoca, le telecomunicazioni in fonia erano gestite attraverso centrali elettromeccaniche altrimenti chiamate "centrali a commutazione". I telefoni cellulari non esistevano ancora e due utenti che intendevano chiamarsi telefonicamente potevano farlo attraverso apparecchi fissi installati nelle abitazioni, nei luoghi di lavoro o all'interno delle cabine telefoniche pubbliche. Questo tipo di conversazioni poteva essere facilmente intercettato inserendosi con un apposito registratore sulla linea telefonica dell'utente oppure interfacciandosi direttamente con la centrale a commutazione di appartenenza del soggetto sotto controllo. La registrazione delle comunicazioni era alquanto agevole in quanto le centrali a commutazione ed il tipo di tecnologia dell'epoca funzionavano in modo analogico

ossia la conversazione veniva trasformata in un segnale elettrico variabile nel tempo che era trasportato dai cavi costituenti l'infrastruttura della rete telefonica. Gli apparati di registrazione memorizzavano le telefonate intercettate su bobine magnetiche che costituivano così i reperti originali frutto dell'attività di captazione. L'invenzione del fax, verso l'inizio degli anni ottanta, creò non pochi problemi ai produttori di sistemi di intercettazione in quanto le tecnologie dell'epoca non erano in grado di captare e decifrare i messaggi che gli utenti si scambiavano, inviando e ricevendo documenti, attraverso questa nuova tecnologia. Fu così necessario effettuare un upgrade dei sistemi di intercettazione affinché potessero sopperire al vuoto che si era creato e che aveva consentito per diversi mesi lo scambio di messaggi fax tra utenti che utilizzavano tale tecnologia per scopi leciti e fra organizzazioni criminali che così comunicavano in assoluta libertà senza che nessuno potesse intercettarli.

L'evoluzione tecnologica nel campo delle telecomunicazioni ha sempre preceduto, e non di poco, lo sviluppo dei sistemi d'intercettazione creando nuovamente enormi difficoltà agli organi investigativi quando in Italia, all'inizio degli anni novanta, la Telecom realizzò la prima rete radiomobile cellulare analogica in tecnologia ETACS[1]. Le sale intercettazione di tutte le Procure della Repubblica in Italia non erano infatti attrezzate per poter captare le conversazioni che avvenivano tra gli utenti della rete radiomobile ETACS ed ecco che nuovamente le ditte produttrici di tali sistemi dovettero ingegnarsi per produrre apparati che fossero in grado di interfacciarsi con i nuovi impianti radiomobili[2].

Nel 1995 la storia si ripetè nuovamente quando la Telecom implementò la propria rete radiomobile con la nuova tecnologia GSM; ancora una volta si rese necessario correre ai ripari per produrre apparecchiature per l'intercettazione degli apparati radiomobili che funzionavano con questa nuova tecnologia. La rete GSM, infatti, introduceva un nuovo concetto di comunicazione che non era più solo verbale bensì prevedeva l'uso di brevi messaggi di testo che venivano inviati sfruttando le medesime infrastrutture tecniche (SMS). Lo sviluppo delle nuove tecnologie ad alta velocità, implementato nei nuovi protocolli di comunicazione UMTS, e successivamente con la rete LTE, ha creato nuovamente enormi problemi per l'intercettazione delle telecomunicazioni che avvenivano sfruttando queste nuove tecnologie.

Il mercato delle telecomunicazioni digitali si arricchì, in seguito, di nuovi e potenti strumenti di comunicazione che non sfruttavano più le normali infrastrutture fisiche che ogni operatore telefonico aveva implementato nella propria rete bensì sfruttavano la potenza e la velocità della rete Internet.

Il precursore di queste nuove tecnologie è sicuramente rappresentato dalla piattaforma SKYPE che ha rivoluzionato il modo di comunicare, consentendo non solo lo scambio di messaggi di testo, emoticons ed elementi multimediali, ma anche servizi di voce e videochiamate che fino a quel momento erano riservati agli operatori di telefonia mobile con l'applicazione di tariffe speciali per tutti quegli utenti che ne volessero usufruire. L'idea alla base del funzionamento della piattaforma SKYPE era dunque quella di poter trasferire messaggi vocali attraverso la rete Internet, in tempo reale, realizzando così di fatto una nuova rete telefonica che non necessitava di particolari infrastrutture fisiche. La tecnologia alla base del funzionamento di SKYPE si chiama VoIP[3] (acronimo di Voice over I.P. ovvero la voce trasmessa sfruttando i protocolli di trasmissione della rete Internet TCP/IP[4]). Il successo della piattaforma SKYPE fu immediato in quanto essa consentiva la comunicazione nazionale, internazionale e intercontinentale praticamente a costo zero e il protocollo I.P. utilizzato era comunque proprietario ovvero non formalizzato in alcuno standard internazionale ma soprattutto era criptato con un algoritmo di cifratura non divulgato pubblicamente. In poche parole lo sviluppo della piattaforma SKYPE creò nuovamente grossi problemi ai produttori di sistemi di intercettazione in quanto questa nuova tecnologia, che non sfruttava più le normali infrastrutture in fonia degli operatori telefonici e che cifrava le comunicazioni, non era assolutamente intercettabile tant'è che venne immediatamente utilizzata dalle organizzazioni criminali per scopi illeciti.

Anche in questo caso l'upgrade dei sistemi di intercettazione consentì poi di sopperire a questo problema ma sulla scia del successo di SKYPE nacquero numerosissime piattaforme di comunicazione analoghe che il problema lo fecero successivamente riemergere. WhatsApp, Telegram, Hangouts, Viber sono solo alcune delle applicazioni installabili sui telefoni cellulari di

ultima generazione che consentono la comunicazione verbale e non verbale tra gli utenti e molte di esse negli ultimi tempi hanno implementato protocolli di cifratura sempre più difficili da violare facendo leva, per il proprio business, sulla garanzia della riservatezza da loro offerta. Proprio da qui nasce quindi l'esigenza di sviluppare un nuovo sistema d'intercettazione che possa consentire la captazione delle comunicazioni che avvengono mediante questi nuovi applicativi.

Il captatore informatico può sopperire al problema legato alla cifratura delle comunicazioni che intercorrono tra gli utenti mediante l'ausilio delle applicazioni di instant messaging in quanto sistema che non si connette a valle dell'apparato telefonico (così come fanno i tradizionali sistemi d'intercettazione) bensì al suo interno. Il captatore informatico può essere inoculato nell'apparato bersaglio, sia esso un telefono o un personal computer, attraverso un'installazione diretta oppure a distanza senza che l'operatore abbia una disponibilità fisica del dispositivo. Una volta installato il Trojan riesce a bypassare i sistemi antivirus presenti e ad installarsi in modalità invisibile mascherandosi da normalissimo applicativo di sistema. Una volta installato, l'operatore, tramite una propria consolle, potrà inviare al captatore informatico una serie di comandi al quale esso risponderà effettuando specifiche azioni sul dispositivo come se il dispositivo stesso fosse nelle mani dell'operatore.

I comandi accettati dal captatore informatico sono molti e di seguito si elencano i principali:

- **Attivazione remota del microfono del dispositivo:** inviando questo comando il captatore informatico attiverà il microfono del telefono o del computer infettato trasformandolo in una vera e propria microspia ambientale in grado di captare le conversazioni dei parlatori presenti ed eventuali rumori o suoni ambientali d'intensità sufficiente in relazione alla sensibilità del microfono stesso. Una volta attivato il microfono l'apparato sotto controllo registrerà tutto ciò che viene captato in uno o più file audio di durata predefinita dall'operatore e li invierà allo stesso in un tempo successivo. L'attivazione del microfono avverrà con una modalità tale per cui il possessore del dispositivo non avrà contezza alcuna di ciò che sta accadendo.
- **Attivazione remota delle fotocamere presenti sul dispositivo:** a seconda che il captatore informatico sia installato su uno smartphone piuttosto che un tablet o un personal computer questo comando attiverà la fotocamera del dispositivo facendo in modo che essa catturi una sequenza d'immagini e le invii all'operatore a scadenze di tempo prefissate. Qualora il Trojan fosse installato su uno smartphone dotato di una telecamera anteriore e di una posteriore la cattura delle immagini avverrà utilizzando entrambe le telecamere alternativamente. Anche in questo caso l'utilizzatore dell'apparato infettato non potrà accorgersi del fatto che le telecamere siano attive essendo questa operazione eseguita in modalità stealth (invisibile).
- **Archiviazione di tutte le immagini ed i filmati presenti nelle gallerie:** un altro comando importante che l'operatore può inviare all'apparato infettato dal Trojan fa sì che tutto il contenuto della memoria utente, afferente alla galleria dell'immagini e dei filmati archiviati nel dispositivo, possa essere trasferito all'operatore non appena la connessione di rete divenga disponibile. Può accadere, infatti, che una volta inviato il comando l'utilizzatore del telefono si possa portare in un luogo privo di campo impedendo così il trasferimento immediato delle immagini richieste.
- **Lettura ed archiviazione di tutte le chat relative ai sistemi di messaggistica istantanea:** questa opzione consente all'operatore di leggere tutti i messaggi scambiati, con altri utenti o gruppi di utenti, mediante applicativi di "instant messaging" quali Whatsapp, Telegram, Hangouts, Skype, Facebook Messenger e molti altri. Tutte le conversazioni, le chat ed i relativi allegati multimediali possono essere scaricati sul server di ascolto.
- **Lettura ed archiviazione della rubrica dei contatti memorizzati sul dispositivo.** Con questo comando il captatore informatico invia all'operatore l'elenco completo di tutti i contatti che sono archiviati nella rubrica del telefono cellulare o del tablet.
- **Lettura ed archiviazione della cronologia e dell'elenco delle chiamate memorizzate sul dispositivo.** È possibile anche ricevere da dispositivo sul quale il Trojan è stato inoculato l'elenco completo della cronologia delle chiamate andate a buon fine e delle chiamate perse. Per quanto possa apparire un'operazione semplice in realtà l'estrapolazione dell'elenco

della cronologia delle chiamate può non essere agevole a seconda del tipo di dispositivo sotto controllo; si pensi ad esempio che effettuando un backup semplice sui dispositivi iPhone dal modello 4S in poi tale elenco non può essere estratto. Per poterlo estrarre è necessario utilizzare una funzione di cifratura del backup che consente al dispositivo di restituire molti dati altrimenti non accessibili.

- **Attivazione della funzione di localizzazione del dispositivo:** un comando molto importante che l'operatore può inviare al captatore informatico è quello di attivare da remoto il ricevitore GPS del dispositivo; una volta attivata questa funzione l'operatore riceverà, ad intervalli di tempo prefissati, le coordinate polari di localizzazione del telefono che potranno anche essere visualizzate su una cartografia. In relazione al numero di satelliti ricevuti dal GPS, alla qualità del segnale, ed alla posizione del telefono, il livello di precisione della localizzazione può arrivare ad essere anche inferiore ai 50 m.
- **Lettura ed archiviazione di tutti i messaggi di posta elettronica memorizzati sul dispositivo:** un ulteriore comando che l'operatore può inviare al captatore informatico fa sì che per ogni singolo account di posta elettronica configurato sul dispositivo l'operatore stesso possa individuare le email inviate e ricevute e richiederne lo scaricamento in copia.

È importante rilevare che la trasmissione dei dati e degli elementi presenti all'interno del dispositivo sotto controllo non avviene direttamente sul computer dell'operante bensì transita attraverso un server appositamente predisposto sul quale tutti i dati provenienti dal dispositivo vengono archiviati. In pratica, ogni volta che l'operatore invia uno specifico comando al dispositivo sotto controllo il captatore informatico, in esso installato, risponde inviando il dato richiesto non direttamente sul computer dell'operatore ma su un server al quale l'operatore stesso ha accesso. Nel caso del captatore informatico questo server è installato all'interno dei locali della Procura della Repubblica a cui afferisce l'indagine salvo i casi previsti dalla legge e per i quali ci deve essere l'autorizzazione all'utilizzo di impianti esterni ai locali della Procura. Questa modalità operativa è utile al fine di nascondere l'identità del server ricevente ad un'eventuale analisi forense effettuata sul dispositivo sotto controllo che possa evidenziare la presenza del captatore informatico. L'operatore che controlla il dispositivo sotto intercettazione può decidere se sospendere temporaneamente l'attività del Trojan o addirittura disinstallarlo totalmente in modo tale che di esso non resti più alcuna traccia. Come abbiamo visto la Suprema Corte ha affrontato l'argomento del captatore informatico legandolo al solo suo utilizzo in qualità di microspia ambientale non affrontando, giuridicamente, gli aspetti operativi legati all'impiego di questo potente mezzo di intercettazione e alle molteplici funzionalità che esso mette a disposizione al di là della mera captazione di conversazioni. Proprio in relazione alle sue enormi potenzialità invasive l'utilizzo del captatore informatico dovrebbe essere regolamentato in ogni suo aspetto al fine di garantire che ogni operazione con esso eseguita possa essere registrata e certificata. Ciò al fine di consentire, in qualunque momento, a posteriori, di risalire alle attività compiute. È fuori discussione che il captatore informatico, una volta assunto il controllo del dispositivo, possa permettere all'operatore qualunque tipo di azione e quindi non solo eseguire la mera lettura del contenuto della sua memoria ma anche di operare su di essa con modifiche e cancellazioni. Appare evidente che azioni dirette atte a modificare il contenuto della memoria del dispositivo sotto controllo non vengano eseguite dolosamente, ma considerando che l'errore umano è sempre possibile e con esso anche eventuali malfunzionamenti del captatore informatico o del sistema che lo controlla, ecco che la necessità del riscontro a posteriori di ogni attività compiuta con questo strumento invasivo deve essere d'obbligo.

In merito alle modalità operative ed al funzionamento del Trojan già tanto si è detto, vi sono tuttavia alcuni aspetti che riguardano le diverse azioni che con esso si possono compiere, che non sono state ancora oggetto di adeguati approfondimenti. In primo luogo è necessario prendere in considerazione il concetto stesso di "controllo" del bersaglio, ossia la concreta possibilità di accedere ai dati del dispositivo infettato e di estrapolarli.

Al di là della configurazione giuridica dell'atto, che non è materia tecnica, è necessario considerare che un qualunque prelievo di dati informatici eseguito con questa modalità, dev'essere realizzato nel rispetto di alcuni principi propri dell'ambito della Digital Forensics che sono:

1) L'immodificabilità del contenuto della memoria del dispositivo target.
2) La conformità dei dati acquisiti con i dati originali.
3) La corretta conservazione dei dati acquisiti.

Così come accade per i sistemi di intercettazione tradizionali, per i quali le conversazioni captate sono archiviate su supporti CD o DVD non riscrivibili, proprio per garantire l'immodificabilità del dato originale, anche per quanto concerne l'estrazione dei dati dal dispositivo sotto controllo da parte del captatore informatico è necessario che tale operazione possa essere certificata e che ogni dato estrapolato possa essere archiviato in un unico passaggio non ripetibile. In realtà ciò sembra più facile a dirsi che a farsi proprio perché il contenuto della memoria di un dispositivo infettato da un captatore informatico è di tipo dinamico ossia può cambiare in continuazione in relazione alle modalità di utilizzo da parte del suo possessore. In poche parole se l'operante lanciasse ora un comando di scaricamento del contenuto della cartella delle immagini del telefono sotto intercettazione e successivamente l'utente scattasse dieci nuove fotografie ecco che il dato precedentemente scaricato non sarebbe più conforme con la nuova configurazione del dispositivo valendo ciò non solo per le immagini ma per tutti i dati contenuti in esso. Per questo motivo ogni operazione eseguita con il captatore informatico deve necessariamente poter essere certificata, ad esempio firmando digitalmente ogni singolo file scaricato e registrando ogni operazione in un apposito registro anch'esso firmato digitalmente che non possa essere modificabile, al fine di consentire la verifica di ogni attività con esso compiuta. Per ovviare alla possibilità che, per errore o per malfunzionamento, il captatore possa modificare o cancellare dati presenti nella memoria del dispositivo sotto controllo può essere sufficiente implementare, attraverso opportuna programmazione software, un protocollo di funzionamento a cui sia inibito l'accesso in scrittura alla memoria del dispositivo sotto controllo consentendogli quindi solo l'accesso in lettura.
Per quanto concerne il secondo punto la questione si presenta alquanto complessa; infatti, nelle normali operazioni di acquisizione dei dati informatici da supporti di memoria digitali, sia che esse vengano compiute ai sensi dell'art. 359 c.p.p. che ai sensi dell'art. 360 c.p.p., la procedura prevede che si possa dimostrare l'identità del dato acquisito rispetto al dato originale, ossia con il dato che rimane memorizzato nel supporto in sequestro. Nel caso dell'utilizzo del Trojan, acquisire in maniera sia parziale che totale i dati presenti sul dispositivo infettato, dimostrando a posteriori la conformità del risultato dell'estrapolazione, risulta alquanto difficoltoso. Ciò in considerazione del fatto che il dispositivo (telefono o PC infettato dal virus) non è in sequestro e quindi non è fisicamente disponibile a chi esegue l'operazione. Inoltre, vi è da considerare che il dispositivo in questione continua ad operare normalmente e quindi continua a ricevere e fare telefonate, scattare foto, navigare in internet, modificando così, dinamicamente, il suo contenuto nel tempo.
Resta valido dunque quanto già sopra rappresentato ovvero la necessità di una certificazione dei dati acquisiti mediante apposizione di firma digitale, della creazione di report in tempo reale non modificabili che registrino ogni singolo comando inviato al captatore, e che contengano ogni risposta che tale comando produce.
I dati acquisiti dovrebbero poi essere archiviati su supporti non riscrivibili, unitamente ai report-log creati, sia per le fasi di controllo del dispositivo che per le fasi di acquisizione dei dati. È stato presentato un disegno di legge al Senato con il quale si forniscono specifiche linee guida per l'utilizzo del captatore informatico affrontando le tematiche sopra esposte soprattutto in merito alla garanzia della genuinità delle operazioni e all'integrità ed alla genuinità dei dati captati.
Nel disegno di legge è previsto che l'indagato tramite il suo Difensore possa a posteriori prendere visione di tutte le operazioni che sono state compiute attraverso l'uso del captatore informatico, la cui progettazione deve essere certificata e approvata mediante apposito regolamento, e possa anche prendere cognizione del tipo di captatore utilizzato andando a visionare ed ispezionare il suo codice sorgente.
Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto ritengo che tale possibilità possa rappresentare un'arma a doppio taglio in quanto l'esame del codice sorgente del captatore informatico fornirebbe la possibilità ad un esperto di progettare e implementare efficaci contromisure rendendolo così totalmente inefficace nella sua funzione di strumento di ricerca della prova. È fuori discussione che un tale strumento possa servire efficacemente a

contrastare l'attività di organizzazioni criminali o terroristiche e quindi a contribuire alla sicurezza dello Stato. Consentire la presa visione del codice sorgente del captatore informatico significa, a mio avviso, renderlo inefficace, consentendo dunque l'utilizzo illecito, e non individuabile, dei molti strumenti di comunicazione multimediale che oggi sono messi a disposizione dalla tecnologia. In tal senso desidero richiamare quanto accaduto a Parigi nel novembre del 2015, dove terroristi di matrice islamica, perpetrarono un vile attentato programmato, secondo quanto pubblicato da molti network d'informazione, attraverso conversazioni intercorse tramite chat della consolle giochi Playstation 4. I captatori utilizzabili ai fini di indagini dovrebbero dunque essere realizzati e progettati seguendo rigorose specifiche stabilite per legge e verificabili in ogni momento da preposti organi di vigilanza e le loro funzioni essere limitate in modo tale da non consentire un'invasione della sfera privata del soggetto utilizzatore del telefono o del computer sotto controllo ad esempio mediante l'accesso a dati non inerenti l'indagine o archiviati su Cloud[5] esterni.
La trasparenza delle operazioni eseguite mediante inoculazione di un Trojan è dunque un requisito fondamentale per un suo corretto impiego; allo stato attuale, ma questo è solo un mio pensiero, ritengo che il suo utilizzo, senza dover ricorrere a società private, ossia delegando esclusivamente la P.G., sia alquanto improbabile proprio perché il captatore informatico, per essere inoculato, necessita di uno studio preliminare del bersaglio e delle sue abitudini comunicative nonché del tipo di utilizzo del dispositivo da porre sotto intercettazione.
In pratica, l'implementazione di un captatore informatico ai fini della sua inoculazione richiede una sorta di personalizzazione modellata sul soggetto che è diversa da caso a caso. La sola progettazione, dunque, può essere affidata a soggetti terzi sotto la diretta supervisione dell'Autorità Giudiziaria o di un organo di controllo appositamente predisposto.
Ciò che invece dovrebbe essere di esclusiva competenza della Polizia Giudiziaria è l'utilizzo finale del captatore informatico e la disponibilità dei dati con esso ricavati, sempre che questi ultimi vengano ricevuti ed archiviati rispettando i requisiti di immodificabilità, rintracciabilità e conformità che garantiscano la genuinità dell'operazione.

---

1 Nel campo delle telecomunicazioni il Total Access Communication System (TACS), è stato un sistema standardizzato di telefonia cellulare di prima generazione, dismesso in favore di sistemi di seconda (2G), terza (3G) e quarta (4G o LTE) generazione. Il TACS, introdotto in Italia nel 1990 dalla SIP (Società Italiana per l'Esercizio Telefonico oggi Telecom Italia), ha cessato di funzionare nella notte tra il 30 e il 31 dicembre 2005 ed ha così ceduto le sue frequenze radio al sistema GSM. La tecnologia TACS deriva dal sistema statunitense denominato "Advanced Mobile Phone System" ed è stato utilizzato prevalentemente in Europa. In Italia l'importanza del TACS è stata essenzialmente quella di aver consentito la rapida diffusione della telefonia mobile. Il TACS si basava su una tecnologia trasmissiva analogica, nata nel Regno Unito e introdotta in Italia verso la fine degli anni ottanta, in cui le trasmissioni in ogni cella radio avvenivano a frequenze diverse (FDM), in modo da permettere la coesistenza di celle contigue senza interferenza ed implementando il cosiddetto riuso di frequenza tipico delle reti cellulari; le conversazioni che avvenivano attraverso tale tecnologia non erano cifrate e di conseguenza potevano essere ascoltate da chiunque possedesse un ricevitore radio professionale multibanda. Il sistema ETACS (Extended Total Access Communication System), nato dall'evoluzione del TACS, consentì di avere più canali a disposizione con la conseguenza di avere un potenziale maggior numero di comunicazioni attive contemporaneamente, ma non eliminò il difetto della facile clonabilità dei dispositivi radiomobili cellulari.

2 Uno dei più famosi apparati per l'intercettazione dei telefoni cellulari in tecnologia ETACS era l'ITALCELL 9000 costituito da una valigetta contenente diversi apparati radio in grado di connettersi al telefono cellulare dell'utente sotto controllo e di captarne le comunicazioni a patto di mantenere una distanza da esso piuttosto ridotta (200/300 m.). Ciò comportava ovviamente diversi disagi per gli investigatori che erano costretti a seguire il loro bersaglio ovunque esso si recasse.

3 In telecomunicazioni e informatica con la notazione Voice over IP (Voce tramite protocollo Internet), acronimo VoIP, si intende una tecnologia che rende possibile effettuare una conversazione telefonica sfruttando

una connessione Internet o una qualsiasi altra rete dedicata a commutazione di pacchetto che utilizzi il protocollo I.P. senza connessione per il trasporto dati. Grazie a numerosi provider VoIP è possibile effettuare telefonate anche verso la rete telefonica tradizionale (PSTN). In realtà più in generale VoIP consente una comunicazione audio-video real-time, unicast o multicast, su rete a pacchetto (es. videotelefonata, videochiamata e videoconferenza). Uno dei vantaggi di questa tecnologia è che permette di fare leva su risorse di rete preesistenti, consentendo una notevole riduzione dei costi in ambito sia privato che aziendale, specialmente per quanto riguarda le spese di comunicazione interaziendali e tra sedi diverse. Una rete aziendale, infatti, può essere sfruttata anche per le comunicazioni vocali, permettendo di semplificare l'installazione degli apparecchi ed il supporto tecnico e di aumentare il grado di integrazione di uffici dislocati sul territorio, ma collegati tramite l'infrastruttura di rete (Internet o intranet). Il consumatore privato, utilizzando un collegamento ad Internet a banda larga (ad alta velocità di trasmissione e sempre attivo), può effettuare e ricevere chiamate telefoniche da telefono fisso PSTN, potendo contare su tariffe molto economiche, soprattutto per le chiamate internazionali.

4 Con questo termine si indica un insieme di protocolli di comunicazione necessari per il funzionamento di una rete di computer. Quest'insieme di protocolli è oggi utilizzato anche per il trasferimento dati in Internet che avviene per "pacchetti" di dati. Nel gergo informatico è definito "pacchetto" (di dati) una sequenza finita di dati che viene trasmessa in rete e che non necessariamente include un elemento completo. Ciò significa, ad esempio, che per poter inviare una fotografia dal computer di Marco al computer di Chiara, attraverso la rete Internet, questa verrà scomposta in tanti pacchetti che saranno inviati a Chiara consecutivamente. Un pacchetto di dati è, in linea generale, composto da tre sezioni; la prima sezione è chiamata "HEADER" o "intestazione" e contiene tutte le informazioni che sono necessarie alla sua trasmissione ovvero l'indirizzo di chi invia, l'indirizzo di chi riceve, la vita prevista del pacchetto, e tutti gli altri elementi che concernono il riassemblaggio del file inviato con gli altri pacchetti che lo costituiscono. La seconda sezione è chiamata "DATA" e contiene unicamente i dati trasmessi (PAYLOAD) ad esempio nel caso della fotografia che Marco trasmette a Chiara la sezione "data" conterrà l'immagine digitalizzata o parti di essa, qualora per la sua trasmissione siano richiesti più pacchetti. La terza sezione è chiamata "CECKSUM" e contiene un codice di controllo che viene utilizzato per verificare che il pacchetto, così come trasmesso, sia giunto a destinazione senza errori.

5 In informatica con il termine inglese Cloud Computing (in italiano nuvola informatica) si indica un sistema di erogazione di risorse informatiche, come l'archiviazione, l'elaborazione o la trasmissione di dati, caratterizzato dalla disponibilità on-line, attraverso l'utilizzo della rete Internet, a partire da un insieme di risorse preesistenti e configurabili, di uno spazio di memoria virtuale a cui l'utente può avere esclusivo e riservato accesso.

La tutela dell'interessato davanti al Garante per la protezione dei dati personali

Elena Barbieri
Dottoressa in Giurisprudenza

Uno degli aspetti più importanti e innovativi della disciplina sulla privacy risiede nella previsione della possibilità per l'interessato di esercitare i diritti di controllo sulle banche dati (art. 7 del Codice) e nei correlati adempimenti posti a carico del Titolare e del Responsabile del trattamento. Al Garante per la protezione dei dati personali spetta il compito di risolvere i conflitti tra l'interessato e il titolare del trattamento. Ad esso sono attribuiti poteri di natura regolamentare, poteri di controllo e vigilanza, poteri di natura sanzionatoria, nonché poteri di natura amministrativa in senso stretto e in senso giustiziale che verranno analizzati nel presente lavoro. Nello specifico saranno analizzate le forme di tutela-reclamo, segnalazione e ricorso.

SOMMARIO: 1. I diritti dell'interessato di cui all'art. 7 del Codice – 2. Il Garante per la protezione dei dati personali – *2.1.* I provvedimenti generali – *2.2.* Le autorizzazioni generali per i dati sensibili e giudiziari – *2.3.* Le autorizzazioni generali al trasferimento dei dati all'estero – *2.4.* La valutazione preliminare dei trattamenti rischiosi – *2.5.* I codici deontologici – *2.6.* Trattamenti effettuati dai soggetti pubblici – 3. Il quadro complessivo di tutela legale – 4. Le singole forme di tutela dell'interessato davanti al Garante – *4.1.* Il reclamo – *4.2.* La segnalazione – *4.3.* Il ricorso

1. I diritti dell'interessato di cui all'art. 7 del Codice

L'interessato può far valere il proprio diritto alla protezione dei dati personali secondo modalità differenziate e gradate.

Le disposizioni del Codice in materia di protezione dei dati personali, decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 sono ispirate a un delicato bilanciamento di interessi, in una prospettiva dinamica, legata all'odierna intensità della circolazione dei dati, e si incentrano nel riconoscimento del diritto di essere informato sui trattamenti dei propri dati personali e sulle relative finalità, previo consenso, nonché nel diritto di verificare la correttezza dell'elaborazione anche attraverso l'accesso alle informazioni raccolte nei propri confronti.

Il Codice richiede che il trattamento dei dati sia svolto conformemente al principio di correttezza e di liceità, e che coinvolga dati pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità del trattamento chiaramente esplicitate.

I dati debbono essere sempre esatti ed aggiornati, e possono essere conservati solo per il periodo di tempo necessario al perseguimento delle finalità della raccolta.

I dati trattati in violazione della normativa non possono essere più utilizzati.

Uno degli aspetti più importanti e innovativi della disciplina sulla privacy risiede nella previsione della possibilità per l'interessato di esercitare i diritti di controllo sulle banche dati (art. 7 del Codice) e nei correlati adempimenti posti a carico del titolare e del responsabile del trattamento.

In una prima fase, affidata all'esercizio dei diritti di cui all'articolo 7, l'interessato potrà esercitare il diritto di accesso direttamente nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento.

L'esercizio del diritto non è subordinato ad alcuna formalità particolare ed è, di regola, gratuito: esso comprende il diritto di ottenere direttamente dai soggetti che elaborano i dati la conferma dell'esistenza o meno delle informazioni nonché, tra l'altro, delle finalità del trattamento.

Rientra, inoltre, nelle prerogative dell'interessato la possibilità di vedere prontamente rispettati i requisiti di liceità e correttezza, anche attraverso la cancellazione delle informazioni trattate in violazione di legge, l'aggiornamento, la rettifica o l'integrazione dei dati stessi.

L'interessato può, inoltre, opporsi, per motivi legittimi, al trattamento di dati personali in corso; nonché opporsi al trattamento dei propri dati personali effettuato per finalità commerciali o di marketing, senza necessità di motivare l'opposizione.
La modalità di esercizio di tali diritti, rivolgendosi direttamente al titolare o al responsabile del trattamento, produce il positivo effetto di ridurre al minimo il rischio di lesioni e, conseguentemente, di favorire un'apprezzabile diminuzione del contenzioso amministrativo e giudiziario.

2. Il Garante per la protezione dei dati personali

Consapevole dell'importanza e della centralità nell'ordinamento dei diritti della persona e avvertendo la necessità di prospettare per tali diritti una tutela forte, dando attuazione alla direttiva europea 95/46/CE, il legislatore, con la legge n. 675/1996, ha istituito il Garante per la protezione dei dati personali, un'apposita Autorità amministrativa dotata di ampia autonomia e di poteri di controllo. La summenzionata legge è stata sostituita dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.
Al vertice del Garante è posto un organo collegiale, composto da quattro membri eletti dal Parlamento, i quali rimangono in carica per un mandato di sette anni non rinnovabile.
Il Garante è chiamato a promuovere un rapporto corretto tra i soggetti pubblici e privati che elaborano informazioni personali e gli interessati.
Il Codice, all'art. 153, dispone che "*Il Garante opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*".
Rispetto alle altre Autorità indipendenti, in tal caso, i connotati di indipendenza, imparzialità e terzietà sono valorizzati ulteriormente in considerazione della tutela dei diritti fondamentali della persona.
"*I componenti sono scelti tra persone che assicurano indipendenza e che sono esperti di riconosciuta competenza delle materie del diritto o dell'informatica, garantendo la presenza di entrambe le qualificazioni*".
Al Garante sono attribuiti poteri di natura regolamentare, poteri di controllo e vigilanza, poteri di natura sanzionatoria, nonché poteri di natura amministrativa in senso stretto e in senso giustiziale.
Il Garante risolve i conflitti tra l'interessato e il titolare del trattamento.
Le attribuzioni conferite riguardano, in primo luogo, l'azione di tutela concreta dei diritti dell'interessato nei confronti dell'elaborazione dei dati che lo riguardano da parte di soggetti pubblici o privati
Tale Autorità può, altresì, esercitare poteri decisori e i connessi poteri cautelari e definitori, che possono comportare anche il blocco o il divieto di prosecuzione di alcune operazioni o dell'intero trattamento.
Queste funzioni sono esercitabili d'ufficio, ovvero su segnalazione o reclamo o ricorso.
Strumentali alla funzione di tutela dei diritti sono i poteri ispettivi e di accertamento finalizzati alla prevenzione e alla repressione degli illeciti in materia, nonché la previsione di sanzioni amministrative che possono essere direttamente applicate dallo stesso.
Al Garante sono, inoltre, attribuiti importanti poteri di promozione e di raccordo in relazione alla sottoscrizione dei codici di deontologia e buona condotta; la ricerca degli strumenti più efficaci di bilanciamento dei diritti della personalità con diritti e interessi anche di settore sottesi al trattamento; la divulgazione tra il pubblico della conoscenza delle disposizioni che regolano la materia dei dati personali, al fine di favorirne l'osservanza e formare una coscienza collettiva sulla definizione, in capo ad ogni soggetto, dei propri diritti.
L'attività di relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della legge, e il compito di segnalazione al Governo dell'opportunità di adottare provvedimenti normativi richiesti dalla evoluzione di settore, infine, rappresentano il raccordo tra la funzione esercitata dal Garante e il suo inquadramento nel complessivo assetto istituzionale.
L'art. 154 del Codice delinea nello specifico i compiti del Garante[1].
Si riportano sinteticamente di seguito le sue principali attribuzioni.

2.1. I Provvedimenti Generali

Il Garante può impartire al titolare del trattamento, anche per categorie di titolari o di trattamenti, prescrizioni al fine di conformare l'utilizzo dei dati alle disposizioni del Codice.
Il Garante ha utilizzato questo potere al fine di regolamentare particolari tipologie di trattamento dei dati personali: dalla videosorveglianza, all'informazione creditizia, dalla propaganda elettorale alla comunicazione istituzionale, dalla televisione interattiva alle carte di fidelizzazione.

Queste vere e proprie "guide al trattamento" hanno avuto un rilevante e crescente impatto presso l'opinione pubblica.

2.2. Le Autorizzazioni Generali per i dati sensibili e giudiziari

Il Garante può autorizzare, anche rispetto a categorie di titolari o di trattamenti, l'utilizzo di dati sensibili o giudiziari, impartendo ai titolari prescrizioni relative alle misure e agli accorgimenti a tutela dell'interessato.
Allo stato attuale, il Garante ha rilasciato sette autorizzazioni generali al trattamento dei dati sensibili che riguardano rispettivamente:
- il trattamento dei dati sensibili nel rapporto di lavoro;
- il trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale;
- il trattamento dei dati sensibili da parte delle associazioni e delle fondazioni;
- il trattamento dei dati sensibili da parte dei liberi professionisti;
- il trattamento dei dati sensibili da parte di diverse categorie di titolari;
- il trattamento dei dati sensibili da parte degli investigatori privati;
- il trattamento dei dati a carattere giudiziario da parte di privati, enti pubblici economici e soggetti pubblici.

2.3. Le Autorizzazioni Generali al trasferimento dei dati all'estero

Il Garante può autorizzare il trasferimento di dati personali verso Paesi che non appartengono all'Unione Europea, a condizione che gli stessi offrano un livello di tutela dei diritti dell'interessato che risulti adeguato a quanto stabilito dalle direttive europee.
La decisione sull'adeguatezza è adottata in sede comunitaria dalla Commissione europea, su parere del Gruppo dei Garanti europei.
È possibile il trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti d'America se il destinatario ha aderito al codice di autoregolamentazione istituito dal Dipartimento per il Commercio Estero degli USA *Safe Harbor*. Codice questo che a seguito della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea (sentenza "Schrem"- C-362/14) del 6 ottobre 2015, è stato sostituto dal "*Privacy Shield*", un nuovo Accordo tra Stati Uniti ed Europa, che la Commissione europea il 12 luglio 2016 ha ritenuto misura adeguata per il trasferimento dei dati personali verso gli Stati Uniti e, che in via principale garantisce maggiori tutele agli interessati e restituisce alle Autorità nazionali di protezione dei dati personali, le funzioni di controllo e di vigilanza previste dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 28 della direttiva 95/46/CE (che a breve verrà sostituita dal nuovo Regolamento europeo pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 4 maggio 2016 e che dovrà essere applicato dagli Stati Membri a decorrere dal 25 maggio 2018).

2.4. La valutazione preliminare dei trattamenti rischiosi

Nel caso in cui il trattamento dei dati, pur non coinvolgendo dati sensibili o dati giudiziari, presenti rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali ovvero per la dignità delle persone, a motivo della natura dei dati trattati, o delle modalità del trattamento o dei suoi possibili effetti, su richiesta del titolare del trattamento, oppure d'ufficio, il Garante può intervenire preventivamente prescrivendo misure ed accorgimenti particolari a tutela dell'interessato (art. 17).
Le prescrizioni possono essere impartite anche per categorie di titolari e di trattamenti.

2.5. I Codici Deontologici

Il Garante promuove e dirige l'elaborazione di codici di deontologia e buona condotta tra le categorie dei titolari del trattamento di dati personali**,** che sono allegati al Codice.
I codici di deontologia hanno funzione integrativa della normativa sulla privacy e il loro rispetto costituisce presupposto di liceità del trattamento. Il codice di deontologia più noto è il codice deontologico relativo al trattamento nell'esercizio dell'attività giornalistica, la cui adozione risale al 1998.
Ad esso sono seguiti: il codice deontologico relativo al trattamento per scopi storici; quello relativo al trattamento per scopi statistici; quello relativo al trattamento per scopi statistici e scientifici; il codice relativo ai sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti (c.d. codice "Centrali Rischi"); il codice di deontologia per i trattamenti effettuati per svolgere investigazioni difensive o per far valere un diritto in sede giu-

diziaria; e da ultimo il codice di deontologia per i trattamenti ai fini di informazione commerciale.

2.6. Trattamenti effettuati dai soggetti pubblici

Le pubbliche amministrazioni non sono tenute a richiedere il consenso dell'interessato per il trattamento dei dati personali, né l'autorizzazione del Garante.
Possono, infatti, effettuare il trattamento dei dati comuni nell'ambito delle proprie funzioni istituzionali; qualora intendano comunicare ad altre amministrazioni o a privati informazioni personali in proprio possesso se previsto da una norma di legge o di regolamento che consenta tale attività.
Se il trattamento riguarda dati sensibili o giudiziari, esso può essere considerato lecito se la finalità perseguita dal soggetto pubblico è ascrivibile ad un novero di "rilevanti finalità di interesse pubblico" ai sensi del Codice della privacy o da altra disposizione di legge.

3. Il quadro complessivo di tutela legale

I rimedi posti a disposizione dell'interessato si articolano mediante due tipi di intervento: giurisdizionale e amministrativo.
Il Codice consente all'interessato, infatti, un doppio binario per la tutela dei propri diritti, rendendo alternativo alla tutela giurisdizionale il ricorso al Garante.
La tutela attuata dinanzi al Garante rappresenta l'esito di un procedimento amministrativo[2].
È consentito al Garante l'esercizio di poteri interdittivi, anche sul piano cautelare.
Il procedimento dinanzi al Garante è destinato a concludersi in tempi rapidi e risponde all'esigenza di approntare una più efficace tutela anche a fronte della velocità di propagazione dei dati e alla potenziale ampiezza dei destinatari della diffusione, specie nel caso di trattamenti per via telematica, nonché all'opportunità di non inflazionare ulteriormente il carico di lavoro della giustizia ordinaria.
Oltre al ricorso, l'interessato può chiedere al Garante di pronunciarsi sulla legittimità del trattamento dei dati personali, mediante segnalazione o reclamo, contenente la specifica indicazione delle circostanze, delle disposizioni che si ritengono violate e delle misure di garanzia richieste.
Tuttavia, non è consentito avanzare dinanzi al Garante domande di risarcimento del danno che possono essere fatte valere soltanto dinanzi al giudice ordinario.
La tutela successiva alla lesione del diritto alla protezione dei dati personali è affidata anche alla previsione di sanzioni amministrative in caso di mancato rispetto di talune previsioni del Codice (omessa o inidonea informativa, omessa o incompleta notificazione etc.).
Il sistema di garanzie è, infine, integrato dalla previsione di sanzioni penali (per trattamento illecito di dati, falsità nelle dichiarazioni al Garante etc.) temperate dalla rilevanza, di regola, delle sole condotte dolose e dall'introduzione, per alcuni casi, del dolo specifico del fine di trarre un profitto per sé o per altri o di recare ad altri un danno.

4. Le singole forme di tutela dell'interessato davanti al Garante

I rapporti tra giudice ordinario e Garante sono alternativi: la presentazione del ricorso dinanzi al Garante tra le stesse parti e per il medesimo oggetto rende improponibile la domanda dinanzi all'autorità giudiziaria.
La preclusione non opera con riguardo al concorso tra ricorso al Garante e domanda di risarcimento danni al giudice ordinario, ancorché relativa alla medesima questione[3].
Ai sensi dell'art. 141 del Codice Privacy l'interessato può rivolgersi al Garante:
a) mediante reclamo circostanziato nei modi previsti dall'articolo 142, per rappresentare una violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento di dati personali;
b) mediante segnalazione, se non è possibile presentare un reclamo circostanziato ai sensi della lettera a), al fine di sollecitare un controllo da parte del Garante sulla disciplina medesima;
c) mediante ***ricorso****, se intende far valere gli specifici diritti di cui all'*articolo 7 *secondo le modalità e per conseguire gli effetti previsti nella sezione III del presente capo.*

4.1. Il reclamo

Il reclamo e la segnalazione appartengono ai poteri di iniziativa e di controllo a che i trattamenti siano effettuati nel rispetto della normativa vigente.
Il reclamo è l'atto con il quale si rappresenta al Garante una violazione di legge.
Esso deve contenere un'indicazione per quanto possibile dettagliata dei fatti e delle circostanze su cui si fonda,

delle disposizioni che si presumono violate e delle misure richieste, nonché gli estremi identificativi del titolare, del responsabile, ove conosciuto, e dell'istante.
Il reclamo è sottoscritto dagli interessati, o da associazioni che li rappresentano, ed è presentato senza particolari formalità.
Il reclamo reca in allegato la documentazione utile ai fini della sua valutazione e l'eventuale procura, e indica un recapito per l'invio di comunicazioni anche tramite posta elettronica, telefax o telefono (art. 142).
La mancanza delle indicazioni richieste dall'art. 142 non comporta particolari decadenze ed è possibile convertirlo in segnalazione.
Nel caso in cui il reclamo sia manifestamente infondato il Garante procede all'archiviazione.
Nel caso in cui sia accertata la non manifesta infondatezza dell'istanza, il Garante procede alla verifica dei presupposti per l'adozione di un provvedimento, avviando l'attività istruttoria.
L'istaurazione del contraddittorio nei confronti del titolare del trattamento è rimessa alla discrezionalità dell'Autorità che generalmente vi provvede, richiedendo all'interessato, al responsabile e al titolare di fornire informazioni ed esibire documenti (art. 157); nonché disporre l'accesso a banche dati, archivi, ispezioni, verifiche dei luoghi ed ad ogni altro accertamento utile al controllo del rispetto della normativa (art. 158).
Esaurita l'istruttoria, se sussistono i presupposti per adottare un provvedimento, il Garante (anche prima della definizione del procedimento) può invitare il titolare, anche in contraddittorio con l'interessato, ad effettuare il blocco spontaneamente ovvero può prescrivere al titolare le misure opportune o necessarie per conformarsi alle disposizioni di legge.
Il Garante può, altresì, disporre il blocco o vietare, in tutto o in parte il trattamento che risulta illecito o non corretto, anche per effetto della mancata adozione delle predette misure necessarie, oppure quando, in considerazione della natura dei dati o, comunque, delle modalità del trattamento o degli effetti che esso può determinare, vi è il concreto rischio del verificarsi di un pregiudizio rilevante per uno o più interessati.
Il divieto può riguardare singoli soggetti ovvero categorie di soggetti qualora il trattamento si pone in contrasto con rilevanti interessi della collettività.
I provvedimenti possono essere adottati anche prima della definizione del procedimento e sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale qualora i destinatari non siano facilmente identificabili per il numero o per la complessità degli accertamenti (art. 143).

4.2. La segnalazione

Qualora non sia possibile rivolgersi al Garante a mezzo di uno specifico reclamo, l'interessato, al fine di sollecitare l'attività di controllo dell'autorità, potrà avanzare una segnalazione che consiste in una denuncia generica di violazione di legge, anche senza alcuna specificazione dei motivi.
Per quanto già esposto, un reclamo può essere convertito in segnalazione.
La segnalazione rappresenta, dunque, un'alternativa all'attività di impulso volta all'adozione dei medesimi provvedimenti di cui all'art. 143 (art. 144).
I provvedimenti emessi a seguito di segnalazione o di reclamo possono essere adottati dal Garante anche d'ufficio nell'ambito dei poteri di controllo ad esso attribuiti (art. 154) e a tutela delle finalità di interesse pubblico sottese, anche in via di autotutela.

4.3. Il ricorso

Il ricorso è un rimedio di natura giustiziale, con attribuzione del potere decisorio della controversia in via amministrativa. La peculiarità di tale tipologia di ricorso deriva dalla normativa di riferimento in relazione alla tutela dei diritti fondamentali della persona.
Per quanto già esposto, l'alternatività del ricorso amministrativo a quello giurisdizionale è espressamente disciplinata dall'art. 145 del Codice[4].
Nell'art. 147 sono descritti il contenuto e le modalità di presentazione del ricorso[5].
Il ricorso è proposto nei confronti del titolare e deve indicare:

a) gli estremi identificativi del ricorrente, dell'eventuale procuratore speciale, del titolare e, ove conosciuto, del responsabile eventualmente designato per il riscontro all'interessato in caso di esercizio dei diritti di cui all'articolo 7;

b) la data della richiesta presentata al titolare o al responsabile ai sensi dell'articolo 8, comma 1, oppure del pregiudizio imminente ed irreparabile che permette di prescindere dalla richiesta medesima;

c) gli elementi posti a fondamento della domanda;

d) il provvedimento richiesto al Garante;
e) il domicilio eletto ai fini del procedimento[6].

Salvi i casi in cui il decorso del termine esporrebbe taluno a pregiudizio imminente ed irreparabile, il ricorso al Garante può essere proposto solo dopo che è stata avanzata richiesta sul medesimo oggetto al titolare o al responsabile e sono decorsi i termini previsti ovvero è stato opposto alla richiesta un diniego anche parziale (Art. 146).
Il riscontro alla richiesta da parte del titolare o del responsabile è fornito entro quindici giorni dal suo ricevimento.
Se le operazioni necessarie per un integrale riscontro sono di particolare complessità, ovvero ricorre altro giustificato motivo, il titolare o il responsabile ne danno comunicazione all'interessato. In tal caso, il termine per l'integrale riscontro è di trenta giorni dal ricevimento della richiesta medesima.
L'inosservanza delle suddette disposizioni determina l'inammissibilità del ricorso (art. 148)[7].
Il mancato interpello preventivo è rilevabile d'ufficio.
Fuori dei casi in cui è dichiarato inammissibile o manifestamente infondato, il ricorso è comunicato al titolare entro tre giorni a cura dell'Ufficio del Garante, con invito ad esercitare entro dieci giorni dal suo ricevimento la facoltà di comunicare al ricorrente e all'Ufficio la propria eventuale adesione spontanea.
L'invito è comunicato al titolare per il tramite del responsabile eventualmente designato per il riscontro all'interessato in caso di esercizio dei diritti di cui all'articolo 7, ove indicato nel ricorso.
In caso di adesione spontanea è dichiarato non luogo a provvedere.
Nel procedimento dinanzi al Garante il titolare, il responsabile e l'interessato hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, e hanno facoltà di presentare memorie o documenti ed essere sentiti in contraddittorio anche mediante idonea tecnica audiovisiva.
Nel procedimento il ricorrente può precisare la domanda nei limiti di quanto chiesto o a seguito di eccezioni formulate dal titolare.
Il Garante può disporre, anche d'ufficio, l'espletamento di una o più perizie. Il provvedimento che le dispone precisa il contenuto dell'incarico e il termine per la sua esecuzione ed è comunicato alle parti le quali possono presenziare alle operazioni personalmente o tramite procuratori o consulenti designati. Il provvedimento dispone anche in ordine all'anticipazione delle spese della perizia.
Nel procedimento, il titolare e il responsabile possono essere assistiti da un procuratore o da altra persona di fiducia.
Se gli accertamenti risultano particolarmente complessi o vi è l'assenso delle parti il termine di sessanta giorni può essere prorogato per un periodo non superiore ad ulteriori quaranta giorni.
Il decorso dei termini è sospeso nel periodo feriale e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione. Se il decorso ha inizio durante tale periodo, l'inizio stesso è differito alla fine del medesimo. La sospensione non opera nei casi in cui sussiste il pregiudizio imminente ed irreparabile, con conseguente adozione dei relativi provvedimenti.
I provvedimenti adottabili dal Garante a seguito del ricorso sono individuati nell'art. 150. Se la particolarità del caso lo richiede, il Garante può disporre in via provvisoria il blocco in tutto o in parte di taluno dei dati, ovvero l'immediata sospensione di una o più operazioni del trattamento. Il provvedimento può essere adottato anche prima della comunicazione del ricorso e cessa di avere ogni effetto se non è adottata nei termini la decisione.
Il medesimo provvedimento è impugnabile unitamente a tale decisione.
Assunte le necessarie informazioni il Garante, se ritiene fondato il ricorso, ordina al titolare, con decisione motivata, la cessazione del comportamento illegittimo, indicando le misure necessarie a tutela dei diritti dell'interessato e assegnando un termine per la loro adozione.
La mancata pronuncia sul ricorso, decorsi sessanta giorni dalla data di presentazione, equivale a rigetto.
Se vi è stata previa richiesta di taluna delle parti, il provvedimento che definisce il procedimento determina in misura forfettaria l'ammontare delle spese e dei diritti inerenti al ricorso, posti a carico, anche in parte, del soccombente o compensati anche parzialmente per giusti motivi.
Il provvedimento espresso, anche provvisorio, adottato dal Garante è comunicato alle parti entro dieci giorni presso il domicilio eletto o risultante dagli atti, anche mediante posta elettronica o telefax.

Se sorgono difficoltà o contestazioni riguardo l'esecuzione del provvedimento, il Garante, sentite le parti ove richiesto, dispone le modalità di attuazione avvalendosi, se necessario, del personale dell'Ufficio o della collaborazione di altri organi dello Stato.
In caso di mancata opposizione avverso il provvedimento che determina l'ammontare delle spese e dei diritti, o di suo rigetto, il provvedimento medesimo costituisce, per questa parte, titolo esecutivo ai sensi degli articoli 474 e 475 del codice di procedura civile.
Avverso il provvedimento di rigetto, espresso o tacito, il titolare o l'interessato possono proporre opposizione con ricorso al Giudice ordinario (art. 152). L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato (art. 151).

Bibliografia

AA.VV., *Codice della Privacy. Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003 n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative*, Giuffrè Editore;
AA.VV., *Il Codice sulla protezione dei dati personali,* a cura di Gianpiero Paolo Cirillo, Giuffrè Editore;
AA.VV., *Codice in materia di protezione dei dati personali*;
AA.VV., *Dati sensibili e soggetti pubblici. Commento sistematico al D.Lgs. n. 135/99*, Giuffrè, Milano, 2000;
AA.VV., *Società dell'informazione. Tutela della riservatezza* (atti del congresso di Stresa, 16-17 maggio 1997), Giuffrè, Milano, 1998;
R. ACCIAI, (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali. La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice,* Maggioli, Rimini, 2004; I.D., *Le nuove norme in materia di privacy, decreto legislativo 28 dicembre 2001 n. 467, autorizzazioni generali al trattamento dei dati sensibili, codici deontologici, regole per i flussi di dati fuori dall'Unione europea*, Maggioli, Rimini, 2003;
G. ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 26 ss.;
D. SIMEOLI *La tutela dell'interessato* in *Il diritto alla protezione dei dati personali. La Disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice* (a cura di) R. ACCIAI, Maggioli Editore, pp. 299 e ss.;
G. ARIETA, *Art. 29*, in *La tutela dei dati personali Commentario alla L. n. 675/1996*, diretto da E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO E V. ZENO-ZENCOVICH, Padova, 1997, p. 276;
F. GUERRA, *Gli strumenti di tutela*, in La disciplina del trattamento dei dati personali, a cura di V. CUFFARO E V. RICCIUTO, Torino, 1997, p. 318;
V. DENTI, *La tutela della riservatezza: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc civ.*, 1998, p. 747;
S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di mezzi di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento dei dati personali*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 49;
G. P. CIRILLO, *Il procedimento sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti e la decisione contenziosa alternativa del Garante per la protezione di dati personali*, in *Foro amm.*, 1998, p. 262;
A. CARRATTA, *Aspetti processuali della disciplina sul trattamento dei dati personali (L. 31 dicembre 1996 n. 675)*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 130, al quale si rinvia per una ricognizione delle diverse questioni dibattute in relazione alla disciplina abrogata; Garante dati personali 28 maggio 1997, in *Foro it.*, 1998, III, p. 317, con nota di R. PARDOLESI, in *Corr. giur.*, 1997, p. 91, con nota di V. ZENO ZENCOVICH;
G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc amm.*, 1998, pp. 739 ss.;
G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000;
LA SPINA, MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000;
MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000;
GRASSINI, *L'indipendenza delle Autorità* (a cura di) Bologna, 2001;
LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; *Le Autorità indipendenti* a cura di DI SAN LUCA, Torino, 2002; Cass. 20 maggio 2002, n. 7341, in *Foro it.*, 2002, p. 2680 con nota di M. GRANIERI, *Il Garante dei dati personali ed il baricentro (sbilanciato) della tutela forte dei diritti della personalità*;
A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la L. n. 205/00. Epitaffio per un sistema*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 630;
A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001;
A. LAMORGESE, *Giudice ordinario e giudice amministrativo: in favore della giurisdizione unica*, in *Questione giustizia*.

F. VALERIO *La spontanea adesione alla cancellazione dei dati illecitamente trattati non esclude il risarcimento – Nota a Cassazione civile, 17 settembre 2014, n. 19534*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 1, 2014, p. 3.

Sulla tutela alternativa e sul risarcimento del danno

A. AVITABILE, *Illecito trattamento di dati personali e risarcimento del danno*, Nota a Cass. civ. Sez. III, 15 luglio 2014, n. 16133 in Soggetti e nuove tecnologie 31.03.2015;
G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997;
G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012;
M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur*., 2009, pp. 5 ss.;
A. GARIBOTTI, *La quantificazione del danno da lesione della privacy di un calciatore*, in *Danno e resp.*, 2013, 3, pp. 309 ss.;
S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 3, 2009, p. 589;
E. NAVARRETTA, *Il valore della persona e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev*., 2009, pp. 63 ss.;
F. VALERIO, *La spontanea adesione alla cancellazione dei dati illecitamente trattati non esclude il risarcimento*, in Dir. e giust., 2014, 1, p. 3;
R. VILLANI, *Il danno va provato con dichiarazioni testimoniali che attestino lo stato di sofferenza fisica o psichica*, in *Dir.e giust.*, 2014, 1, p. 32;
V. ZENO-ZENCOVICH, *La quantificazione del danno alla reputazione e ai dati personali: ricognizione degli orientamenti 2013 del Tribunale Civile di Roma*, in *Dir. inf.*, 2014, 3, p. 405.

In giurisprudenza

Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *CED Cass.*, 1986;
Cass. civ. 2 luglio 1997, n. 5944, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 3049;
Cass. civ. 5 novembre 1998, n. 11103, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1127;
Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26793, n. 26974 e n. 26795, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 e ss.;
Cass. civ. 25 settembre 2012, n. 16279, in *Foro it.* 2013, 1, I, c. 106;
Cass. civ. 26 settembre 2013, n. 22100, in *CED Cass.*, 2013;
Cass. civ. 14 agosto 2014, n. 17974, in *CED Cass.*, 2014;
Cass. civ. 25 novembre 2014, n. 24986, in *CED Cass.*, 2014;
Cass. civ. 17 settembre 2014, n. 19534, in *CED Cass.*, 2014.

---

1 **Art. 154 Compiti** 1. Oltre a quanto previsto da specifiche disposizioni, il Garante, anche avvalendosi dell'Ufficio e in conformità al presente codice, ha il compito di:
a) controllare se i trattamenti sono effettuati nel rispetto della disciplina applicabile e in conformità alla notificazione, anche in caso di loro cessazione e con riferimento alla conservazione dei dati di traffico;
b) esaminare i reclami e le segnalazioni e provvedere sui ricorsi presentati dagli interessati o dalle associazioni che li rappresentano;
c) prescrivere anche d'ufficio ai titolari del trattamento le misure necessarie o opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti, ai sensi dell'articolo 143;
d) vietare anche d'ufficio, in tutto o in parte, il trattamento illecito o non corretto dei dati o disporne il blocco ai sensi dell'articolo 143, e di adottare gli altri provvedimenti previsti dalla disciplina applicabile al trattamento dei dati personali;
e) promuovere la sottoscrizione di codici ai sensi dell'articolo 12 e dell'articolo 139;
f) segnalare al Parlamento e al Governo l'opportunità di interventi normativi richiesti dalla necessità di tutelare i diritti di cui all'articolo 2 anche a seguito dell'evoluzione del settore;
g) esprimere pareri nei casi previsti;
h) curare la conoscenza tra il pubblico della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali e delle relative finalità, nonché delle misure di sicurezza dei dati;
i) denunciare i fatti configurabili come reati perseguibili d'ufficio, dei quali viene a conoscenza nell'esercizio o a causa delle funzioni;
l) tenere il registro dei trattamenti formato sulla base delle notificazioni di cui all'articolo 37;
m) predisporre annualmente una relazione sull'attività svolta e sullo stato di attuazione del presente codice, che è trasmessa al Parlamento e al Governo entro il 30 aprile dell'anno successivo a quello cui si riferisce.
2. Il Garante svolge altresì, ai sensi del comma 1, la funzione di controllo o assi-

stenza in materia di trattamento dei dati personali prevista da leggi di ratifica di accordi o convenzioni internazionali o da regolamenti comunitari e, in particolare:
a) dalla legge 30 settembre 1993, n. 388, e successive modificazioni, di ratifica ed esecuzione dei protocolli e degli accordi di adesione all'accordo di Schengen e alla relativa convenzione di applicazione;
b) dalla legge 23 marzo 1998, n. 93, e successive modificazioni, di ratifica ed esecuzione della convenzione istitutiva dell'Ufficio europeo di polizia (Europol);
c) dal regolamento (Ce) n. 515/97 del Consiglio, del 13 marzo 1997, e dalla legge 30 luglio 1998, n. 291, e successive modificazioni, di ratifica ed esecuzione della convenzione sull'uso dell'informatica nel settore doganale;
d) dal regolamento (Ce) n. 2725/2000 del Consiglio, dell'11 dicembre 2000, che istituisce l'Eurodac per il confronto delle impronte digitali e per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino;
e) nel capitolo IV della convenzione n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981 e resa esecutiva con legge 21 febbraio 1989, n. 98, quale autorità designata ai fini della cooperazione tra Stati ai sensi dell'articolo 13 della convenzione medesima.
3. Il Garante coopera con altre autorità amministrative indipendenti nello svolgimento dei rispettivi compiti. A tale fine, il Garante può anche invitare rappresentanti di un'altra autorità a partecipare alle proprie riunioni, o essere invitato alle riunioni di altra autorità, prendendo parte alla discussione di argomenti di comune interesse; può richiedere, altresì, la collaborazione di personale specializzato addetto ad altra autorità.
4. Il Presidente del Consiglio dei ministri e ciascun ministro consultano il Garante all'atto della predisposizione delle norme regolamentari e degli atti amministrativi suscettibili di incidere sulle materie disciplinate dal presente codice.
5. Fatti salvi i termini più brevi previsti per legge, il parere del Garante è reso nei casi previsti nel termine di quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta. Decorso il termine, l'amministrazione può procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere. Quando, per esigenze istruttorie, non può essere rispettato il termine di cui al presente comma, tale termine può essere interrotto per una sola volta e il parere deve essere reso definitivamente entro venti giorni dal ricevimento degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate.
6. Copia dei provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria in relazione a quanto previsto dal presente codice o in materia di criminalità informatica è trasmessa, a cura della cancelleria, al Garante.

2 D. Simeoli, *La Tutela dell'interessato*, in *Il diritto alla protezione dei dati personali. La Disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice* (a cura di) R. Acciai, Maggioli Editore, pp. 299 e ss..

3 F. Valerio, *La spontanea adesione alla cancellazione dei dati illecitamente trattati non esclude il risarcimento - Nota a Cassazione civile, 17 settembre 2014, n. 19534*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.1, 2014, p. 3. La statuizione di non luogo a provvedere assunta dal Garante della privacy ex art. 149, comma 2, D.Lgs. n. 196/2003, derivante dall'adesione spontanea da parte del titolare del trattamento alla cancellazione e non utilizzazione di dati personali così come richiesto dagli interessati, non impedisce l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, né tale azione deve essere proposta nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento del Garante.
La Cassazione ha statuito che: "*La tutela risarcitoria è rimessa in via esclusiva all'autorità giudiziaria ordinaria. ... Dall'esame dei provvedimenti attribuiti alla competenza del Garante in sede di tutela "alternativa a quella giurisdizionale" può escludersi che a tale Autorità sia attribuita la cognizione di domande risarcitorie, da ritenersi coperta da riserva esclusiva di giurisdizione ordinaria. Come espressamente stabilito dalle disposizioni esaminate l'alternatività riguarda esclusivamente le domande aventi un identico oggetto, ovvero quelle che, se pendenti contestualmente davanti a più giudici, possono, in via generale, essere assoggettate al regime processuale della litispendenza o della continenza. Si tratta delle domande che richiedono interventi di natura preventiva, inibitoria o conformativa, potendo il Garante indicare modalità concrete di cessazione del trattamento illecito dei dati. La domanda di risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale ha causa petendi e petitum radicalmente divergenti da quelle sopra esaminate ed è destinata ad una declaratoria d'inammissibilità se proposta davanti al Garante. Peraltro, in numerose pronunce (ex multis 19/2/2002 doc. web. 1063674; 5 ottobre 2006 doc. web. 135919), il Garante ha ritenuto inammissibile il ricorso contenente una domanda risarcitoria. L'accoglimento del ricorso, totale o parziale, da parte del Garante può, in conclusione, facilitare il ricorso alla tutela risarcitoria davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, ma non escluderla. Diversamente ragionando, dovrebbe ritenersi alternativamente che scelta la strada della tutela inibitoria (e preventiva), sia negata quella risarcitoria, oppure che, nonostante il riconoscimento del trattamento illecito dei dati personali, la parte sia tenuta ad un'impugnazione del provvedimento del Garante al solo fine di richiedere il risarcimento del danno e non incorrere nella sanzione di tardività dell'azione. Quest'ultima soluzione è in netto contrasto con il canone costituzionale della ragionevolezza. La prima introduce un impedimento all'ottenimento della tutela piena di un diritto fondamentale quale quello in gioco, del tutto incompatibile con l'art. 24 Cost.. Diversa è la soluzione in caso di rigetto del ricorso da parte del Garante. In tale ipotesi, condicio sine qua non per adire l'autorità giudiziaria è l'impugnazione tempestiva del provvedimento di diniego, con conseguente facoltà di proporre la connessa domanda risarcitoria unitamente a quella relativa all'accertamento della illiceità del trattamento dei dati*"; cfr. anche Alberto Avitabile, *Illecito trattamento di dati personali e risarcimento del danno*, Nota a Cass. civ., Sez. III, 15 luglio 2014, n. 16133 in *Soggetti e nuove tecnologie* 31.03.2015.

4 *1.* ***I diritti di cui all'articolo 7 possono essere fatti valere dinanzi all'autorità giudiziaria o con ricorso al Garante****.*
2. Il ricorso al Garante ***non può essere proposto se****, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti,* ***è stata già adita l'autorità giudiziaria****.*
3. La presentazione del ricorso al Garante rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto.

5 Per la regolarizzazione dei ricorsi Deliberazione del Garante per la protezione

dei dati personali 23 dicembre 2004.

6 *2. Il ricorso è sottoscritto dal ricorrente o dal procuratore speciale e reca in allegato:*
a) la copia della richiesta rivolta al titolare o al responsabile ai sensi dell'articolo 8, comma 1;
b) l'eventuale procura;
c) la prova del versamento dei diritti di segreteria.
3. Al ricorso è unita, altresì, la documentazione utile ai fini della sua valutazione e l'indicazione di un recapito per l'invio di comunicazioni al ricorrente o al procuratore speciale mediante posta elettronica, telefax o telefono.
4. Il ricorso è rivolto al Garante e la relativa sottoscrizione è autenticata.
L'autenticazione non è richiesta se la sottoscrizione è apposta presso l'Ufficio del Garante o da un procuratore speciale iscritto all'albo degli avvocati al quale la procura è conferita ai sensi dell'articolo 83 del codice di procedura civile, ovvero con firma digitale in conformità alla normativa vigente.
5. Il ricorso è validamente proposto solo se è trasmesso con plico raccomandato, oppure per via telematica osservando le modalità relative alla sottoscrizione con firma digitale e alla conferma del ricevimento prescritte ai sensi dell'articolo 38, comma 2, ovvero presentato direttamente presso l'Ufficio del Garante.

7 Art. 148 Inammissibilità del ricorso
1. *Il ricorso è inammissibile:*
a) se proviene da un soggetto non legittimato;
b) in caso di inosservanza delle disposizioni di cui agli articoli 145 e 146;
c) se difetta di taluno degli elementi indicati nell'articolo 147, commi 1 e 2, salvo che sia regolarizzato dal ricorrente o dal procuratore speciale anche su invito dell'Ufficio del Garante ai sensi del comma 2, entro sette giorni dalla data della sua presentazione o della ricezione dell'invito. In tale caso, il ricorso si considera presentato al momento in cui il ricorso regolarizzato perviene all'Ufficio.
2. Il Garante determina i casi in cui è possibile la regolarizzazione del ricorso.

Orientamenti giurisprudenziali in materia di discriminazione

Paolo Iafrate
Avvocato del Foro di Roma, Docente in Regolamentazione Nazionale ed Europea in materia di immigrazione Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Con questa veloce rassegna della giurisprudenza in materia di discriminazione e odio razziale intendo mostrare che la normativa vigente, accortamente utilizzata, consente di porre un freno a comportamenti, nei vari ambiti di vita o su internet, destano destate preoccupazioni perché pregiudicano la convivenza tra gli autoctoni e gli immigrati.
La legge 205/1993 (c.d. Legge Mancino) riguarda la commissione o l'incitamento alla commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Questa legge è orientata alla tutela della persona e alla sua dignità sociale, in ossequio al principio personalistico e uguaglianza sancito dalla Costituzione. Vengono condannati gesti, azioni e slogan legati all'ideologia nazifascista e aventi come fine l'incitazione alla violenza e alla discriminazione per motivi razziali, etnici religiosi o nazionali, nonché punisce anche l'utilizzo di simboli legati ai suddetti movimenti politici.
Più precisamente, all'art. 3 viene introdotto un "aggravamento della pena con un aumento fino alla metà per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo, commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità".
L'obiettivo del legislatore è quello di eliminare la propaganda discriminatoria nei confronti di individui oggetto di discriminazione o di odio razziale, etnico o nazionale. La limitazione del diritto della libera manifestazione del pensiero, e della libertà di espressione, è ammessa solo quando l'esercizio di questi diritti contrasta con il rispetto della dignità umana.
A distanza di tanti anni dall'adozione degli strumenti legislativi di tutela contro la discriminazione razziale ed etnica e a fronte del manifestarsi di un numero considerevole di fenomeni di razzismo, xenofobia e intolleranza in Italia, le pronunce riguardanti la Legge 205/1993, pur non essendo numerose, risultano significative[1].
Una interessante pronuncia di legittimità riguarda il reato di partecipazione ad associazione finalizzata all'incitamento alla discriminazione e all'odio razziale attraverso internet, ed in particolare i social network. A tal proposito la sentenza della Corte di Cassazione n. 33179/2013 ha rilevato che il minimum organizzatorio necessario ad integrare l'associazione a delinquere si modula in maniera specifica per le realtà associative c.d. 'in rete' (chat. blog, virtual communities), non potendosi per tali strutture ricercare quella fisicità di contatti tra i partecipi tipica dell'associazione a delinquere di tipo 'classico.
La fattispecie di associazione per delinquere finalizzata all'incitamento e alla violenza per motivi razziali, etnici e religiosi (ai sensi dell'art. 3, comma terzo, della legge n. 654 del 1975) può essere integrata quindi anche da una struttura che utilizzi il blog per tenere i contatti tra gli aderenti, fare proselitismo, anche mediante la diffusione di documenti e testi inneggianti al razzismo, programmare azioni dimostrative o violente, raccogliere elargizioni economiche a favore del forum, censire episodi o persone responsabili di aver operato a favore dell'uguaglianza e dell'integrazione degli immigrati.
Quindi, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 25870/2013 che interviene in materia di ingiuria aggravata dall'odio razziale, ha previsto che nei casi di offese razziste non è necessario che altri siano presenti o abbiano ascoltato, con il conseguente pericolo di comportamenti discriminatori o di atti emulatori, anche perché ciò comporterebbe l'irragionevole conseguenza di escludere l'aggravante in tutti i casi in cui l'azione lesiva si svolgesse in assenza di terza persone.
La sentenza della Suprema Corte n. 563/2012, in relazio-

ne al reato di minaccia aggravata dalla finalità discriminatoria, ha affermato che «integra il reato di minaccia aggravato dalla circostanza della finalità di discriminazione o di odio etnico, razziale o religioso (articolo 612 del codice penale e articolo 3 legge n. 205 del 1993), la condotta di colui che effettui telefonate all'indirizzo della persona offesa (nella specie si è trattato di una docente di storia e studiosa delle persecuzioni razziali antisemite avvenute in Italia durante l'occupazione nazista), prospettandole alcuni mali ingiusti, rientranti nel genere di quelli praticati in un lager nazista (stupro etnico razziale), e manifesti odio nei confronti del popolo ebraico ed esultanza per le persecuzioni di cui è stato vittima, considerato che la finalità di odio razziale e religioso.

Successivamente il giudice di legittimità, con la sentenza n. 24431/2015, ha rilevato nella condotta offensiva rivolta a un soggetto attraverso un post pubblicato sulla bacheca del social network Facebook, la configurazione del reato di diffamazione aggravata così come avviene nell'offesa a mezzo stampa. L'aggravante viene identificata proprio "nella potenzialità, nella idoneità e nella capacità del mezzo utilizzato per la consumazione del reato a coinvolgere e raggiungere una pluralità di persone (...) con ciò cagionando un maggiore e più diffuso danno alla persona offesa"[2].

Con la sentenza n. 42727/15 il giudice di legittimità ha ravvisato il reato di incitamento alla violenza ed atti di provocazione commessi per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, previsto dall'art. 3, comma primo, lett. b), della legge 13 ottobre 1975 n. 654 e successive modificazioni, per motivi razziali in considerazione del tenore delle espressioni usate, del mezzo di comunicazione impiegato (la bacheca di un profilo "face-book"') e del contesto sociale e politico nel quale si collocava l'episodio.

Nel caso di specie il soggetto è stato condannato alla pena, condizionalmente sospesa, di anni uno e mesi uno di reclusione, oltre alla pena accessoria ed al risarcimento in favore delle parti civili costituite, per il reato di cui alla legge 654 del 1975, art. 3, comma 1, lett. b), aggravato ai sensi dell'art. 61 c.p., n. 10, per avere pubblicato sul proprio profilo del social network Facebook la frase "mai nessuno che se la stupri, così tanto per capire cosa può provare la vittima di questo efferato reato, vergogna", accompagnata dalla fotografia di K. C., Ministro dell'integrazione, in tal modo istigando a commettere violenza per motivi razziali nei confronti della suddetta, commettendo il fatto a causa della pubblica funzione esercitata.

Inoltre, la sentenza n. 36906/15 sul punto ha evidenziato che la propaganda razziale è penalmente rilevante se il mezzo utilizzato diffonde un messaggio discriminatorio basato sul mero modo di essere delle persone di altra razza, mentre il delitto non sussiste ove la propaganda induca ad allontanare gli stranieri che delinquono e in quanto delinquono.

Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito è sufficiente un richiamo ad alcune importanti pronunce.

La prima è la sentenza n. 884/13 emessa dal Tribunale di Roma, Sezione Giudice per l'Udienza Preliminare, che ha rilevato la sussistenza e la perseguibilità di un'associazione a delinquere costituita tramite il web contro i gestori del sito neonazista Stormfront. Nel caso di specie gli imputati sono stati condannati dal Giudice per l'udienza preliminare perché nel loro forum istigavano a compiere atti violenti sulla base di pregiudizi razziali, etnici e religiosi e inneggiavano alla superiorità della razza bianca attraverso la sezione italiana del sito internet[3].

La seconda sentenza è del Tribunale di Padova, che ha condannato nel 2013 a un anno e mezzo di reclusione un consigliere della Lega Nord di un quartiere di Padova, poi espulso dal partito a seguito dell'episodio, per il reato di istigazione alla violenza per motivi razziali commesso nei confronti del Ministro per l'Integrazione Cécile Kyenge mediante un post sul proprio profilo Facebook[4].

In questo caso il Tribunale di Padova ha seguito il costante orientamento giurisprudenziale, secondo il quale ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante è sufficiente che "l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile nel contesto in cui è maturata, avuto anche riguardo al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore" (Cassazione, n. 11590/2012), per cui "la discriminazione consiste nel disconoscimento d'eguaglianza, ovvero nell'affermazione d'inferiorità sociale o giuridica altrui" (Cassazione, n. 9381/2006), senza dunque necessità della dimostrazione di un rischio di reiterazione di detti comportamenti ovvero che l'azione lesiva si svolga in presenza di terze persone (Cassazione, n. 49694/2009, n. 38597/2009, n. 37609/2006, n. 38591/2008).

La terza sentenza è del Tribunale penale di Trento (n. 508/14), che ha condannato un consigliere circoscrizio-

nale di Trento per il reato di diffamazione di cui all'art. 595 del codice penale, aggravato dalle finalità di odio razziale di cui all'art. 3 della legge n. 205 /2003, per avere pubblicato sul proprio profilo Facebook un commento gravemente lesivo della reputazione dell'allora ministra dell'Integrazione Cecile Kyenge, invitandola a tornare "nella giungla dalla quale è uscita". Il giudice evidenzia il costante orientamento giurisprudenziale della Cassazione secondo il quale, in relazione al reato di diffamazione, "il limite della continenza nel diritto di critica è superato in presenza di espressioni che, in quanto gravemente infamanti e inutilmente umilianti, trasmodino in una mera aggressione verbale del soggetto criticato" (sentenza n. 15060/2011), ovvero "in un attacco personale lesivo della dignità morale ed intellettuale dell'avversario" (sentenza n. 8824/2010 e sentenza n. 4938/2010). Inoltre, con riferimento alla sussistenza dell'aggravante del reato commesso con finalità di odio razziale, l'organo giudicante osserva che la frase pubblicata sul suo profilo dal consigliere costituisce "una consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto anche riguardo al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità" (Cassazione n. 9381/2006, 38591/2008, 25870/2013, 11590/2010).
Successivamente la Corte d'Appello di Trento (sentenza n. 315/15) ha ritenuto sussistere il reato di diffamazione aggravata dall'odio razziale ex art. 595 del codice penale e articolo 3 della legge. 205/2003, nell'affermazione "torna nella giungla dalla quale sei uscita", indirizzata a persona di colore, poiché, lungi dal costituire libera manifestazione del pensiero, suggerisce l'idea di una inferiorità originaria della persona determinata dal colore della pelle ed è dunque espressione altamente lesiva dell'onore e del prestigio della persona alla quale è riferita (nella specie l'affermazione era rivolta all'allora Ministro dell'Integrazione Cecile Kyenge).
Più di recente, il Tribunale di Milano, con l'ordinanza del 19 aprile 2016**,** ha osservato che l'utilizzazione di un vocabolo dal significato obiettivamente dispregiativo per qualificare l'intera comunità Rom, sia pure ad opera di un parlamentare europeo nel contesto di un dibattito televisivo dai toni alquanto accesi, configura la fattispecie di discriminazione razziale collettiva, che può essere contrastata in sede giudiziaria su iniziativa delle associazioni iscritte in apposito registro.
Per completezza espositiva è opportuno citare un'interessante pronuncia del giudice amministrativo (TAR Lazio, Sezione Prima ter, con sentenza del 1° febbraio 2016 n.1356), che ha confermato la revoca del permesso di soggiorno nei confronti del cittadino straniero che propagandava su Facebook a favore dello Stato islamico, con pubblicazione della foto di Bin Laden, stante la sua condotta ritenuta pericolosa per la sicurezza nazionale.
L'auspicio è che queste brevi annotazioni su una serie di sentenze significative stimolino la società al recupero del principio di non discriminazione al fine di garantire, una effettiva integrazione dello straniero nella società civile.
Nell'ordinamento italiano (la Costituzione) e negli strumenti internazionali (normativa europea, Convezione europea sui diritti dall'uomo) vengono indicati gli obiettivi da raggiungere per promuovere una società basata su una effettiva partecipazione non discriminatoria da parte di tutti.

---

1 Francesco Carchedi-Maria Grazia Ruggerini-Carla Scaramella, *Quale parità per i migranti? Norme, prassi e modelli di intervento contro le discriminazioni*, Franco Angeli, 2008.

2 Corte di Cassazione, Sentenza n. 24431, 12 febbraio 2015, in *http://www.penale.it/page.asp? IDPag=1198*; *http://www.altalex.com/documents/news/2015/06/15/facebook-offesa-su-bacheca-diffamazione-a-mezzo-stampa*.

3 Tribunale di Roma, Sentenza n. 884 dell'8 aprile 2013, disponibile su: *http://osservatorioantisemi-c02.kxcdn.com/wp-content/uploads/2013/11/Sentenza-884.13-dell8.04.2013-1_stormfront.pdf.*

4 Tribunale di Padova: l'invito a commettere violenza sessuale nei confronti della Ministra Kyenge espresso attraverso i social-network costituisce un'istigazione pubblica alla violenza razziale, in *espresso.repubblica.it/attualita/2016/03/17/news/hate-speech-giornalismo-e-migrazioni-perche-l-odio-non-e-una-opinione-1.254377.*

La giurisdizione penale e la degiurisdizionalizzazione

Mario Scialla
Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Da qualche tempo nell'ambito forense è in corso un interessante dibattito sul ruolo dell'avvocato nel futuro prossimo, attesa l'innegabile spinta verso la degiurisdizionalizzazione da parte del nostro Stato che non è in grado di fornire una risposta adeguata a tutte le domande che gli vengono rivolte dai cittadini per il riconoscimento dei propri diritti.
Nell'ambito del civile si è cominciato, tramite la mediazione, a tentare di risolvere le controversie giudiziarie al di fuori delle aule di giustizia e da più parti si afferma che, facendo le debite proporzioni, ciò stia avvenendo anche nel penale, ad esempio, mediante il ricorso alla depenalizzazione.
In realtà per affrontare più propriamente il tema in oggetto bisognerebbe partire dalla mediazione penale che per ora riguarda esclusivamente il processo minorile.
Essa rappresenta un nuovo strumento che può affiancare quello giudiziario senza ipotizzare alcuna sostituzione o sovrapposizione allo stesso. Un percorso diverso che sia avvertito come complementare al processo.
La mediazione penale viene mutuata dagli ordinamenti dei paesi dell'Europa centrale e considera ormai superato lo spirito ispiratore dei codici di procedura penale che nacquero per arginare l'arbitrio del Re e che erano quindi tutti naturalmente orientati verso l'imputato, senza dare adeguata importanza alla persona offesa.
Il momento centrale della mediazione penale non è quindi la minaccia della pena o l'esecuzione della stessa quanto semmai il tentativo di far comprendere all'autore del reato, tramite il contatto – anche a scopo riparatorio – con la persona offesa, la gravità delle conseguenze della propria condotta, favorendone così il distacco dal reato, mediante una rielaborazione critica degli eventi ed il recupero di importanza della persona danneggiata che vedrà favorite le sue istanze risarcitorie.
Nei Tribunali per i Minorenni ove si è fatto ricorso alla mediazione penale si è verificata una riduzione della recidiva di oltre il trenta per cento, aspetto questo che rappresenta sicuramente, al di la delle valutazioni di merito sull'istituto, un dato positivo dal quale non si può prescindere.
Per ora l'avvocatura ha espresso una certa ritrosia nei confronti dell'istituto probabilmente non tanto per una avversione preconcetta, verso questo tipo di cambiamento, quanto semmai perché vi sono tutta una serie di problemi la cui soluzione non è chiara.
Ogni avvocato, infatti, teme ciò che avviene fuori dal circuito giudiziario, prefigurandosi tutti i rischi connessi all'assunzione di informazioni da parte dell'indagato, o imputato che sia, senza determinate garanzie.
Il dubbio riguarda essenzialmente il possibile utilizzo indiretto o distorto delle dichiarazioni sollecitate dal mediatore ove poi la mediazione non si concretizzi.
È chiaro che delle stesse non solo non dovrebbe essere consentita alcuna utilizzazione ma neppure lasciata traccia affinché non si rischi che vengano poi valutate in un contesto completamente diverso, così da privare l'imputato delle più elementari garanzie. Argomentare diversamente significherebbe sconfessare la cultura del garantismo e del contraddittorio che ha connotato il processo penale italiano dall'introduzione del codice di procedura penale del 1988, risultando certamente inaccettabile.
Fondamentale, poi, per il successo dell'istituto e per la condivisione dello stesso da parte dell'avvocatura sarà la inevitabile qualificazione della figura del mediatore che dovrà essere dotato anche di indispensabili cognizioni giuridiche soprattutto per comprendere adeguatamente il valore delle dichiarazioni sollecitate e rese, come sopra precisato.
È quindi presto per dire se la mediazione penale potrà rappresentare la prima parte di un percorso che porti

verso la degiurisdizionalizzazione ma le osservazioni testè proposte ci forniscono già un primo riferimento su quello che, nell'ambito penalistico, potrebbe essere il recepimento di una diversa forma di giurisdizione: quella cioè che lasci lo spazio ad una attività complementare al processo, verso il quale dovrà inevitabilmente confluire, senza mai sostituirlo completamente.
È abbastanza evidente che il modello appena tratteggiato viene stravolto dall'adozione di scelte legislative completamente diverse, come quella della depenalizzazione, recentemente adottata.
Infatti con il decreto legislativo n. 7 del gennaio 2016 è stata data esecuzione alle disposizioni della legge 28 aprile 2014, n. 67, nella specifica parte in cui ha conferito delega al Governo per provvedere alla abrogazione di determinati reati ed istituire, al loro posto, corrispondenti fattispecie di illecito civile, presidiate da sanzioni pecuniarie aggiuntive rispetto all'obbligo del risarcimento del danno.
Ci si trova quindi di fronte alla novità di fattispecie in cui viene in rilievo una sanzione ulteriore rispetto all'obbligo di risarcire il danno che forse trae la sua ispirazione dai danni punitivi di matrice anglosassone anche se poi viene naturale pensare che il danno punitivo è indirizzato a vantaggio di colui ha ottenuto la ragione in giudizio e non certo, come previsto dalla nuova prospettazione, in favore delle casse erariali.
La novella ha quindi partorito un "mostro giuridico" che ha la stranezza di un illecito civile pur assumendo la sostanziale fisionomia di un illecito amministrativo, appunto connotato da una sanzione pecuniaria di natura punitiva.
Pertanto non può certo essere la depenalizzazione il "ponte" ideale verso una diversa forma di giurisdizione, non solo per le anomalie e forzature giuridiche sopra evidenziate, quanto soprattutto per il fatto che non può approdare ad una soluzione positiva, definitiva e condivisa.
È assai dubbio infatti che dalla depenalizzazione possa derivare un reale vantaggio per il nostro ordinamento in termini di riduzione del carico di lavoro, atteso che comunque si va semplicemente a spostare l'attività da un settore ad un altro.
Inoltre in termini di prevenzione generale è di tutta evidenza che stante la cronica incapacità di effettivo recupero delle somme derivanti dalle sanzioni da parte degli uffici amministrativi – si tenga presente che è quasi nullo il gettito derivante alle casse dello Stato dalle pene pecuniarie conseguenti alle sentenze di condanna – la maggior parte delle violazioni commesse si tradurranno in un colpo di spugna, con deleterie conseguenze nei consociati che non si sentiranno garantiti e protetti ma, al contrario, vivranno questa modifica con prevedibile sconcerto.
Se questo è il panorama dell'esistente e del futuribile, alcune riflessioni si impongono.
Il panpenalismo come abbiamo spesso sostenuto, si è rilevato una scelta non vincente, minando addirittura e per certi versi paradossalmente, la certezza della pena poiché tra i ritardi dell'amministrazione giudiziaria per pervenire alla conclusione dei processi e la dilagante prescrizione, una parte consistente dell'attività processuale svolta non sfocia in una sentenza definitiva ed irrevocabile, mandando a vuoto il sistema.
Sta ormai maturando la convinzione della necessità di contrarre l'intervento del diritto penale a causa della progressiva dilatazione del ricorso alla sanzione penale, con pregiudizio della sua natura di extrema ratio che determina una riduzione della funzione general - preventiva, propria della pena, ed una incapacità del sistema giudiziario, nel suo complesso, di accertare e reprimere i crimini che vengono sanzionati quasi a sorteggio, a secondo delle aree geografiche ed alla maggiore o minore efficienza degli uffici giudiziari dei singoli distretti.
Ed allora si impone una scelta di fondo per riequilibrare il sistema che non può essere semplicemente quella della depenalizzazione, consapevoli che non esista realmente nell'ambito penalistico una modalità perseguibile di degiurisdizionalizzazione quanto semmai, rimanendo sempre nell'ambito del circuito giudiziario, optare per l'incremento di scelte deflattive quali possono essere le innovazioni del 2015 in tema di messa alla prova ed irrilevanza del fatto nonché cominciare a valutare seriamente la reale dimensione e praticabilità della mediazione penale.
In buona sostanza tutto deve rimanere nel circuito giudiziario ma non tutto deve risolversi con un processo ed in un accertamento della penale responsabilità, escludendo dalla sanzione penale fatti e condotte che pur sussumibili nella fattispecie penale astratta non comportino, in concreto, un rilevante pregiudizio, al punto

che l'intervento della macchina penale, a pieno regime, possa addirittura fornire una risposta soverchiante rispetto all'offesa al bene giuridico tutelato.
Viene allora naturalmente anche da chiedersi, in questo contesto, se abbia risposto positivamente alle aspettative, garantendo un reale effetto deflattivo, il processo penale di fronte al Giudice di Pace, tenendo presente che non c'è stato, purtroppo, un utile ricorso all'art. 34 del D.Lgs. 274/2000, relativo all'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto nei procedimenti penali dinanzi a tale curia e neppure sono andati a buon fine i tentativi di conciliazione che obbligatoriamente deve esperire il Giudice di Pace all'inizio del processo, poiché in termini statistici hanno una modestissima rilevanza.
Anche in questo ambito si impone una scelta di fondo a livello di strategie governative poiché se si intende mantenere in vita un processo del genere occorre migliorare l'apparato amministrativo, oggi certamente deficitario, perché non ha alcun senso che un processo che nasce con scopi deflattivi patisca poi, come il processo ordinario, il morbo della prescrizione.
Diversamente è bene che si utilizzino in altro modo le professionalità maturate in questi anni – si rifletta sulla consistente e positiva attività svolta in tema di immigrazione – e che le risorse, rappresentate dai cancellieri e dal personale in genere, tornino a supportare il processo ordinario, immaginando oltretutto che buona parte dei reati di competenza del Giudice di Pace sarebbero naturalmente destinati a confluire nel nuovo articolo 131 *bis* c.p.p. che prevede l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.
Anche l'Avvocato penalista dovrà quindi cominciare a comprendere che non tutta la sua attività si svolgerà nell'ambito del processo ma che una parte, sicuramente ridotta ma non meno significativa, potrà trovare sfogo sempre in ambito giudiziario ma non necessariamente all'interno di un dibattimento.
Ciò non rappresenta necessariamente una perdita di prestigio ed uno svilimento professionale ma anzi tale evoluzione andrà, a mio avviso, di pari passo con una sempre maggiore necessità di specializzazione poiché la difesa penale avrà una tale molteplicità di soluzioni che solo un difensore tecnico, esperto ed esclusivamente operante in tale settore sarà in grado di scegliere tra quelle più opportune e che meglio si attaglino alla personalità dell'assistito.
Probabilmente il primo giudizio prognostico sul futuro comportamento dell'imputato spetterà proprio al difensore e solo successivamente al Giudice in quanto sarà primario ed esclusivo compito del professionista, che conosce la storia e la personalità del proprio cliente, orientare la scelta verso il rito, o in alcuni casi lo strumento deflattivo, più consono alla corretta soluzione del caso.
Anzi per certi versi il ruolo dell'Avvocato sarà ancora più delicato e complesso in quanto le scelte dovranno essere maturate e pienamente condivise con l'assistito e l'impostazione strategica della causa dovrà avvenire ben presto, non essendo più premiante una scelta meramente attendista che si traduca nella semplice speculazione sui ritardi e sugli incerti del processo.
Il difensore sarà certamente il vero protagonista del processo e per certi versi non lo subirà più semplicemente ma concorrerà a sceglierlo e modularlo nelle forme più utili al proprio assistito.
Certamente per chi è cresciuto, si è formato ed ha operato esclusivamente nell'ambito processuale, come accaduto finora, non sarà facile accettare una rivisitazione del proprio ruolo ma starà proprio all'abilità del professionista comprenderne e coglierne le innegabili potenzialità.
La giustizia penale sta cambiando davvero e forse finalmente sta cominciando ad innovare anche con una certa sistematicità e programmaticità.
Senza un incremento di uomini e mezzi, però, nessuna riforma potrà realmente invertire l'incerta rotta della giustizia penale ma è anche vero che a fronte degli interventi disorganici degli ultimi decenni, talora dettati dalle emergenze e che spesso vedevano nelle amnistie la temporanea soluzione dei problemi, questi tentativi di razionalizzazione del sistema – non quindi di degiurisdizionalizzazione – rappresentano pur sempre un qualcosa che induce a ben sperare.

Riforma dell'amministrazione e dirigenza pubblica

Parte II (Termina)*

Antonina Zaccuri
Funzionario Pubblico

Il presente contributo, dopo una breve disamina dei mali endemici della pubblica amministrazione in Italia, esamina i rapporti tra politica e amministrazione nella legislazione degli ultimi decenni per poi procedere a dar conto dei singoli passaggi legislativi che hanno caratterizzato la disciplina della dirigenza con particolare riferimento ai criteri di conferimento e di revoca degli incarichi e alla separazione tra funzioni di indirizzo, riservate agli organi politici, e funzioni amministrative, di pertinenza della dirigenza. In conclusione, dopo aver passato in rassegna le principali novità legislative della c.d riforma Madia e, segnatamente, quelle incidenti sul regime della dirigenza pubblica, si forniscono alcune riflessioni sulle prospettive di una riforma radicale e realmente efficace della pubblica amministrazione italiana.

SOMMARIO: ...*Segue* – 6. La riforma Brunetta. Il D.Lgs. 150 del 2009 – 7. La riforma Madia. Legge 7 agosto 2015, n. 124 – 8. I presupposti del cambiamento. Conclusioni.

6. La riforma Brunetta. Il D.Lgs. 150 del 2009

Trascorsi più di quindici anni dall'emanazione della legge delega n. 421/1992 e del successivo decreto attuativo n. 29/1993 – che segnò lo storico passaggio della disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici dal diritto pubblico al diritto del lavoro privato, peraltro perfezionatosi per i dirigenti in via definitiva solo con la novella del 1998 (c.d. seconda fase della privatizzazione) – il legislatore con la L. n. 15/2009 e con il D.Lgs. n. 150/2009 è nuovamente intervenuto in materia di lavoro pubblico incidendo in maniera significativa sulla normativa pregressa.

Come noto, il D.Lgs. n. 165/2001 (pensato per divenire il testo unico sul lavoro pubblico, ma di fatto limitatosi a recepire i contenuti dell'allora vigente D.Lgs. n. 29/1993) era già stato ritoccato.

Era accaduto, come si è visto, negli anni precedenti, ma solo una volta in modo organico ed incisivo, con la L. n. 145/2002 proprio sulla dirigenza; per il resto c'erano stati singoli interventi, dettati dalle emergenze – ormai cronicizzate – legate alla perdita di controllo sulla contrattazione integrativa ed alla utilizzazione di personale precario a compensazione del ricorrente blocco del *turnover*[1].

Rispetto a tale susseguirsi di interventi, la novella del 2009 si pone in discontinuità sul piano sia della qualità che della incisività: con la L. n.15/2009 ed il decreto attuativo. n. 150/2009, il D.Lgs. n. 165/2001 diviene infatti oggetto di una radicale rivisitazione, al fine ultimo di ottenere un miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione della pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali e nell'erogazione dei servizi.

Anche tale operazione di riforma conferma la centralità della dirigenza con un approccio del legislatore apparentemente finalizzato ad un allineamento del pubblico al privato, ad un'accentuazione della responsabilità, della meritocrazia, della produttività.

Una riforma della disciplina della dirigenza che, al pari di quella del restante personale, è, comunque, strumentale rispetto all'obiettivo primario di incrementare l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dell'azione della pubblica amministrazione. Così, tutti gli interventi indicati dall'art. 1 del D.Lgs. n. 150/2009 – quali la ridefinizione degli ambiti riservati alla legge ed alla contrattazione collettiva, la promozione della selettivi-

tà e della concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo, la selettività e la valorizzazione delle capacità e deirisultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza, l'estensione del principio di trasparenza a tutto l'operato delle amministrazioni pubbliche, anche a garanzia della legalità – devono essere letti alla luce dell'obiettivo primario dell'intero intervento riformatore ossia garantire più elevati standard qualitativi all'azione amministrativa.

Certo è che il tentativo di mutuare modelli di stampo privatistico cela un'illusione evidente: si pensi, da un lato, alla cattiva prova che anche quei modelli hanno offerto di sé, spesso richiedendo l'intervento di salvataggio proprio del comparto pubblico; e dall'altro al fatto che il privato datore di lavoro ha storicamente sempre goduto di poteri inferiori rispetto a quelli del dirigente dell'amministrazione, la cui azione, non libera nei fini perché tendente al perseguimento dell'interesse pubblico concreto, era ed è rimasta capace di sovrastare la determinazione e la cura degli interessi privati[2].

Più probabilmente, l'accostamento fra dirigente privato e pubblico privatizzato nel suo intento ispiratore voleva avere innanzitutto un forte valore simbolico, ma non si dubita che fosse ben radicato il convincimento di un netto divario strutturale e funzionale tra l'una e l'altra figura[3].

Quanto agli obiettivi dichiarati della riforma, gli stessi si possono così riassumere: rendere più efficiente l'organizzazione amministrativa, incentivando la riscoperta dell'etica del lavoro ed eliminando privilegi, sacche di clientelismo e sperpero delle risorse pubbliche; ridurre il costo del lavoro mediante riduzione degli organici e migliore utilizzo del personale; liberare l'attività amministrativa dai condizionamenti dei partiti politici e delle organizzazioni sindacali; impedire la distribuzione indiscriminata di miglioramenti salariali raccordandoli rigorosamente con incrementi effettivi della produttività; rendere trasparente l'azione amministrativa, promuovendo il controllo e la valutazione dei cittadini/utenti sui risultati e sui costi della stessa[4, 5 e 6].

Per quanto specificamente concerne la dirigenza, è stato osservato[7] che il legislatore ha inteso rafforzare la **separazione tra dirigenza e politica** tramite l'introduzione del c.d. ciclo della *performance*, rivisitazione aggiornata e specificata del processo circolare indirizzo-gestione-verifica dettato dall'art. 4 del D.Lgs. n. 165/2001.

L'art. 4, comma 2, D.Lgs. 150/2009 dà, infatti, vita ad un processo che si articola in una serie di fasi che prendono l'avvio dalla definizione, da parte del potere politico, degli obiettivi che si intendono raggiungere, dei risultati attesi con l'individuazione dei rispettivi indicatori. Sono, invece, rimessi alla sola dirigenza i compiti di svolgere la misurazione e la valutazione della *performance* organizzativa ed individuale; procedere all'erogazione dei premi, secondo criteri di valorizzazione del merito; e, infine rendicontare i risultati raggiunti agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi.

In secondo luogo il D.Lgs. 150/2009 cerca di rafforzare la separazione tra politica e amministrazione[8], attraverso alcune modifiche alla disciplina degli incarichi dirigenziali (cfr. art. 40, D.Lgs. n. 150/2009 che ha modificato l'art. 19, D.Lgs. n. 165/2001). Infatti, il legislatore introduce criteri obiettivi per il conferimento, ossia il principio di trasparenza della scelta e di necessaria motivazione della revoca, oltre a dei nuovi limiti allo *spoilsystem*, così da rafforzare l'autonomia della dirigenza rispetto agli organi politici, anche nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale. In continuità con quanto già dettato dalla previgente disciplina, si dispone che gli organi di governo prima di conferire gli incarichi debbano valutare sia le competenze del dirigente che le esperienze dallo stesso maturate, nonché i risultati e le valutazioni conseguiti, così da poter realmente determinare se questi abbia la capacità di espletare al meglio l'incarico[9].

La riforma in parola introduce, inoltre, un elemento di grande novità: il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 19 richiede infatti, in ordine al conferimento degli incarichi, oltre al rispetto dei criteri obiettivi sopra indicati, di seguire una procedura improntata ai principi di pubblicità e di trasparenza. L'amministrazione viene infatti obbligata sia a rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendonodisponibili nella dotazione organica ed i criteri di

scelta; sia ad acquisire le disponibilità dei dirigenti interessati e valutarle[10].
Si tratta di una novità di rilievo rispetto alla disciplina previgente che si limitava a dettare i criteri per il conferimento degli incarichi, nulla disponendo sul piano procedurale. L'affermazione sostanzialmente condivisa della natura privatistica degli atti di conferimento degli incarichi si era così dovuta misurare con l'esigenza di individuare modalità operative idonee a garantire sia i diritti dei singoli dirigenti, sia i principi di imparzialità e di rispondenza al pubblico interesse dell'azione della pubblica amministrazione nell'applicazione concreta dei criteri legali.
L'orientamento prevalente maturato nel primo periodo aveva negato la sussistenza di un obbligo per le amministrazioni di procedere ad una valutazione comparativa tra i dirigenti e di esternare formalmente le ragioni della scelta[11].
Si riteneva che il problema non fosse quello formale di redigere una più o meno puntuale motivazione, quanto quello sostanziale di dimostrare in sede giudiziale, in caso di contenzioso, di aver adottato una scelta coerente e razionale in applicazione dei criteri fissati dalla legge[12].
Anche la disciplina della revoca degli incarichi è stata modificata. In particolare, al fine di rafforzare l'autonomia della dirigenza, il nuovo comma 1 *ter* dell'art. 19, D.Lgs. n. 165/2001 sancisce che gli incarichi dirigenziali possono essere revocati solo a seguito di previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio e, comunque, solo nei casi e con le modalità dettate per il caso di responsabilità dirigenziale dovuta a mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero ad inosservanza delle direttive. In entrambi i casi, inoltre, è richiesto che la carenza sia imputabile al dirigente, così da arginare definitivamente la possibilità di procedere ad estromissioni arbitrarie. L'art. 9, comma 32, D.L. n. 78/2010 ha poi previsto che, qualora alla scadenza dell'incarico, anche in presenza di un processo di riorganizzazione, le amministrazioni non intendano, anche in assenza di una valutazione negativa, "*confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore*". Si ribadisce, dunque, il diritto del dirigente ad un incarico e non ad un certo incarico, con conseguente possibilità per l'amministrazione di attribuire anche un incarico di un livello inferiore[13].
Relativamente alla materia dello *spoilsystem*, il legislatore, ha stabilito l'applicabilità del meccanismo di decadenza automatica, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo e salvo conferma espressa, ai soli dirigenti cui siano stati conferiti incarichi di Segretario generale di ministeri, incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente.
Centralità assoluta assumono, poi, nell'ambito del provvedimento riformatore, anche le previsioni in materia di poteri dirigenziali. Al riguardo, si è detto che tra gli obiettivi del D.Lgs. n. 150/2009 si colloca il riconoscimento, in capo al dirigente, di una maggiore autonomia nei confronti tanto della politica quanto del "contropotere" sindacale, ed un rafforzamento delle sue prerogative manageriali ma anche la sua sottoposizione ad un più efficace sistema di valutazione e la sua esposizione alle conseguenze di quest'ultima sul piano della responsabilità dirigenziale e su quello retributivo[14].
Relativamente alla **responsabilità dirigenziale**[15] la legge collega, ancora più chiaramente che in passato, l'accertamento del mancato raggiungimento degli obiettivi «alle risultanze del sistema di valutazione» previsto dal D.Lgs. 150/2009 mentre, sul piano dell'incompatibilità, si prevede che non possano essere attribuiti incarichi di direzione di strutture abilitate alla gestione del personale a soggetti che rivestano, o che nei due anni precedenti abbiano rivestito cariche – ovvero abbiano avuto rapporti di collaborazione o consulenza con – in partiti politici o organizzazioni sindacali.
Se, poi, è vero che la riforma riconosce al dirigente una maggiore autonomia nei confronti del potere politico e rafforza le sue prerogative manageriali, è altrettanto vero che la riforma lo rende responsabile, sotto il profilo disciplinare ed economico, non solo della sua prestazione individuale, ma anche dei risultati raggiunti dall'ufficio da lui diretto. E così, ferma restando la "classica" responsabilità dirigenziale, la riforma assegna al dirigente l'obbligo di vigilare sul rispetto, da parte del personale assegnato al proprio ufficio, degli *standard* quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, la cui violazione comporta la decurtazione della retribuzione di risultato del dirigente, in relazione alla gravità della violazione, di quote considerevoli.[16]
Stessa "sanzione" è prevista nell'ipotesi di inadempi-

mento colposo, rispetto al dovere di vigilanza sull'osservanza, da parte dei dipendenti, delle disposizioni relative alle assenze per malattia. La riforma, infine, introduce la responsabilità del dirigente[17], in caso di mancato esercizio o di decadenza dell'azione disciplinare dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o alle valutazioni del dirigente irragionevoli o manifestamente infondate sulla insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare[18].

La novità forse più marcata ed evidente della riforma Brunetta è, tuttavia, legata ad un'inversione di rotta rispetto al passato in ordine al sistema delle fonti del lavoro pubblico: la legge sottrae spazio alla contrattazione collettiva per affidare un ruolo crescente alle fonti unilaterali e alla legge nella disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. Viene spezzato uno dei capisaldi della riforma degli anni Novanta, il potere anomalo della contrattazione collettiva di derogare alle disposizioni della legge che dettano una disciplina speciale dei rapporti di pubblico impiego e soppiantato dal suo contrario: la contrattazione collettiva è dotata di tale potere regolatorio solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge che si presume, perciò, inderogabile[19].

Sul punto, va detto che la riforma Brunetta è intervenuta in un contesto nel quale tutto veniva negoziato con i sindacati. La disciplina del rapporto di lavoro era oggetto di contratti collettivi nazionali formali. Gli incentivi al merito erano decisi tramite contratti integrativi a livello di ogni singola amministrazione. L'orario di servizio, i trasferimenti, la valutazione del personale e le progressioni economiche erano oggetto di "concertazione" con le organizzazioni sindacali (cioè di discussione ed accordo informale). Tutte le altre decisioni organizzative erano comunque oggetto di informazione e consultazione dei sindacati. Con la riforma, invece, è stata riservata alla legge, ai regolamenti e ad atti unilaterali delle amministrazioni la disciplina di molti di questi aspetti (artt. 5, 9 e 40 ss., D.Lgs. n. 165 del 2001): le sanzioni disciplinari più gravi e il procedimento disciplinare; la mobilità; le carriere; la valutazionedel personale e la distribuzione dei premi di produttività. La concertazione è stata di fatto abolita, mentre le politiche generali di organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro sonodivenute oggetto di mera comunicazione ai sindacati[20].

Si è determinata così la ridefinizione dell'assetto delle fonti,con un'espansione del ruolo regolativo attribuito alla legge che, oltre ad intervenirein numerosi ambiti che in passato erano di dominio pressoché esclusivo della contrattazione collettiva, beneficia di una generale presunzione di inderogabilità. Nei fatti, tuttavia, si è dato vita a norme che, pensate per obbligare il dirigente ad esercitare le autonome prerogative manageriali, in concreto ne hanno compressogli spazi di libera autodeterminazione, ponendolo in una posizione di esecutore vincolato a specifici adempimenti, responsabile non solo dell'inerzia, ma anche dell'assunzione di decisioni divergenti[21].

Al riguardo occorre precisare che, prima della riforma del 2009, in materia di disciplina dei rapporti di lavoro la legge era chiara nel prevedere la loro regolazione su base contrattuale (intendendosi con tale espressione riferirsi tanto al contratto individuale che a quello collettivo), ferma restando la possibilità, per la contrattazione integrativa, di intervenire a disciplinare gli istituti del rapporto (o anche solo alcuni aspetti di essi) solo nei limiti previsti dalle c.d. clausole di rinvio della contrattazione nazionale. E tale regime era stato tacitamente ritenuto applicabile, in assenza di un esplicito riferimento legislativo, pure all'esercizio del potere dirigenziale di organizzazione del lavoro, ammettendosi la possibilità di una regolazione contrattuale dei vari aspetti dello stesso da parte di clausole del contratto nazionale, o anche di quello integrativo (sempre nei limiti della relativa clausola di rinvio). Si era anche ritenuto che la contrattazione rinvenisse un proprio spazio per quanto riguardava gli «atti interni di organizzazione *aventi riflessi sul rapporto di lavoro*», per un intervento della contrattazione collettiva nazionale che li assoggettasse solo ed esclusivamente agli istituti della partecipazione.

L'origine di tale assetto era da rinvenirsi nella consapevolezza che quello "politico" è un datore di lavoro debole; esposto alla cattura sindacale; incline a concedere privilegi (dannosi per la finanza pubblica) a questa o quella categoria di dipendenti pubblici. Donde appunto l'idea di allocare sul versante amministrativo la funzione di negoziazione e gestione del rapporto di lavoro pubblico.

Tuttavia, quella strategia non ha funzionato. L'assenza di una autentica controparte pubblica, infatti, ha determinato lo strapotere delle organizzazioni sindacali. La contrattazione collettiva è divenuta un'autentica fonte del diritto del lavoro pubblico con la quale i sindacati hanno di fatto potuto disciplinare, come si è detto, non solo le relazioni di lavoro ossia gli aspetti di microrganizzazione ma anche l'organizzazione degli uffici, e, pertanto, le questioni di macrorganizzazione. A ciò si aggiunga che il potere assunto dalle organizzazioni sindacali in questi ambiti decisionali ha consentito l'utilizzo delle risorse disponibili per finanziare le progressioni professionali degli interni anziché i concorsi aperti a tutti i cittadini; hanno potuto trasformare la parte variabile della retribuzione, teoricamente collegata alla produttività individuale e collettiva, in una componente fissa del trattamento economico attraverso i c.d. "incentivi a pioggia"; hanno potuto determinare, per effetto della contrattazione integrativa, una consistente crescita delle cosiddette retribuzioni di fatto, superiore all'inflazione programmata e a quella del settore privato[22].
Nei fatti, si è, quindi, assistito ad una progressiva espansione della contrattazione verso le molteplici aree dell'organizzazione di uffici e strutture[23].
Proprio la preoccupazione per questa progressiva 'invasione', ad opera della contrattazione collettiva, dell'area delle prerogative riguardanti l'organizzazione degli uffici e del lavoro, e la ferma intenzione di restituire al dirigente la piena autonomia decisionale anche rispetto all'interlocutore sindacale, sono state all'origine di un forte ripensamento da parte del legislatore del 2009 dell'assetto regolativo dei poteri dirigenziali. Di qui la decisione di sgombrare il campo da ogni incertezza normativa e di 'immunizzare' *in toto* i poteri dirigenziali di organizzazione degli uffici e del lavoro da una forte incidenza sindacale[24 e 25].
Come si è visto, dalla disamina dell'evoluzione storica della disciplina della dirigenza in Italia dagli anni '80 ad oggi, il dato che emerge è come l'attribuzione degli incarichi dirigenziali in via fiduciaria, a tempo determinato ma liberamente rinnovabili dal vertice politico, ha prodotto un effetto di precarizzazione e conseguente politicizzazione del dirigente. D'altro canto, il vertice politico non ha potuto scegliere il proprio dirigente sul "mercato", come avviene per l'imprenditore privato, bensì nell'ambito del ristretto circolo dei dirigenti appartenenti allo specifico ruolo di ciascuna amministrazione e, per giunta, con l'ulteriore limitazione di dover selezionare il titolare degli uffici dirigenziali più importanti fra i dirigenti della prima delle due fasce in cui ciascun ruolo si articola. Dunque, politicizzazione all'interno di ciascuna amministrazione, ma al tempo stesso scarsa possibilità di scelta per il vertice politico, ossia le regole di mercato, ma senza il mercato.

7. La riforma Madia. Legge 7 agosto 2015, n. 124

L'art. 11 della L. n. 124 del 2015 prova, ora, a invertire il pregresso assetto della dirigenza alla ricerca di un equilibrio più convincente. La suddetta norma mira a creare un "mercato" dei dirigenti pubblici, su cui si esercita il potere di scelta del vertice politico o amministrativo e lo regola sul presupposto che si tratta di un mercato "pubblico", il quale richiede garanzie speciali, non necessarie quando è l'imprenditore privato a selezionare il proprio *management*[26].
Pur con taluni limiti indubbi, la legge Madia costituisce un punto fermo: interrompe una lunga inerzia, riallacciandosi alle politiche virtuose dell'ultimo decennio dello scorso secolo. Dà luogo a quello che Sabino Cassese ha definito "un grande cantiere", destinato a durare qualche anno. L'intervento sulla dirigenza è netto, mira a realizzare un élite, cioè un corpo snello, responsabile, più giovane, dotato di reali poteri, mobile nelle funzioni e nel territorio. Un corpo di "generalisti" (di qui il ruolo unico), competente e autonomo dalla politica. In attesa di verificare come di fatto si atteggerà la nuova dirigenza alla luce dei decreti attuativi va detto che già molto si ricava dalla legge.
Le materie oggetto di intervento sono molte e importanti. Si segnalano, tra le altre, l'organizzazione della Presidenza del Consiglio e dei ministeri, l'amministrazione periferica dello Stato, gli enti pubblici, le società partecipate, le camere di commercio, le forze di polizia, il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, il procedimento amministrativo, l'autotutela, la trasparenza amministrativa,l'amministrazione digitale, i servizi pubblici locali. Per l'ampiezza dell'intervento, la legge può forse essere paragonata al processo riformatore degli anni Novanta, del quale riprende alcuni temi (come la liberalizzazione, la semplificazione e l'accorpamento degli uffici periferici), più che alle riforme settoriali dell'ultimo quindicennio. Incidendo su discipline ampie e com-

plesse, la legge fa largo ricorso alla delega legislativa. Dei suoi 21 articoli (oltre ai due finali, contenenti clausole di garanzia delle autonomie speciali e della finanza pubblica): 13 contengono deleghe legislative (qualcuna "multipla", come quella in materia di organizzazione amministrativa, che richiederà più decreti legislativi); uno detta principi e criteri direttivi comuni a diverse deleghe; e uno prevede un regolamento di delegificazione. D'altra parte, poiché si tratta di rivedere discipline esistenti, quasi tutti gli articoli procedono (o delegano il Governo a procedere) non introducendo nuovi e autonomi plessi normativi, ma novellando o codificando leggi vigenti. Per quanto di interesse tra le molteplici novità della riforma si segnalano quelle relative alla gestione del personale, in ordine alla quale la riforma più importante è quella, appunto, della dirigenza, che mira a introdurre una vera competizione nel conferimento di ciascun incarico (e pertanto è molto avversata da chi, nell'attuale assetto, ha posizioni garantite) e, di conseguenza,consentire che la carriera si svolga non solo in costante salita, ma anche in occasionale discesa. A questa riforma vengono rivolte accuse di spoils system, forse non giustificate se si considera il modo in cui oggi i dirigenti fanno carriera e ottengono gli incarichi più elevati: per scelta politica e senza la valutazione delle commissioni indipendenti, che la legge ora introduce[27].

Degna di nota è la riforma dei concorsi le cui modalità di svolgimento e i cui criteri di riferimento vengono profondamente rivisti. La nuova Scuola nazionale dovrà dar vita ad un modello di formazione finalmente nuovo, slegato dallo schema degli studi di stampo postuniversitario (per lo più giuridici), basato sulla buona teoria unita, tuttavia, ad un'altrettanto efficace pratica (tirocini sul campo, stages, simulazioni, sperimentazioni). Qualcuno, per creare rapidamente l'élite amministrativa, suggerisce di adottare il *fast stream* inglese, un canale riservato ai migliori, da selezionare e preparare in tempi accelerati e con attenta cura di competenze e capacità innovative[28].

Altro aspetto da evidenziare, per il suo carattere fortemente innovativo e per sua la particolare incidenza sugli altri principali istituti che caratterizzano la disciplina della dirigenza, è costituito dalla confluenza dei dirigenti – oggi distribuiti nei ruoli delle singole amministrazioni di appartenenza – in tre grandi ruoli unici, destinati a raccogliere rispettivamente:

a) i dirigenti delle amministrazioni dello Stato, degli enti pubblici nazionali, delle università, degli enti di ricerca e delle agenzie governative (nel quale potrebbero eventualmente confluire anche gli appartenenti alle «carriere speciali» dello Stato, fatta eccezione per i diplomatici);

b) i dirigenti delle regioni, degli enti pubblici e delle agenzie regionali, i dirigenti amministrativi, professionali e tecnici del Sistema sanitario nazionale (ad esclusione della dirigenza medica, veterinaria e sanitaria), i dirigenti delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura;

c) i dirigenti degli enti locali (compresi gli attuali segretari comunali e provinciali).

Si tratta, in termini generali, di una linea di riforma suscettibile di effetti positivi, in quanto può favorire la mobilità fra amministrazioni diverse e, quindi, una utilizzazione più flessibile e razionale della risorsa dirigenziale. L'unificazione, infatti, oltre a consentire miglioramenti sul piano della economicità e della semplificazione nella gestione dei ruoli, può condurre in prospettiva alla creazione di un vero «mercato» della dirigenza, che può risultare proficua sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta: le amministrazioni potranno scegliere i soggetti ai quali affidare la titolarità dei propri uffici in una platea molto più ampia e diversificata in termini di esperienze e competenze, e i dirigenti potranno garantirsi anche una significativa crescita professionale – sfuggendo alle limitazioni derivanti dal loro rapporto con il vertice di un'unica amministrazione – grazie alla possibilità di collocarsi in differenti strutture pubbliche.

Un elemento di perplessità può, però, derivare dalla considerazione che l'inquadramento dei dirigenti nei macro-ruoli, accompagnato al nuovo meccanismo di attribuzione degli incarichi, potrebbe finire per rendere inevitabilmente «precario» il rapporto dei dirigenti con le singole amministrazioni, impedendo o, comunque, ostacolando la costituzione al loro interno di un quadro dirigente stabile, non legato alle mutevoli vicende dei vertici politici. Non v'è dubbio, infatti, che questa situazione, oltre ad incidere sull'equilibrio delle relazioni fra organi di governo e responsabili della gestione amministrativa, rischia di inficiare il «senso di appartenenza» dei dirigenti alle amministrazioni pres-

so le quali essi operano. Probabilmente, inoltre, la costituzione dei ruoli unici potrà presentare – soprattutto nella fase iniziale – delle difficoltà applicative, specie per quanto riguarda i ruoli regionali e locali[29].
Queste norme sarebbero state certamente criticabili ove si fosse prevista la decadenza dal ruolo unico nel caso in cui il dirigente semplicemente non fosse stato scelto per il rinnovo dell'incarico, a prescindere dalla valutazione dei risultati ottenuti, mentre la legge chiarisce che la decadenza interviene solo se il periodo di inattività consegue ad una valutazione negativa.
Altro elemento importante è la concorsualizzazione delle procedure di conferimento degli incarichi che vengono assoggettati a più stringenti requisiti di evidenza pubblica. Gli incarichi sono conferiti "mediante procedura comparativa con avviso pubblico" presidiata da un'apposita Commissione indipendente che fissa i criteri per la selezione del dirigente e nel caso dei dirigenti generali preseleziona un determinato numero di dirigenti idonei fra i quali il soggetto che nomina dovrà scegliere. La Commissione verifica, successivamente, per gli altri incarichi dirigenziali che la selezione sia effettuata nel rispetto dei criteri preventivamente definiti. La concorsualizzazione viene estesa anche agli incarichi esterni che fermi restando gli attuali limiti percentuali dovranno essere assegnati mediante procedure selettive e comparative.
Altra rilevante novità riguarda i limiti al rinnovo dell'incarico dirigenziale. La legge prevede che gli incarichi durino quattro anni e possono essere rinnovati una sola volta per ulteriori due anni scaduti i quali ai fini di un ulteriore rinnovo occorrerà ripetere la procedura di conferimento "concorsualizzata" di cui si è detto. Le innovazioni da ultimo enunciate incidono fortemente sul potere di scelta del dirigente da parte del vertice politico in quanto il livello di discrezionalità è notevolmente attenuato dalla previsione – appena richiamata – delle procedure ad evidenza pubblica svolte con l'ausilio di commissioni indipendenti. Tale riforma, pertanto, segna il passaggio da un sistema di scelte fiduciarie a un regime di scelte non solo controllate e regolate ma attraverso le quali si attinge, come si è detto in premessa, ad un "mercato" più ampio.

8. I presupposti del cambiamento. Conclusioni

Esaminata la disciplina che si è succeduta negli ultimi decenni in tema di riforma della pubblica amministrazione e, segnatamente, in tema di riforma della dirigenza pubblica[30], può ritenersi ancora di una certa attualità quanto dichiarava Mario Rusciano nel 1978, anno di pubblicazione del volume "*L'impiego pubblico in Italia*", a proposito del fatto che il "decrepito edificio vecchio" andasse demolito. L'edificio al quale si riferisce Rusciano, è ancora – pur con le innovazioni determinate dai numerosi interventi normativi di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti – per alcuni versi, quello in cui "le discipline si presentano in forma stratificata e richiedono una conoscenza geologica".
A distanza di circa trentasette anni dalla pubblicazione del testo menzionato – in cui si evidenziano quali mali della pubblica amministrazione la rigidità dell'apparato, che si trasferisce sul rapporto di impiego con i suoi nessi causali quali gerarchia, carriera, qualifiche, la stabilità dell'impiego, l'impermeabilità dei ruoli, verticismo gerarchico – è sorto l'interrogativo se e quanto l'Amministrazione descritta da Rusciano sia veramente cambiata nonostante le riforme spesso definite epocali che hanno attraversato questi ultimi decenni.
Su tutto sembra continui a dominare la difficoltà dell'Amministrazione pubblica di assumere il ruolo di datore di lavoro. La sudditanza dalla politica la rende poco idonea a gestire un conflitto con una controparte sindacale con cui i vertici politici hanno ancora interesse ad accordarsi. E, inoltre, la continua interferenza della legge nella contrattazione collettiva che "porta il lavoro pubblico sotto la doccia scozzese contratto-legge" la riproduzione nei contratti della vecchia disciplina pubblicistica ipergarantistica. Nonostante il grande mutamento registrato a partire dagli anni novanta non sembrano cambiati "l'ethos del lavoro pubblico, la sua struttura antropologica, i suoi valori di fondo". Non era questo che Rusciano e chi ne ha seguito l'impostazione si proponevano. La tradizione è stata più forte delle loro idee o tutto è cambiato perche nulla cambiasse davvero?[31]
Se si dovesse guardare alle riforme amministrative dell'Italia degli ultimi decenni, raffrontandole con quelle che hanno interessato altri paesi europei, dovrebbe concludersi che i grandi assenti sono stati la classe politica nel suo complesso, che non ha saputo avviare politiche di riforma sistematiche e coerenti e che ha spesso ha strumentalizzato l'arretratezza burocratica facendone un bacino di consenso elettorale in

un contesto in cui l'opinione pubblica si è mostrata generalmente incapace di comprendere e sostenere consapevolmente le politiche di riforma. Ciò significa che sono mancate in Italia una politica e una cultura diffuse e condivise della riforma amministrativa.

Come si produce allora il cambiamento?

Agli inizi del Novecento Filippo Turati sosteneva la tesi che da dentro lo Stato, attraverso la mobilitazione dei suoi uomini migliori, sarebbe dovuta venire la riforma democratica del paese. Se quell'affermazione ha ancora un valore bisogna chiedersi se esistono oggi, negli apparati pubblici, efficienze, professionalità capaci di dare corpo a un progetto simile e partire da queste. Contestualmente, occorre spostare l'ottica che vede le riforme ruotare attorno alle questioni del personale, a quella nuova, incentrata sui bisogni dei cittadini. Bisogna cioè accedere ad un'idea di riforma che si fondi sulla revisione degli attuali modelli organizzativi in favore di schemi più duttili e moderni, adottati in base alle funzioni da svolgere e agli obiettivi da conseguire. Semplificazione, decentramento di funzioni, attribuzioni di missioni precise e non più di competenze generiche, premi ai migliori con valutazioni puntuali, responsabilizzazione di chi dirige. Occorre ripartire da questi obiettivi.

Come è stato autorevolmente affermato[32], due importanti fattori esterni giocano in favore di una riconquistata fiducia nel riformismo amministrativo. Il primo è rappresentato dalla presenza di un ordinamento "multilivello" nel quale quello europeo assume un sovranazionale e il secondo è la rivoluzione tecnologica in atto rappresentata dalle potenzialità della rete. Carlo Azeglio Ciampi, all'epoca dell'ingresso nell'euro, diceva che l'Europa ci avrebbe obbligato a divenire virtuosi. Parlava della finanza, del sistema di vincoli che ne sarebbe derivato e come essi hanno modellato le istituzioni finanziarie, altrettanto potrebbe accadere in un sistema amministrativo europeo via via sempre più unificato, nel quale si rendono inammissibili livelli di inefficienza come quelli che caratterizzano il caso italiano.

D'altro canto, importanza decisiva è assunta dalla "rete" che cambia profondamente lo stesso atteggiarsi del lavoro pubblico con i tempi più veloci, le sue modalità di comunicazione, l'interconnessione tra pluralità di soggetti. Tutto questo modifica anche professionalità e mentalità degli operatori e necessariamente comporta un diverso assetto organizzativo. Se il processo delle decisioni si fa reticolare e circolare, sarà sempre più difficile mantenere una struttura sottostante gerarchicamente ordinata e verticale. Riusciranno questi due fattori, entrambi inediti nella storia d'Italia, a imporre o quanto meno a favorire la soluzione della questione amministrativa? Sinora, lungo oltre 150 anni di esperienza nazionale, nel bene e nel male, riflettendone pregi e difetti strutturali, la burocrazia è stata una componente importante della storia d'Italia.

La burocrazia ottocentesca ha realizzato l'Italia unita, quella giolittiana ha saputo guidare lo Stato verso l'economia capitalistica, quella del periodo fascista in qualche modo è riuscita a governare l'economia nel tempo della grande crisi degli anni Trenta e quella del dopoguerra ha lavorato operosamente alla ricostruzione del paese. In attesa di conoscere quale sarà la reale portata applicativa della riforma "Madia" sul nostro apparato burocratico, il vero interrogativo è "se avremo o no in tempi brevi una burocrazia moderna, adatta ai tempi veloci dell'informatica, in armonia con l'Europa, interprete consapevole dei grandi cambiamenti che si annunciano"[33].

* La precedente parte è stata pubblicata nel numero 3 del 2016.

1 Per una più compiuta ricostruzione della normativa previgente al D.Lgs. 150/2009 si rinvia a F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *WP C.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 88/2009; sul punto si veda C. Romeo, *Privatizzazione del pubblico impiego tra discontinuità e modernizzazione*, in *Lav. giur.*, 2010, n. 7, pp. 653 e ss..

2 M. Persiani, *Introduzione*, in *Giur. It.*, 2010, p. 12.

3 F. Carinci, Il *dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato: i termini del raffronto*, in *Giur. It.*, 2010, p. 12.

4 Così U. Carabelli, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche,* in *http://csdle.lex.unict.it.*

5 Sul punto, cfr. S. Battini, *La riforma del pubblico impiego*, in Giornale Dir. Amm., 2009, 5, p. 461. L'Autore rileva che la legge 4 marzo 2009, n. 15, costituisce la più importante realizzazione di un più ampio "piano industriale", elaborato e reso pubblico dal ministro Brunetta fin dal maggio del 2008. "*L'imprenditore* – si legge in tale documento – *paga di persona. Lo stesso deve avvenire, in termini politico-amministrativi, per le amministrazioni pubbliche. [...]. Manca ancora, e noi vogliamo costruirla, la figura del datore di lavoro politico-amministrativo*".

6 Sintesi svolta da U. Carabelli, cit., p. 5.

7 F. Carinci e A. Boscati, *La dirigenza alla prova della riforma Brunetta tra novità e questioni irrisolte*, in *www.anp.it.*

8 Relativamente ai rapporti tra politica e amministrazione, A. Bellavista, cit., ha rilevato che se la dirigenza ha subito un rafforzamento nel proprio rapporto coi sindacati, rimane, tuttavia, debole nel proprio rapporto coi vertici politici, i quali mantengono un forte potere di condizionamento sulle scelte gestionali della dirigenza, dato dalla facoltà di incidere sulla sorte degli incarichi dirigenziali, proprio con riferimento ai profili della disciplina poc'anzi presi in considerazione. Sicché, è presumibile ritenere che, se la politica conserva la possibilità di indurre il dirigente ad agire nel modo desiderato, quest'ultimo troverà sempre la soluzione per aggirare le prescrizioni normative e venire incontro ai *desiderata* della politica.

9 F. Carinci e A. Boscati, *La dirigenza alla prova della riforma Brunetta tra novità e questioni irrisolte*, cit..

10 Relativamente al conferimento degli incarichi dirigenziali, si veda P. Cosmai, *Riorganizzazione ed incarichi dirigenziali: iter dello jus eligendi, limiti e tutela degli aspiranti*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2015, 1, p. 29.

11 Sulla rilevanza dell'elemento fiduciario, da interpretare in senso oggettivo, v. per tutti D'Alessio, *I rapporti tra funzione di indirizzo politico amministrativo e compiti di gestione delle pubbliche amministrazioni e la disciplina della dirigenza*, in *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998)* a cura di D'Antona, Matteini, Talamo, Milano, 2001, p. 37.

12 A. Boscati, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, 2006, p. 258.

13 F. Carinci e A. Boscati, *La dirigenza alla prova della riforma Brunetta tra novità e questioni irrisolte*, cit..

14 U. Carabelli, cit., p. 19.

15 Sulla responsabilità dirigenziale, v. V. Tenore, *La responsabilità dirigenziale* in *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, di V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi Buratti, Milano, 2013, pp. 471 e ss.. Sinteticamente, si richiamano, a seguire, taluni rilievi svolti dall'Autore. Tipica soltanto del personale con qualifica dirigenziale è la responsabilità dirigenziale o da risultato di cui agli artt. 21 e 22 del D.Lgs. 165/71, richiamate dalla contrattazione collettiva di area dirigenziale e di recente valorizzate dalla Legge delega 15/2009 e dal relativo Decreto delegato 150/2009 nell'ottica dell'ottimizzazione e dell'efficienza dell'azione amministrativa. Tale responsabilità conferma la non applicabilità all'impiego pubblico del recesso *ad nutum* (in tal senso, Cass. Sez. Un. 25254/2009), previsto dall'art. 2118 c.c. nell'impiego privato, in quanto la possibile revoca dell'incarico per responsabilità dirigenziale non necessariamente comporta l'uscita dai ruoli, nei quali si permane in disponibilità.

16 M. Martone, *La c.d. riforma Brunetta e il ruolo strategico del dirigente nella realizzazione dei suoi obiettivi*, in *Giur. It.*, 2010, p. 12.

17 Sulla responsabilità dirigenziale, cfr. V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, 2011, p. 685.; R. Tortora, *La responsabilità del dirigente pubblico*, in *Trattato breve dei nuovi danni – volume terzo – Figure emergenti di responsabilità*, diretto da P. Cendon, Milano, 2014, p. 663; A. Boscati, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Lav. p.a.*, 3-4, 2014, p. 525; F. Borgogelli, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, in *Lav. p.a.*, 5, 2014, p. 689; E. A. Apicella, *Lineamenti del pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2012, pp. 111 e ss.; C. De Marco, *Il licenziamento nel lavoro pubblico*, Torino, 2011, p. 167; A. Boscati, *Responsabilità dirigenziale* in *La terza riforma del lavoro pubblico*, a cura di Carinci-Mainardi, Milano, 2011, p. 191; B. Caruso, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità: il ridisegno della governance nelle p.a. Italiane*, in *http://csdle.lex.unict.it.*; D. Gasparrini Pianesi, *La dirigenza e la responsabilità dirigenziale nelle pubbliche amministrazioni*, in *www.giurisprudenza.unimi.it*; L. Busico-V. Tenore, *La dirigenza pubblica*, Roma, 2009, p. 125; L. Rinaldi, *Autonomie, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, cit., pp. 80 e ss.; A. Zoppoli, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000, p. 269; Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 946.

18 M. Martone, cit..

19 G. Gardini, cit., p. 78.

20 S.Battini-B. Cimino, *Il pubblico impiego report annuale – 2011 – Italia (Marzo 2011)*, in *www.ius-publicum.com.*

21 F. Carinci, e A. Boscati, *La dirigenza alla prova della riforma Brunetta tra novità e questioni irrisolte*, in *Autonomia & Dirigenza*, 7/8/9, 2010, p. 4.

22 S. Battini, *La riforma del pubblico impiego*, cit.; in ordine a queste problematiche, si vedano anche: G. Gardini,

L'autonomia della dirigenza nella (contro-riforma) Brunetta, in *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni (L. 15/2009 e D.Lgs. 150/2009)*, a cura di S. Borelli e M. Magri.; F. Borgogelli, *I poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: le novità e i problemi*, in *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni (L. 15/2009 e D.Lgs. 150/2009)*, cit., p. 95; F. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci, M. D'Antona, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche – commentario*, 2ª edizione, Milano, 2000, pp. 177 e ss.; E. Ales*, Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2007.

23 U. Carabelli, cit., p. 21. Su queste tematiche, v. M. Nicolosi, *La negoziabilità dei poteri dirigenziali dopo il D.Lgs. n. 150/2009*, in *Lavoro nella Giur.*, 2011, 2, p. 181; A. Boscati, *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, pp. 407 ss., spec. p. 411; F. Carinci, *Una riforma aperta: fra contrattazione e legge (dalla tornata contrattuale 1994-1997 alla nuova legge delega)*, in F. Carinci (diretto da), *I contratti collettivi di comparto, Commentario*, Milano, 1997, I, p. XIX ss., spec., p. XLV; A. Albanese*, I poteri dirigenziali pubblici nel decreto legislativo 29/1993 e il problema della loro negoziabilità*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 419. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. Un., 20 gennaio 1996, n. p. 444, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 839.

24 U. Carabelli, cit., p. 21.

25 U.Carabelli*, La 'riforma Brunetta': un breve quadrosistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in *http://csdle.lex.unict.it.*

26 S. Battini, *Le norme sul personale*, in *Giornale Dir. Amm.* 5/2015.

27 B. G. Mattarella, *La riforma della pubblica amministrazione – Il contesto e gli obbiettivi della riforma*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 5, p. 621.

28 G. Melis, *Una buona legge e molto da fare*, in Giornale Dir. Amm., 2015, 5, p. 581.

29 G. D'Alessio, *La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni (Il)*, 2015.

30 Talune norme in materia di dirigenza pubblica sono presenti anche nella Legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*". La disciplina di riferimento è richiamata da A. Nicodemi, *Breve storia della dirigenza statale sino alla c.d. riforma Madia*, cit..

31 Osservazioni svolte da S. Cassese, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni:la grande illusione?*, in *Giornale Dir. Amm.* 3/2013.

32 Ibidem.

33 Ibidem.

Ammissibilità degli enti pubblici in forma societaria, il problema della giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto il danno da *mala gestio* nelle società pubbliche in generale e in quelle *in house* in particolare

Francesca Zignani
Avvocato

Sono sempre più ricorrenti, nonostante la volontà manifestata dal legislatore di ridimensionare il fenomeno (confermata dal recente D.Lgs. n. 175/2016), le ipotesi in cui l'ente pubblico si avvale di strutture societarie dallo stesso partecipate, per lo svolgimento di attività a connotazione decisamente pubblicistica.

Anche a livello comunitario la nozione di soggetto pubblico non è più intesa come una categoria unitaria, ma è elaborata, tanto sul piano normativo quanto nell'interpretazione giurisprudenziale, sulla base delle diverse esigenze sottese alla normativa relativa alle singole materie nelle quali il riferimento al soggetto pubblico è necessario e obbligato (c.d. nozione comunitaria di P.A. *ratione materiae*).

Pur in assenza, a livello comunitario, di una nozione unitaria di soggetto pubblico si deve osservare che ciò che accomuna tale molteplicità di accezioni è l'approccio di tipo sostanziale: all'individuazione di soggetti pubblici si procede, tanto sul piano normativo quanto su quello giurisprudenziale, sulla base di parametri di tipo sostanziale, tra cui, in particolare, quello della sottoposizione a dominanza pubblica di carattere funzionale o strutturale.

Quanto all'ambito di applicazione, l'art. 1 del D.Lgs. n. 175/2016 dispone che la disciplina in esso contenuta si applica alla costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche nonché all'acquisto e alla gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.

Devono ritenersi controllate da una P.A. tutte le società che si trovino in una delle situazioni di controllo descritte dall'art. 2359 c.c., anche ove detto controllo sia esercitato congiuntamente da più amministrazioni. In caso di più amministrazioni socie, il requisito del controllo congiunto può, altresì, considerarsi sussistente, oltre che al ricorrere delle ipotesi previste dall'art. 2359 c.c., anche qualora, in applicazione di una previsione di legge, dello statuto, ovvero di patti parasociali, per l'assunzione delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale sia richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

Viceversa una società può dirsi partecipata da una P.A. qualora quest'ultima sia titolare di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi, potendo detta partecipazione essere indiretta, qualora sia detenuta per il tramite di una società o di altro organismo sottoposto a controllo della medesima pubblica amministrazione.

Quanto invece al perimetro delle attività consentite, l'art. 4 prescrive che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni o servizi non strettamente necessarie per il perseguimento dei propri scopi istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2011 ha chiarito che spettano alla giurisdizione di legittimità del G.A. le controversie aventi ad oggetto gli atti amministrativi prodromici ad una vicenda societaria con cui

un ente pubblico delibera di costituire una società o di parteciparvi o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima, ivi compresa la scissione, che comporta la costituzione di una nuova società.
Approccio confermato dalla Cassazione che, con sentenza delle S.U. n. 30167/2011, ha stabilito che spettano alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di natura autoritativa, preliminari e funzionali rispetto alle successive deliberazioni societarie con cui gli enti locali esprimono la funzione di indirizzo e di governo nei confronti degli organismi preposti alla produzione, gestione ed erogazione di servizi pubblici di loro pertinenza e quindi, in concreto, l'attività unilaterale prodromica ad una vicenda societaria considerata dal legislatore di natura pubblicistica con cui un ente pubblico delibera di costituire una società o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della stessa.
Sono invece attribuite alla giurisdizione ordinaria le controversie aventi ad oggetto gli atti societari a valle della scelta di ricorrere al modello societario, le quali restano interamente assoggettate alle regole di diritto commerciale, dal contratto di costituzione della società alla successiva attività della compagine societaria partecipata con cui l'ente esercita dal punto di vista soggettivo e oggettivo le proprie facoltà di socio, sino al suo scioglimento.
Tanto chiarito in merito ai profili generali, è utile sintetizzare i termini del dibattito circa la configurabilità di enti pubblici in forma societaria, oggi certamente condizionata dal D.Lgs. n. 175/2016 soprattutto laddove all'art. 1 prevede che, salve le regole speciali dallo stesso dettate, trovano applicazione le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme di diritto privato.
Per l'impostazione privatistica, lo scopo lucrativo non viene meno nelle società in mano pubblica: la "pubblicizzazione" delle stesse potrebbe ammettersi solo allorché sia la stessa legge ad escludere espressamente la causa lucrativa o quando vi sia un oggetto sociale incompatibile con le finalità di trarre utili dall'attività societaria.
Per l'impostazione pubblicistica ben è possibile che è possibile che, a certe condizioni, ad una società partecipata dalla mano pubblica debba riconoscersi natura pubblica. Detto altrimenti, lo schema societario può essere interpretato come un semplice modulo organizzatorio: il che sarebbe dimostrato dalla previsione legislativa di società senza scopo di lucro, oltre che dalla non menzione della mancanza di scopo di lucro tra le cause di nullità della società.
Il delineato processo di neutralizzazione dello schema societario è andato progressivamente ampliandosi, involgendo, per effetto dei diversi interventi legislativi, non più soltanto la causa del contratto, bensì anche profili attinenti al momento genetico, a quello funzionale e, infine, a quello organizzativo.
A tale conclusione è diffusamente pervenuta la giurisprudenza.
La questione è stata esaminata, in primo luogo, dal giudice delle leggi nella sentenza n. 466/1993 al fine di verificare l'assoggettabilità degli enti pubblici economici trasformati in società per azioni, ma ancora legati a filo doppio con l'amministrazione statale, al controllo della Corte dei Conti: controllo concernente a tenore dell'art. 12 della legge n. 259/1958 la gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l'amministrazione dello Stato o un'azienda autonoma statale contribuisce con apporto al patrimonio in capitale o servizi ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria.
La Consulta ha sostenuto che il giudice contabile conserva la titolarità del potere di controllo sulle società per azioni costituite a seguito della trasformazione di IRI, ENI, ENEL e INA fino a quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società. La Corte ha posto in evidenza lo stemperamento, sul piano normativo e su quello giurisprudenziale, della dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato, desunto alla stregua di una triplice considerazione:

1) il crescente impiego della società per azioni al fine di perseguire finalità di interesse pubblico;
2) l'adesione comunitaria ad una nozione "sostanziale" di impresa pubblica;
3) l'accertata possibilità di individuare nelle nuove società per azioni derivate dai precedenti enti pubblici "connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica".

Decisiva, nel percorso giurisprudenziale di adesione alla suesposta tesi pubblicistica, secondo cui non possono escludersi società a natura pubblica, è stata la pronuncia n. 1206/2001 con cui la VI Sezione del Consiglio di Stato ha riconosciuto il radicarsi della generale giurisdi-

zione amministrativa di legittimità per la controversia concernente la legittimità degli atti adottati dalle Poste Italiane s.p.a. nell'ambito di una procedura concorsuale. A tale esito è pervenuta qualificando la società Poste Italiane come ente pubblico e qualificando come soggettivamente, oltre che oggettivamente, amministrativi gli atti dalla stessa adottati in seno alla procedura di gara espletata per l'aggiudicazione della fornitura degli assegni di conto corrente postale.
Vi è infine una terza teoria, della c.d. natura pubblica *in parte qua*, secondo cui è andata progressivamente affermandosi una nozione funzionale e cangiante di P.A., con la conseguenza che il riconoscimento ad un soggetto della natura pubblicistica a certi fini non implica automaticamente l'integrale sottoposizione dello stesso alla disciplina dettata in generale per la pubblica amministrazione (Cons. Stato, n. 2660/2015).
Sono poi frequenti le ipotesi in cui i compiti di rilievo pubblicistico sono svolti in forza di norme di legge, di atti autoritativi o di fattispecie contrattuali, da soggetti estranei all'organizzazione amministrativa: il riferimento è ai privati esercenti pubbliche funzioni, ai concessionari di opere e servizi, alle differenti ipotesi di esternalizzazione.
Viene in rilievo, al riguardo, la nozione di organo indiretto, frutto di elaborazione giurisprudenziale, al fine di configurare atti soggettivamente e oggettivamente amministrativi, quali quelli posti in essere dal concessionario di opera pubblica nell'ambito della procedura per l'assegnazione di appalti a terzi, sì da fondare la giurisdizione del giudice amministrativo.
In tale contesto, con l'espressione"esternalizzazione" si intende il crescente fenomeno che vede l'esercizio di attività pubbliche (funzioni amministrative, servizio pubblico, o attività strumentali alla realizzazione dello stesso o alla gestione di un bene pubblico) affidato a soggetti diversi dalla P.A. la quale in tal modo riesce a superare la difficoltà concernente il reperimento di risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. La P.A. utilizza tale strumento sia per offrire servizi che altrimenti (per carenza di strutture, di mezzi, di personale o di professionalità) non riuscirebbe ad erogare, sia perché spesso la gestione esterna ha costi ridotti rispetto a quella interna.
Figura ontologicamente contraria a quella dell'esternalizzazione è l'affidamento "*in house*", che rappresenta una modalità alternativa all'applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti e servizi pubblici, per effetto del quale una P.A. si avvale, al fine di reperire determinati beni e servizi ovvero per erogare alla collettività prestazioni di pubblico servizio, di soggetti sottoposti al suo penetrante controllo.
È un modello organizzatorio per mezzo del quale la P.A. reperisce prestazioni a contenuto negoziale al proprio interno, servendosi di un ente strumentale, distinto sul piano formale, ma non anche alla stregua di una valutazione sostanziale, attenta all'effettiva capacità decisionale.
L'assenza di terzietà ed alterità del soggetto affidatario rispetto al soggetto affidante valgono ad escludere in radice l'applicazione della normativa comunitaria interna in tema di procedure di evidenza pubblica.
Ammessa così la configurabilità di enti pubblici aventi veste societaria, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate in ordine ai regimi di responsabilità e al connesso profilo del riparto di giurisdizione.
In generale, ai sensi dell'art. 21 T.U., i componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei Conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica per il danno erariale cagionato alla P.A.-socia, con ciò esclusivamente intendendosi il danno patrimoniale o non patrimoniale subìto dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti, o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che nell'esercizio dei propri diritti di socio abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.
Limitatamente alle società *in house* è invece prevista la generale giurisdizione della Corte dei Conti per il danno causato, dagli amministratori e dai dipendenti della società controllata, al patrimonio societario.
La *ratio* di tale peculiare regime è da rinvenire nel fatto che la mancanza di autonoma soggettività giuridica della società *in house* implica necessariamente che il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori è arrecato ad un patrimonio pur sempre riconducibile all'ente pubblico controllante.
Il regime di responsabilità suddetto recepisce i principali approdi raggiunti in sede giurisdizionale a partire dalla

nota sentenza delle S.U. n. 26806/2009. La questione esaminata dalle S.U. concerneva la possibilità di applicare le norme di diritto societario agli amministratori e dipendenti di una s.p.a. c.d. "in mano pubblica" o se dalla presenza di capitali pubblici conseguiva, invece, l'assoggettamento di tali soggetti alle norme proprie della responsabilità amministrativa, con la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti.

Al fine di risolvere la questione, le Sezioni Unite hanno ritenuto che, in difetto di norme esplicite, occorre fare riferimento ai principi generali.

In tale prospettiva, è necessario distinguere tra la responsabilità in cui gli organi sociali possano incorrere nei confronti della società e la responsabilità che essi possano assumere direttamente nei confronti di singoli soci o di terzi.

In tale ultimo caso, la configurabilità dell'azione del procuratore contabile, tesa a fare valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico, si configura quando questo sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima. Tipico esempio è costituito dal danno all'immagine dell'ente pubblico, che derivi da atti illegittimi posti in essere dagli organi della società partecipata.

Ad opposta conclusione si deve invece pervenire nel caso in cui l'azione sia proposta per reagire ad un danno cagionato al patrimonio della società. Non solo non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sua stato leso dall'atto di *mala gestio*, ma neppure sussiste in tale ipotesi un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio.

Quindi, la ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci nonché la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: patrimonio che è e resta privato.

Vero è che il danno sofferto dal patrimonio della società è per lo più destinato a ripercuotersi anche sui soci, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della loro quota di partecipazione; ma il sistema del diritto societario impone di tenere ben distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio (o del terzo) da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società.

Dei danni diretti, di quelli cioè prodotti immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta, in cui si è prodotto il suo pregiudizio.

Giova ancora aggiungere che l'esclusione dell'ipotizzata giurisdizione del giudice contabile per l'azione di risarcimento dei danni cagionati al patrimonio della società partecipata da un ente pubblico neppure provoca, a ben vedere, il rischio di una lacuna nella tutela dell'interesse pubblico coinvolto nella descritta situazione.

Nell'attuale disciplina della società azionaria – e in misura ancor maggiore in quella della società a responsabilità limitata – l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità in caso di *mala gestio* imputabile agli organi della società non è più monopolio dell'assemblea.

Una minoranza qualificata di partecipanti alla società azionaria (art. 2393 *bis* c.c.) ed addirittura ciascun singolo socio della società a responsabilità limitata (art. 2746, 3° co., c.c.) sono infatti legittimati ad esercitare tale azione (anche nel proprio interesse, ma a beneficio della società) eventualmente sopperendo all'inerzia della maggioranza.

Ne segue che trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali medianti l'esercizio delle suindicate azioni civili. Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società, bensì nei confronti) di chi colpevolmente abbia trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione.

Ed è ovvio che, con riguardo ad un'azione siffatta, vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte dei Conti.

Muovendo da tali coordinate interpretative recentemente le S.U. della Cassazione (n. 1159/2015) hanno affer-

mato che spetta al G.O. la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti. Hanno poi confermato l'ipotesi di intervento del P.G. contabile nei termini indicati dal precedente arresto del 2009.
Accanto a detta ipotesi il Supremo Collegio ne configura un'altra: a fronte cioè di comportamenti tenuti dall'amministratore o dal componente di organi di controllo della società partecipata, tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio.
Sul piano normativo si deve infine considerare la previsione introdotta con l'art. 16 *bis* D.L. n. 248/2007 (decreto "milleproroghe"), convertito con legge n. 31/2008, a tenore del quale per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici inferiore al 50%, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario.
La successiva giurisprudenza di legittimità (Cass. S.U. n. 26285/2015) ha avuto occasione di precisare le caratteristiche tipiche delle società *in house*, che valgono ad individuare un peculiare modello societario, rispetto a quello ordinario, e al contempo radicano la giurisdizione del giudice contabile.
In particolare, la peculiarità di tale struttura societaria viene fondata sulla contestuale integrazione di tre presupposti:

1) la società deve essere interamente partecipata da un ente pubblico (o da più enti pubblici);
2) l'attività prevalente deve essere svolta in favore di esso;
3) occorre inoltre che l'ente pubblico eserciti nei confronti della società un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie strutture e uffici.

L'ente pubblico, con riguardo a tale ultimo profilo, deve essere dotato del potere statutario di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house,* non essendo dunque sufficiente l'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali.
Un potere, quindi, sulla gestione dell'ente tale da giustificare "l'anomalia della fattispecie *in house*".
Sul punto, sono più recentemente ritornate le S.U. (n. 5848/2015) le quali hanno sottolineato che i requisiti della società *in house* (per es. controllo analogo e destinazione prevalente) necessari ai fini del riconoscimento della giurisdizione in capo alla Corte dei Conti, devono sussistere al momento del compimento delle condotte contestate agli amministratori nell'azione di responsabilità. Ne deriva che, allorquando la società abbia assunto in concreto le caratteristiche di un ente *in house*, successivamente ai fatti dai quali scaturisce la responsabilità degli amministratori, la giurisdizione resta in capo al giudice ordinario.

Risoluzione del rapporto di lavoro illegittimo e conseguenze nel fallimento

Antonio Caiafa
Avvocato del Foro di Roma, Professore di Diritto Fallimentare Università L.U.M. "Jean Monnet" di Bari

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. La gestione dell'insolvenza dopo la riforma e sorte dei rapporti di lavoro – 3. La condivisibile soluzione

1. Premesse

L'art. 3, comma primo, della legge 23 luglio 1991, n. 223 – ormai abrogato – aveva riservato il trattamento integrativo concorsuale alle imprese operanti in determinati settori, per consentire al lavoratore di mantenere la "***condizione di occupato***", per il periodo stabilito, tipizzando le ipotesi ed i motivi in presenza delle quali, al termine di esso, poteva procedersi, alternativamente, alla ***collocazione in mobilità***, ovvero al ***licenziamento collettivo***, mediante la procedimentalizzazione delle scelte, per la individuazione dei lavoratori interessati, spostando il controllo dal momento giudiziario, successivo al recesso, a quello amministrativo e sindacale precedente la sua attuazione.

La norma aveva introdotto una derogabilità delle integrazioni salariali, al fine di garantire la stabilità del posto di lavoro e del reddito e di assicurare la permanenza del rapporto, quante volte nel periodo iniziale di *dodici* mesi, ovvero quello successivamente prorogato di *sei*, fosse stato possibile realizzare una ***vicenda circolatoria*** dell'azienda, o del singolo ramo, definitiva (***vendita***) o temporanea (***affitto***), sì da garantire, seppur parzialmente, il livello occupazionale consentendo, quindi, all'organo della procedura, di attuare il recesso del personale in esubero, attraverso la *collocazione in mobilità* dello stesso, ovvero il *licenziamento collettivo*, ove al termine del periodo di integrazione salariale non fosse risultato possibile realizzare alcuna delle ipotesi circolatorie dell'azienda, considerate al secondo comma, dello stesso art. 3, tanto da dover essere i rapporti necessariamente tutti risolti[1].

L'art. 3 della legge n. 223 del 1991, nel disciplinare la sorte del contratto di lavoro nel fallimento, aveva distinto, espressamente, l'ipotesi della prosecuzione dell'attività di impresa, per la quale aveva escluso i licenziamenti, stabilendo, al contrario, nel caso di cessazione, che i rapporti rimanessero sospesi per il periodo indicato, con l'intervento della cassa integrazione, senza richiedere la sussistenza di prospettive di prosecuzione dell'attività, sì da risultare, come si è accennato, l'ammortizzatore uno strumento per il ***mantenimento del reddito***, oltreché della "***condizione di occupato***"[2].

L'art. 46 *bis* del D.L. n. 83 del 2012 – convertito con modificazione dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 – nell'intento di ridisegnare, completamente, la materia delle procedure concorsuali, in modo da renderle rispondenti all'avvertita esigenza di consentire, ove possibile, la sopravvivenza del complesso aziendale, per una migliore tutela dei livelli occupazionali, senza con ciò abbandonare e tradire l'originario principale scopo di tali procedure, individuabile nella tutela degli interessi dei creditori concorrenti, per quel che attiene il trattamento di integrazione salariale concorsuale è intervenuto sull'art. 2, comma settanta, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. legge Fornero), operando la sostituzione delle parole "***qualora la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata***", con la diversa previsione della necessaria sussistenza di "***prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività o di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione……***", per il riconoscimento del trattamento integrativo, condizionatamente alla ricorrenza di parametri oggettivi definiti con decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 4 dicembre 2012[3].

La richiamata disposizione è stata espunta dall'ordinamento giuridico, a decorrere dal 1° gennaio 2016, ed è

venuta meno, da tale data, la possibilità di autorizzare la ***cigs concorsuale***, conseguente all'ammissione dell'impresa ad una delle procedure concorsuali in precedenza individuate dall'art. 3 della legge n. 223 del 1991.
Nell'ambito di una circolare del 5 ottobre 2015, n. 24, della Direzione Generale del Ministero del Lavoro, è stato precisato che, successivamente al 31 dicembre 2015, nel caso in cui l'impresa sia sottoposta a procedura concorsuale, con continuazione dell'esercizio dell'impresa, ove ne sussistano i presupposti, la fattispecie potrà essere fatta rientrare nell'ambito delle altre causali previste dal D.Lgs. n. 148 del 2015, quante volte la sospensione, con riduzione dell'attività lavorativa, sia determinata, ai sensi della lett. b) dell'art. 21 comma primo, del richiamato decreto legislativo, da ***crisi aziendale***, sempreché le verifiche ispettive consentino di ritenere possibile la realizzazione del piano di risanamento volto a fronteggiare gli squilibri di natura produttiva, finanziaria o gestionale e lasci ritenere che gli interventi correttivi e gli obiettivi concretamente raggiungibili, finalizzati alla continuazione dell'attività aziendale e alla salvaguardia occupazionale, risultino realizzabili.
Ne consegue che nell'ipotesi di attività cessata non si pone oggi più la necessità di accertare il numero dei dipendenti occupati e, al tempo stesso, il settore, se ***industriale*** o ***commerciale***, dell'impresa fallita al fine della individuazione dei presupposti per la sospensione dei rapporti quanto, piuttosto, verificare quali dei modelli previsti dall'ordinamento debba essere utilizzato per pervenire alla risoluzione dei rapporti ancora in essere e, dunque, se debba ricorrere l'ipotesi del ***licenziamento per giustificato motivo oggettivo*** o ***collettivo***.
E difatti, mentre in un primo momento la Suprema Corte aveva inteso distinguere l'ipotesi in cui il fallimento avesse consentito lo svolgimento, sia pure parziale e provvisorio, di alcune attività, tali da permettere la conservazione parziale dei rapporti di lavoro, ovvero avesse determinato la definitiva cessazione dell'attività di impresa, con conseguente impossibilità, quindi, di prosecuzione dei rapporti in essere ed aveva, coerentemente, ritenuto che solo nel secondo caso non vi sarebbe stato motivo di applicare la procedura di mobilità, presupponendo essa l'esercizio di una scelta, da parte dell'organo della procedura, tra più soluzioni alternative alla cessazione, che questi non era in grado di effettuare dovendo, necessariamente, tener conto, in via esclusiva, dell'interesse dei creditori[4], successivamente i giudici di legittimità hanno ritenuto che la procedura prevista dall'art. 4, della legge 23 luglio 1991, n. 223, fosse obbligatoria anche quando l'attività fosse risultata già cessata al momento della dichiarazione di fallimento ed il curatore avesse inteso procedere alla risoluzione dei rapporti di lavoro di tutto il personale in organico[5].
Se pertanto il requisito dimensionale costituisce il primo discrimine utile, ai fini della individuazione della procedura applicabile al caso di specie, identiche risultano essere le conseguenze qualora, successivamente alla operata risoluzione del rapporto, ne venga accertata la illegittimità, laddove risulti non essere utilizzabile la prestazione lavorativa, ancorché offerta, a seguito della operata ricostituzione del rapporto, per essere cessata definitivamente l'attività di impresa.
Le condizioni di legittimità del licenziamento dipendono strettamente dalla constata impossibilità, per l'organo della procedura, di superare lo scrutinio delle verifiche ispettive relative alla causale invocata, a supporto della già presentata istanza, volta ad ottenere la sospensione dei rapporti di lavoro qualora sia stato disposto dal tribunale, con la sentenza dichiarativa di fallimento, l'***esercizio provvisorio***, ovvero la ***continuazione temporanea dell'attività*** venga ritenuta possibile, in un momento successivo, dal curatore e ne faccia richiesta al giudice delegato, raccolto il parere favorevole del comitato dei creditori, se costituito, ai sensi dell'art. 104, secondo comma, legge fallimentare.
Nell'ipotesi, dunque, in cui la cessazione dell'attività sia soltanto parziale il curatore potrà risolvere i rapporti di lavoro, per i quali non sia possibile il relativo mantenimento, in relazione al piano di gestione presentato dall'imprenditore prima dell'apertura della procedura concorsuale e manterrà in vita, compatibilmente con le nuove esigenze organizzative e produttive, quei rapporti, ancorché sospesi per effetto del trattamento integrativo salariale, che dovesse ritenere possibile utilizzare nel prosieguo dell'attività.
Nel caso ipotizzato la riduzione del personale, per ragioni inerenti l'attività produttiva, avverrà tenendo conto della fungibilità o meno delle mansioni ed il recesso potrà trovare la sua giustificazione anche, e solo, sulla base delle *ragioni tecnico-produttive* emergenti dalla nuova realtà.

Nell'ipotesi in cui il recesso dovesse riguardare lavoratori svolgenti mansioni fungibili la scelta, in quanto caratterizzata da un discusso margine di discrezionalità, dovrà tuttavia essere effettuato in ottemperanza ai criteri di correttezza e buona fede (art. 1175 cod. civ.), e valido parametro di riferimento sarà costituito dai criteri sussidiari del ***carico di famiglia***, dell'***anzianità*** e delle ***esigenze tecnico-produttive*** (art. 5 legge n. 223 del 1991), che contengono in *re ipsa* una valutazione di correttezza e buona fede, in quanto operata dallo stesso legislatore.

2. La gestione dell'insolvenza dopo la riforma e sorte dei rapporti di lavoro

Il legislatore della riforma ha preferito non regolamentare il contratto di lavoro ed ha omesso, tra l'altro, il richiamo ad esso anche nell'ambito del novellato art. 24 l.f., che individua il criterio della competenza del tribunale che ha dichiarato il fallimento a conoscere di tutte le azioni che ne derivano e che, letto in relazione a quanto previsto dai successivi artt. 52 e 93 l.f., lascia spazi pericolosi nella individuazione del giudice competente ad accertare i crediti, mantenendo la separazione fra la fase di accertamento del diritto e quella di determinazione dell'importo, ai fini dell'ammissione al passivo, che ormai, da tempo, la giurisprudenza reputa operare nell'ipotesi in cui oggetto del giudizio sia la declaratoria di illegittimità, invalidità o inefficacia del licenziamento[6], essa che oggi va riconsiderata quanto meno con riferimento a quelle ipotesi in cui dall'accertamento della invalidità delle operata risoluzione non derivi, più, il diritto alla reintegrazione ma, in via esclusiva, il risarcimento del danno[7].

Il D.Lgs. n. 23 del 2015 ha introdotto un diverso regime sanzionatorio correlato alla inosservanza dell'*iter* procedimentale, previsto dall'art. 4, comma dodici, ovvero dei criteri di scelta, di cui all'art. 5 comma uno, della legge n. 223 del 1991, mediante applicazione del regime stabilito per i licenziamenti intimati, senza che ricorrano gli estremi del giustificato motivo oggettivo, mediante riconoscimento di due mensilità per ogni anno di servizio in misura non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro.

Diversa, ancora, la sorta del recesso intimato con violazione del requisito della motivazione, essendo previsto anche in tal caso il riconoscimento di una indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, con la conseguenza, quindi, che con riferimento a tali ipotesi non si pone ormai più il problema del riparto di competenza.

Se, pertanto, nessun accertamento è consentito, in assenza del necessario contraddittorio con tutti i creditori concorrenti, senza il rispetto delle regole del concorso e, per l'effetto, nessun titolo può validamente formarsi, se non attraverso il procedimento disciplinato dagli art. 92 e segg. l.f., con conseguente inammissibilità e/o improponibilità della richiesta azionata, sarebbe stato opportuno che il legislatore, anziché escludere ogni riferimento al rapporto di lavoro, nell'ambito dell'art. 24 l.f., ne avesse fatto esplicita menzione.

L'effettuata scelta di non considerare, prevedere e regolamentare gli effetti dell'apertura della procedura concorsuale sul rapporto di lavoro, individuandone la sorte, non pone l'esigenza di operare una lettura sistematica ed una analisi ragionata e non meramente testuale della relativa norma, poiché inesistente, quanto, piuttosto, di trarre soluzioni e risposte che possano essere date al fine di stabilire se, in effetti, a seguito della dichiarazione di fallimento esso è destinato, in via alternativa, a ***risolversi ipso iure***, a ***rimanere sospeso***, ovvero a ***proseguire senza soluzione di continuità***, fino a quando il curatore non decida lo scioglimento e, laddove si opti per tale ultima soluzione, se possa sussistere, o meno, un diritto alla retribuzione per il periodo successivo all'apertura della procedura concorsuale sino alla data del licenziamento, o, ancora, se il lavoratore possa richiedere l'ammissione al passivo degli emolumenti retributivi quante volte venga, successivamente, accertata l'illegittimità del recesso e disposta la reintegrazione o non si debba, in tale ipotesi, tener conto della effettiva possibile utilizzazione della prestazione[8].

Dalla norma codicistica (art. 2119 cod. civ.) deriva, difatti, unicamente che la dichiarazione di fallimento è, di per sé, inidonea a provocare lo scioglimento automatico del rapporto e che l'apertura della procedura concorsuale determina la sospensione dell'esecuzione di esso (art. 72, secondo e terzo comma, l.f.) sino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, prima della riforma, ed ora del comitato dei creditori, non abbia deciso di subentrarvi[9].

Ne consegue che tra norma codicistica (art. 2119 cod. civ.) e disposizione fallimentare (art. 72 l.f.) non vi è

incompatibilità, quanto, piuttosto, discende dalle stesse che la dichiarazione di fallimento non realizza la cessazione *ipso iure* del rapporto di lavoro subordinato pendente che, di contro, è sospeso dal momento dell'apertura del concorso sino a quando il curatore non abbia operato la scelta tra ***scioglimento*** o ***prosecuzione***[10].

È innegabile, quindi, che l'apertura della procedura concorsuale non può avere incidenza alcuna, in via automatica, sul rapporto di lavoro, sicchè se essa non dà luogo ad una ipotesi di ***impossibilità sopravvenuta assoluta***, quanto, piuttosto, ***temporanea***, per le parti di offrire e ricevere la prestazione, qualora l'attività sia cessata e non sia stato disposto, con la sentenza che apre il concorso, l'esercizio provvisorio.

Il medesimo problema si pone con riferimento all'ipotesi in cui il rapporto sia stato risolto dall'imprenditore prima della dichiarazione di fallimento ed il recesso venga, poi, dichiarato illegittimo, dal momento che laddove il rapporto sia assistito da tutela reale ed il licenziamento sia stato impugnato, *medio tempore*, sino a quando non ne venga accertata la invalidità, esso non può considerarsi *estinto*, quanto, piuttosto, *quiescente*[11], sì da doversi verificare se in siffatta ipotesi permanga il corrispondente obbligo per il curatore di versare in aggiunta agli emolumenti retributivi, anche i contributi assicurativi, nonché le penalità in ragione della conseguente omissione.

È, allora, proprio l'art. 72 l.f. che, nel testo della legge riformata e corretta, regola la sorte dei rapporti pendenti stabilendone, in modo espresso, la sospensione, mentre nel testo previgente, la medesima norma era diretta a disciplinare la "***…vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti***", che, per la sua intitolazione, aveva destato giustificate perplessità in ordine alla sua possibile applicazione al rapporto di lavoro, anche se, invero, il richiamo ad essa risultava giustificato dalla diversa finalità di disciplinare gli effetti derivanti dal rapporto sospeso per il periodo in cui la prestazione lavorativa fosse risultata impossibile, non essendo certamente lecito ritenere che dalla continuazione, senza soluzione di continuità, potesse derivare anche il diritto al trattamento economico fino a quando non fosse intervenuto lo scioglimento, in conseguenza della scelta operata dal curatore[12].

Non rileva, difatti, il profilo ***soggettivo*** della sostituzione del curatore al fallito nella titolarità e disponibilità dei rapporti giuridici, quanto, piuttosto, l'altro ***oggettivo*** della sorte del rapporto obbligatorio non ancora adempiuto (art. 72 l.f.), avendo il legislatore inteso demandare al curatore la facoltà di stabilire se ed in quali contratti subentrare, non già attraverso una valutazione esclusiva della economicità degli stessi quanto, piuttosto, della positiva conservazione dei valori di funzionamento dell'azienda fallita.

La particolare disciplina predisposta per i rapporti giuridici pendenti si giustifica con gli effetti derivanti dall'apertura della procedura concorsuale che, determinando la cristallizzazione del patrimonio del fallito, lo rende insensibile alle vicende negoziali in una ottica di riconduzione dei rapporti medesimi alla esigenza di liquidazione dei beni, per la più immediata soddisfazione dell'interesse dei creditori concorrenti.

È in tale contesto che trova, dunque, giustificazione la scelta operata dal legislatore di lasciar ***proseguire*** alcuni rapporti; ***determinare lo scioglimento*** immediato di altri; ***prevedere*** in alternativa un ***periodo di sospensione*** per permettere al curatore di effettuare una scelta prudente e consapevole sulla utile prosecuzione del rapporto, in ragione dell'attività di liquidazione e di realizzazione del patrimonio.

Il contemperamento degli interessi è stato realizzato mediante il riconoscimento della possibilità, per il contraente *in bonis,* di sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni a proprio carico qualora il curatore non fornisca, a sua volta, la controprestazione, con il contestuale riconoscimento del potere di intervenire perché sia fissato, da parte del giudice delegato, un termine entro il quale il curatore dovrà manifestare la propria volontà e decidere se sciogliersi, o meno, dal contratto.

In assenza di una specifica regolamentazione, per quel che concerne la successione del curatore nel rapporto di lavoro, dottrina e giurisprudenza hanno stabilito potersi far riferimento alla regola generale dettata dall'art. 72 l.f. che, a parità di condizioni, e salva deroga espressa, disciplina tutti quei rapporti che non si sciolgono automaticamente a causa del fallimento.

È stata così ritenuta applicabile ai rapporti di lavoro la richiamata norma (art. 72 l.f.), con la conseguenza che essi rimangono sospesi fino a quando il curatore non abbia deciso se ricorrano, o meno, i presupposti per sciogliersi dagli stessi[13].

La dottrina ha ritenuto che il contratto non si risolve di

diritto, in ragione di quanto previsto dall'art. 2119 cod. civ., con l'apertura della procedura, ma si realizza un'ipotesi di "***quiescenza***" del rapporto determinata dalla "***temporanea impossibilità della prestazione***"[14].
Dalla continuazione, senza soluzione, del rapporto, non può derivare – proprio perché sospeso – anche il diritto al trattamento economico fino a quando non intervenga un legittimo atto di risoluzione da parte del curatore, per la constata impossibilità assoluta di ricevere la prestazione, salvo il caso in cui il tribunale abbia autorizzato, ai sensi dell'art. 104 l.f., la continuazione, pur se provvisoria, dell'esercizio dell'attività di impresa, si da lasciar ritenere che, una volta ricostituito questo, per effetto dell'ordine di reintegrazione, debbano essere valutati gli effetti derivanti dalla richiamata disposizione normativa e, dunque, la verificata situazione di quiescenza conseguente all'apertura della procedura concorsuale.
Identico principio non può non trovare applicazione nel caso in cui, comunicata la volontà di sciogliersi dal rapporto ed attuato, nelle forme previste, in ragione del numero dei dipendenti occupati, il recesso venga, successivamente, dichiarato illegittimo, perché anche, in tal caso, dovrà tenersi conto della circostanza che il rapporto di lavoro, proprio perché mantenuto in stato di *quiescenza,* non avrebbe determinato alcun obbligo di pagamento di un corrispettivo (*retribuzione*) in assenza della chiesta prestazione.

3. La condivisibile soluzione

La sentenza che si annota ha correttamente applicato i principi ora richiamati ed ha ritenuto che nella disposizione codicistica (art. 2119 cod. civ.) va individuata la fonte normativa del principio dell'automatica continuazione del rapporto, laddove l'art. 72 l.f. regola gli effetti economici per il periodo per il quale esso rimane sospeso, impedendo che la prestazione non resa possa dar vita ad un credito, dal momento che seppur il curatore viene a sostituirsi al datore di lavoro, ciò non consegue da una previsione normativa, ma si verifica solo ed in quanto il tribunale abbia autorizzato la continuazione dell'esercizio dell'impresa, sicché deve ritenersi esclusa la *mora credendi* di questi e, per l'effetto, l'obbligo per lo stesso di risarcire il danno corrispondente alle retribuzioni maturate *medio tempore*.
Si precisa nella decisione – ricordando i precedenti di legittimità in termini – che seppur la retribuzione è collegata alla prestazione effettiva del lavoro, perché possa ritenersi sussistere il relativo diritto deve aversi riguardo, necessariamente, non solo alla ***natura sinallagmatica del contratto*****,** da cui discende la corrispettività delle prestazioni, ma anche alla ***concreta utilizzabilità della prestazione***, non potendo ciò trovare applicazione, nel caso del fallimento, ove non sia stata disposta la continuazione temporanea dell'impresa, per la ricostituzione della *lex contractus*, che equipara all'effettiva utilizzazione della prestazione lavorativa la mera utilizzabilità della stessa da parte del datore di lavoro e, nel caso risolto, del curatore.
La circostanza, pertanto, di non avere il tribunale disposto l'esercizio provvisorio ha consentito di non ritenere imputabili al curatore gli effetti discendenti dalla mancata prestazione lavorativa, proprio in ragione dell'assenza del presupposto della utilizzabilità delle energie fisiche, ancorché messe a disposizione, ciò in quanto la sentenza che apre il concorso determina la sospensione del contratto e delle rispettive obbligazioni dovendosi ritenere esclusa la concreta utilizzazione della prestazione offerta, quante volte non sia stato disposto la prosecuzione dell'attività ed il curatore non abbia deciso di subentrare nel rapporto.
La sentenza che si annota ha correttamente applicato i principi ora richiamati affermando che l'art. 2119, secondo comma, cod. civ. si coordina con il sistema delineato dalla legge fallimentare, che non fa conseguire dalla dichiarazione di fallimento la disgregazione dell'azienda e l'impossibilità di prosecuzione dell'attività di impresa quante volte, in ragione di quanto previsto dall'art. 90 l.f., *ratione temporis* applicabile, fosse stato autorizzato dal tribunale ***l'esercizio provvisorio*** dell'attività al fine di evitare che dall'interruzione potesse derivare un danno grave ed irreparabile.
Viene sottolineato, nella decisione, che l'art. 72 l.f., nel prevedere la sospensione dei contratti pendenti alla data di dichiarazione di fallimento e nel riconoscere al curatore il relativo potere ivi disposto, ha ritenuto legittimo lo ***scioglimento,*** qualora non possano essere utilizzate le prestazioni del dipendente a causa della cessazione dell'attività aziendale e delle esigenze della procedura concorsuale[15] e precisato, in aggiunta, che la retribuzione, in quanto collegata alla prestazione effettiva del lavoro, non soltanto ai fini della sua commisu-

razione, in ragione di quanto previsto dall'art. 36 Cost., ma anche per la stessa configurazione del relativo diritto, non può essere pretesa in ragione dell'esistenza e del protrarsi del rapporto, presupponendo, al contrario, la corrispettività delle prestazioni la possibile utilizzazione della prestazione offerta[16].

Gli effetti discendenti dalla declaratoria, con sentenza passata in giudicato, della inefficacia del licenziamento comunicato dal curatore, vengono circoscritti alla reintegrazione del rapporto di lavoro, con l'impresa fallita, in atto al momento dell'illegittimo scioglimento, con conseguente quiescenza di esso in ragione della risalente cessazione dell'attività di impresa, dovuta alla circostanza di non avere disposto il tribunale l'esercizio provvisorio.

Viene, conseguentemente, ritenuto inappropriato il richiamo operato in favore della decisione della Suprema Corte[17], essendo indiscussa la imputabilità non già al curatore quanto, piuttosto, alla prevista sospensione *ex lege* del rapporto, della utilizzazione della prestazione lavorativa dalla data del licenziamento a quella della nuova ricostituzione del rapporto, con la conseguenza che il criterio di commisurazione del danno, per come regolato dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, non può essere evocato venendo ad incidere la statuizione accertativa della illegittimità del recesso su un rapporto di lavoro sospeso, sì da apparire la pretesa risarcitoria, parametrata alla retribuzione globale di fatto, contraria alla *ratio* delle disposizioni richiamate.

In applicazione, poi, di quanto previsto dall'art. 18, quarto comma, della legge n. 300 del 1970, in ragione della presunzione assoluta di danno, commisurato alle cinque mensilità di retribuzione, quale minimo inderogabilmente dovuto al lavoratore, in base ad una presunzione *iuris et de iure*, è stato riconosciuto, in riforma della sentenza, il diritto all'ammissione per tale importo, non inficiando tale riconoscimento quanto in precedenza affermato, con riferimento alla impossibilità di accedere alla richiesta di ammissione al passivo per le retribuzioni maturate *medio tempore*, in assenza del presupposto della utilizzabilità delle energie fisiche, per essere risultata cessata l'attività di impresa in epoca precedente l'apertura del concorso e per non essere stato disposto l'esercizio provvisorio.

LA SENTENZA

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI
20 ottobre 2016
Pres. CULTRERA – Est. LOPIANO
Maienza Antonio / Fall. San Giuseppe S.p.A.

Fallimento – Cessazione dell'attività – Sorte del rapporto di lavoro pendente – Sospensione – Licenziamento – Accertamento della illegittimità del recesso – Non utilizzabilità della prestazione – Conseguenze

…*…**

1.1 Per quanto si legge nell'istanza ex art. 101 l.f., depositata il 24.2.2010, A.M., dipendente della San Giuseppe S.p.a. – Centro Paxis dal 25.1.1982 con mansioni di capo servizio operai ed inquadramento nel quinto livello del CCNL di settore, a decorrere da ottobre 1999, allorché con sentenza del 21.10.1999 era stato dichiarato il fallimento della suddetta società, non aveva più percepito la retribuzione ed era stato poi licenziato dalla curatela, con lettera del 15 marzo 2002 ma con decorrenza dalla data del fallimento. In seguito ad impugnazione, con sentenza del 21.9.2004, il Tribunale di S.Maria C.V. in funzione di giudice del lavoro aveva dichiarato inefficace il licenziamento intimato dalla curatela e, conseguentemente, la continuità giuridica del rapporto in questione, statuizione confermata dalla Corte di Appello di Napoli con sentenza 17.11.2005 e, quindi, divenuta definitiva dopo il rigetto, con sentenza in data 2.3.2009 n. 5032, del ricorso per Cassazione proposto dalla medesima curatela.

Di qui l'istanza tardiva per l'ammissione al passivo del fallimento, in privilegio, del proprio credito di € 105.079,25 di cui € 98.519,33 per retribuzioni non percepite dalla data della dichiarazione di fallimento fino al mese di marzo 2003 (data di nuova assunzione) ed € 6.559,92 per t.f.r. relativo al periodo ottobre 1999-marzo 2003, oltre interessi e rivalutazione come per legge.

1.2 Con sentenza depositata il 1.3.2013, il Tribunale di Santa Maria C.V. ha rigettato il ricorso e condannato il M. al rimborso delle spese processuali in favore della curatela del fallimento San Giuseppe.

2.1 Avverso la predetta sentenza,

con atto notificato il 20.8.2013, ha proposto appello, per i motivi di seguito specificati, il M., chiedendo alla Corte di accogliere le domande avanzate con ricorso ex art. 101 l.f., vinte le spese del doppio grado oltre accessori con attribuzione al procuratore antistatario.

2.2 Costituitosi in giudizio, il fallimento ha chiesto dichiararsi inammissibile il primo motivo di impugnazione e respingere in ogni caso il secondo, con integrale conferma della sentenza appellata e condanna dell'appellante al pagamento delle spese del grado.

2.3 Acquisito il fascicolo di primo grado, all'udienza del 2.3.2016, sulle conclusioni in epigrafe trascritte, la causa è stata dal Collegio riservata per la decisione previa assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c.

3 Con sentenza in questa sede impugnata il Tribunale ha rigettato la domanda ex art. 101 l.f. come dianzi formulata dal M. argomentando che:

gli effetti del contratto di lavoro subordinato pendente alla data del fallimento sono sospesi fino a quando il curatore non dichiari, ex art. 72 l.f., di sciogliersi o di subentrare nel contratto;

la sospensione degli effetti comporta che, nel corso del periodo di sospensione, il lavoratore non matura il diritto alla retribuzione, atteso il nesso sinallagmatico tra diritto del datore di lavoro ed ottenere l'esecuzione della prestazione e diritto alla retribuzione del lavoratore che caratterizza il contratto di lavoro (Cass. 6155/2004);

la Corte di legittimità ha individuato un'eccezione prevista dal legislatore al nesso sinallagmatico del contratto di lavoro nell'ipotesi di licenziamento illegittimo in cui è riconosciuto al lavoratore il diritto al risarcimento del danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione, "*e ciò in ragione del fatto che nel caso di licenziamento illegittimo l'equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavorative del prestatore alla loro effettiva utilizzazione (cfr. Cass. 23 ottobre 2000 n.13953) consegue, oltre che alla ricostituzione del rapporto e al ripristino della lex contractus, all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del comportamento datoriale, e cioè dell'imputabilità al datore di lavoro della mancata prestazione lavorativa…*" (Cass. n. 6155/2004);

in conformità al citato orientamento, in caso di ricostituzione del contratto di lavoro per effetto dell'annullamento del licenziamento illegittimo, solo se ricorre il presupposto della utilizzabilità da parte del datore di lavoro delle energie fisiche messe a disposizione dal lavoratore questi matura diritti di natura retributiva;

in caso di fallimento, invece, ove – come nella fattispecie – manchi un provvedimento del tribunale ex art. 70 l.f. di autorizzazione alla prosecuzione dell'attività economica, il contratto di lavoro è sospeso ed è vietata al curatore l'utilizzazione della prestazione offerta dal lavoratore, con la conseguenza che, mancando la concreta operatività del vincolo sinallagmatico e, dunque, una concreta possibilità di utilizzazione della prestazione asseritamente offerta dal M., il curatore non può avvalersi dell'attività di quest'ultimo e quest'ultimo non può maturare il diritto alla retribuzione;

il ricorrente, pertanto, non ha maturato né il diritto alla retribuzione mensile né il diritto al TFR.

4.1 Con un unico articolato motivo di gravame il M. censura, in fatto e in diritto, al TFR predetta sentenza, di cui chiede, pertanto, la integrale riforma con accoglimento di tutte le domande avanzate.

In fatto, censura la decisione del primo giudice nella parte in cui, a sostegno del rigetto della domanda, ha sostenuto che, per effetto del fallimento della San Giuseppe s.p.a., il rapporto di lavoro dell'istante era sospeso con conseguente esclusione del diritto alla retribuzione per il venir meno del rapporto sinallagmatico, al riguardo argomentando:

che in data 15.3.2002 l'istante (al pari degli altri dipendenti della società) è stato destinatario di una comunicazione di licenziamento individuale da valersi retroattivamente dalla data della dichiarazione di fallimento, licenziamento impugnato stragiudizialmente e poi con ricorso all'autorità giudiziaria per violazione della legge n. 223/91 (per non essere stato rispettato l'iter procedimentale prescritto a pena di inefficacia per i licenziamenti collettivi) e dichiarato inefficace con sentenza del Tribunale di S. Maria C.V. n. 11426/2004, confermata dalla Corte di Appello di Napoli e da ultimo dalla Corte di Cassazione;

che il primo giudice ha, di fatto, ignorato la pronuncia di inefficacia del licenziamento comminato dalla curatela e gli effetti ripristinatori e sanzionatori da essa derivanti e, in specie, che la tutela risarcitoria ex art. 18 SL ha carattere sanzionatorio, deriva direttamente dall'illegittimità del licenziamento ed ha carattere autonomo rispetto alla tutela ripristinatoria, per cui deve essere riconosciuta anche nel caso in cui il lavoratore non voglia o non possa chiedere la reintegrazione ossia indipendentemente dalla sussistenza o meno del nesso sinal-

lagmatico che caratterizza il contratto di lavoro;
che in ipotesi di inefficacia o invalidità dei recessi, la quantificazione del risarcimento va parametrata alla retribuzione globale di fatto maturata dal momento del licenziamento sino a quello in cui si possa presuntivamente considerare cessato lo stato di disoccupazione: di qui la domanda di ammissione al passivo per un importo pari alle retribuzioni globali di fatto maturate dal 1999 al 2003, data in cui è cessato lo stato di disoccupazione.
L'appellante chiede, di conseguenza, alla Corte di valutare la fondatezza della domanda ponendo quale presupposto della ricostruzione in fatto la natura sanzionatoria e non retributiva delle somme richieste, prescindendo pertanto dalla concreta operatività del vincolo sinallagmatico (operando, peraltro, quanto meno in ordine al risarcimento minimo pari a cinque mensilità, la presunzione assoluta di danno), e di riconoscere il diritto dell'appellante alla tutela risarcitoria.
In diritto, ribadisce le argomentazioni che precedono, sotto il profilo della violazione e falsa applicazione, da parte del primo giudice, dell'art. 72, allo scopo argomentando:
che, anche a voler ritenere la norma in esame applicabile al contratto di lavoro, con conseguente sospensione del rapporto e attribuzione al curatore del potere di scelta fra lo scioglimento e l'assunzione del contratto, "*una volta scelto di sciogliere il rapporto, l'atto con il quale si procede al licenziamento farà venir meno la condizione di sospensione andrà adottato nel rispetto delle forme e degli oneri di procedimento che operano quali condizioni di efficacia e legittimità anche nell'ambito del fallimento*";
che, di conseguenza, "*laddove la dichiarazione di scioglimento del curatore venga attuata in termini informali e atipici, proprio perché la normativa sui licenziamenti è ineludibile anche nell'ambito del fallimento, la stessa sarà soggetta alle conseguenze, quanto meno sanzionatorie, previste in caso di licenziamento nullo, inefficace o illegittimo. Più precisamente, ….nell'ipotesi di licenziamenti collettivi adottati dal curatore del fallimento senza il rispetto dei vicoli formali e procedimentali prescritti dall'art. 4 commi da 2 a 12 e dall'art. 5 commi da 1 a 4 della legge 223/91 la sanzione è quella dell'inefficacia del licenziamento con conseguente continuità giuridica del rapporto e diritto del lavoratore al risarcimento del danno commisurabile alle retribuzioni globali di fatto maturate dalla data del licenziamento a quella dell'effettiva ripresa dell'attività lavorativa o del nuovo licenziamento, nell'ipotesi di impossibilità di ricevere la prestazione*";
che, in ogni caso, è impensabile evocare la sospensione ex art. 72 l.f. in caso, quale quello in esame, in cui il licenziamento comunicato con dichiarazione del 15.3.2002, da valersi comunque a partire dal 1999 (data della dichiarazione di fallimento), con sentenza passata in giudicato, è stato dichiarato inefficace, con conseguente ripristino del rapporto cui con detto licenziamento si intendeva porre fine, senza che a tale pronuncia facesse seguito alcun atto formalmente e proceduralmente corretto;
che, come statuito dal Supremo Collegio (ed evidentemente sfuggito al primo giudice) "*…solo in ipotesi di licenziamento illegittimo e delle relative conseguenze il legislatore ha inteso attribuire diritti retributivi al lavoratore malgrado la non avvenuta prestazione lavorativa, prevedendo analiticamente il risarcimento del danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento l'equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavoratore del prestatore alla loro effettiva utilizzazione (cfr. Cass., 23 ottobre 2000 n. 13953) consegue, oltre che alla ricostituzione del rapporto e al ripristino della lex contractus, all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del comportamento datoriale, e cioè all'imputabilità al datore di lavoro della mancata prestazione lavorativa…*" (Cassazione civile, Sez. Lav., 14/05/2012, n. 7473).
4.2 L'appello, con riferimento alle censure in fatto come dianzi argomentate, supera certamente il vaglio di ammissibilità ex art. 342 c.p.c., sì che va in primo luogo disattesa la censura al riguardo sollevata dalla curatela, in concreto risoltasi in un mero richiamo alle modifiche di tecnica redazionale e contenutistiche introdotte dalla novella sull'appello filtrato (peraltro compiutamente rispettate nell'atto di appello in rassegna) e nella considerazione (attinente al merito della decisione impugnata e del proposto gravame) che il primo giudice, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, ha tenuto conto dell'avvenuta pronuncia di inefficacia del licenziamento, ma ne ha tratto diverse conseguenze in presenza della cessazione dell'attività aziendale, della fase di sospensione del rapporto di lavoro che ad essa consegue e della impossibilità di configurare un obbligo retributivo in assenza della prestazione lavorativa, presupponendo la natura sinallagmatica del contratto la corrispettività delle prestazioni.

4.3 Nel merito, l'appello è parzialmente fondato e, pertanto, meritevole di accoglimento per quanto di ragione.
Al riguardo questo Collegio ritiene di doversi discostare dalla decisione assunta dalla sezione I-bis di questa Corte con sentenza n. 4085/2015 depositata il 20.10.2015 (avente ad oggetto controversia identica alla presente, ma riguardante altro dipendente della fallita San Giuseppe s.p.a.), la cui motivazione ("*secondo il consolidato orientamento dei giudici di legittimità il diritto alla retribuzione non spetta per i periodi, compresi fra la data di sospensione dell'attività produttiva e quella di dichiarazione di fallimento dell'imprenditore ovvero tra quest'ultima e la definitiva manifestazione del curatore di sciogliersi dal rapporto di lavoro subordinato, in cui, pur essendo formalmente in essere il rapporto, sia tuttavia carente la prestazione lavorativa in conseguenza dell'insussistenza del sinallagma funzionale del contratto, fatta eccezione per i casi di illegittima interruzione o unilaterale sospensione del rapporto, nei quali l'obbligo retributivo è riconducibile agli effetti risarcitori della condotta inadempiente del datore di lavoro (Così Cass., 6155 del 2004); in queste sole ipotesi il legislatore ha inteso attribuire diritti retributivi al lavoratore malgrado la non avvenuta prestazione lavorativa, prevedendo analiticamente il risarcimento del danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione (in questi termini Cass., n. 7473 del 2013). Ha quindi errato il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere nel configurare, ai fini dell'ammissibilità del credito nel passivo della San Giuseppe spa, la necessità dell'ulteriore requisito dell'utilizzabilità in concreto delle prestazioni, dal momento che questo presuppone il perdurare del rapporto di lavoro e la sua collocazione in una fase di quiescenza. Viceversa, allorchè il rapporto di lavoro sia stato risolto, con conseguente perdita per il lavoratore della possibilità di continuare a far parte dell'azienda fallita (il che potrebbe verificarsi sia con l'esercizio provvisorio da parte del curatore, sia con l'affitto o la cessione dell'intera azienda), al lavoratore che lamenti l'illegittimità del licenziamento deve riconoscersi il diritto non solo di ottenere la relativa declaratoria ma anche di conseguire le spettanze retributive dovute a titolo risarcitorio"*) reputa condivisibile limitatamente alle affermazioni di principio in essa contenute, non anche riguardo alle conclusioni che ne vengono tratte nel caso concreto.
Al riguardo giova brevemente rammentare l'insegnamento ormai consolidato della Suprema Corte (v. Cass., 14.5.2012 n. 7473), richiamato anche dalle parti del presente giudizio, secondo cui "*come già condivisibilmente affermato (Cass., n. 1832 del 2003) ai sensi dell'art. 2119 c.c. comma 2, il fallimento dell'imprenditore non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro e la ratio di tale disposto si fonda (Cass., S.U. n. 2637 del 1966) sulla considerazione della unitarietà della azienda e della sua sopravvivenza alla dichiarazione di fallimento, alla quale non consegue la cessazione dell'impresa "che passa soltanto da una gestione per fini di produzione, suscettibile per altro di essere continuata o ripresa (come non infrequentemente accade), ad una gestione per fini di liquidazione" (Cass. n. 3493 del 1979). Né, ha precisato questa Corte (nella citata sentenza n. 1832 del 2003), il disposto dell'art. 2119 c.c., comma 2 esclude l'applicazione dei principi relativi agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti di cui è espressione l'art. 72, comma 2, L.Fall., ...nel senso che il curatore non è tenuto a perfezionare o proseguire i rapporti che trova pendenti e ha invece, ove non ne ritenga utile il perfezionamento o proseguire i rapporti che trova pendenti e ha invece, ove non ne ritenga utile il perfezionamento o la prosecuzione, facoltà di sciogliersi (Cass., n. 799 del 1980). Pertanto a seguito della dichiarazione di fallimento deve ritenersi che, nell'ipotesi in cui non vi sia esercizio provvisorio dell'attività imprenditoriale, ma cessazione dell'attività aziendale, come nella specie, il rapporto di lavoro rimane sospeso sino alla dichiarazione del curatore di cui all'art. 72, comma 2, L.Fall.".*
Di tale situazione giuridica ha, del resto, dato atto anche il Tribunale del lavoro, in relazione al rapporto tra il Fallimento San Giuseppe s.p.a. ed il M., con la sentenza n. 11426/04 del 19.11.2004 (confermata in appello e divenuta definitiva dopo il rigetto per cassazione), che ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento dal curatore intimato al M. e la continuità giuridica del rapporto, affermando l'obbligatorietà dell'esperimento della procedura di cui alla legge 223/91 anche in ipotesi di fallimento, con cessazione dell'attività di impresa. Al riguardo ha infatti, chiarito che "*Dopo il fallimento, infatti, l'azienda nella sua unitarietà, sopravvive, e nel suo ambito anche il rapporto di lavoro (art. 2119 c.c.), sopravvivenza che, non condi-*

zionata al materiale esercizio dell'attività imprenditoriale, sussiste anche nell'ipotesi in cui, a seguito della cessazione dell'attività aziendale, sia (pur contingentemente) impossibile la materiale reintegrazione nel posto di lavoro (cfr. Cass. 15 maggio 2002 n. 7075). E pertanto, anche nell'ipotesi in cui, in esito ad una procedura concorsuale, si ritenga impossibile la continuazione dell'attività aziendale, così come dedotto da parte convenuta, la permanenza del rapporto di lavoro, con l'indicata potenzialità, conferisce giuridico interesse non solo alla domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, bensì all'applicazione della procedura prevista dalla legge in esame, in modo che, nella prospettata impossibilità della continuazione sia fornito alla ragione imprenditoriale, con esterni contributi e controlli, ogni elemento in ordine all'oggettiva esistenza di alternative alla soppressione"; di cui la ragione normativa di un reintegrazione dei lavoratori di un'impresa inesistente per cessazione dell'attività.

Tanto premesso, occorre, altresì, rammentare che con la sentenza in precedenza citata (Cass. 14.5.2012 n. 7473) la Suprema Corte, richiamando quanto già statuito con la precedente pronuncia del 27 marzo 2004 n. 6155, ha ulteriormente chiarito:

che "*La retribuzione è collegata alla prestazione effettiva del lavoro, non soltanto ai fini della sua commisurazione (ai sensi dell'art. 36 Cost.), ma anche per la stessa configurazione del relativo diritto, il quale non sorge ex se in ragione della esistenza e del protrarsi del rapporto, ma presuppone – per natura sinallagmatica del contratto di lavoro – la corrispettività delle prestazioni*";

che "*Tale principio si è ormai consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, con la conseguenza che con riferimento agli intervalli non lavorati intercorsi tra più contratti a termine, si è escluso che la conversione ex lege in un unico contratto a tempo indeterminato comporti il diritto a retribuzione per l'intero periodo, compresi i predetti intervalli in cui non vi è stata prestazione di lavoro (cfr. Cass. Sez. Un. 5 marzo 1991 n. 2334; Cass. 21 dicembre 1998 n. 12752; Cass. 8 dicembre 2002 n. 14381; cfr., altresì, con riferimento agli intervalli non lavorati nei rapporti a tempo parziale, Cass. Sez. Un. 6 febbraio 2003 n. 1732). In tali casi, la Corte ha avuto modo di rilevare che solo nell'ipotesi del licenziamento illegittimo e delle relative conseguenze il legislatore ha inteso attribuire diritti al lavoratore malgrado la non avvenuta prestazione lavorativa, prevedendo analiticamente il risanamento dei danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione (in tali termini, cfr. Cass., Sez. Un. n. 2334 del 1991 nonché Id. 27 luglio 1999 n. 508, con riferimento alle diverse conseguenze risarcitorie nel regime illegittimo l'equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavorative del prestatore alla loro effettiva utilizzazione (cfr. Cass. 23 ottobre 2000 n. 13953) consegue, oltre che alla ricostituzione del rapporto e al ripristino della lex contractus, all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del comportamento datoriale, e cioè dell'imputabilità al datore della mancata prestazione lavorativa (e ciò vale a spiegare, peraltro, il fatto che il risarcimento debba essere ridotto nella misura di quanto percepito per la prestazione lavorativa svolta nel periodo considerato presso altri datori di lavoro – aliunde perceptum – e non, invece, per quanto percepito a titolo diverso, per esempio a titolo di trattamento pensionistico: cfr. Cass. Sez. Un. 13 agosto 2002 n. 12194*";

che "*Da tanto consegue che quando non vi è prestazione lavorativa non vi può essere (eccetto i casi di illegittimità interruzione o unilaterale sospensione del rapporto, nei quali l'obbligo retributivo è riconoscibile agli effetti risarcitori della condotta inadempiente del datore di lavoro) stricto sensu retribuzione difettando il sinallagma funzionale del contratto*".

Orbene applicando i principi sin qui richiamati al caso di specie, è pacifico che, per effetto della dichiarazione di fallimento, sino alla dichiarazione del curatore prevista dall'art. 72, comma 2, L.Fall., il rapporto di lavoro, sebbene formalmente esistente, è rimasto sospeso, con la conseguenza che, difettando il rapporto di sinallagmaticità, durante la sospensione, in assenza di prestazione, non era configurabile un diritto del lavoratore alla retribuzione (e tanto similmente all'ipotesi dei periodi non lavorati dei contratti a termine dove l'obbligo retributivo non può discendere dalla mera sussistenza del rapporto).

È altresì pacifico che, qualora il curatore avesse manifestato ex art. 72 l.f. la volontà di proseguire il rapporto di lavoro (ipotesi in concreto non verificatasi), il diritto alla retribuzione del M., in ossequio al medesimo principio per cui quando non vi è prestazione lavorativa non vi può essere retribuzione, difettando il sinallagma funzionale del contratto, sarebbe stato configurabile solo ed esclusivamente a decorrere dalla cessazione del

periodo di sospensione, con il ripristino della prestazione lavorativa e del correlato obbligo di retribuzione; allo stesso modo, qualora il curatore avesse invece legittimamente manifestato la volontà di recedere dal contratto di lavoro, nessun diritto alla retribuzione, per il periodo di sospensione del rapporto, sarebbe sorto in capo al M.

Di qui la conseguenza logica prima ancora che giuridica che nessun danno parametrabile alla mancata retribuzione per il periodo compreso tra la data del fallimento e quella della nuova assunzione, può aver subito il M. in conseguenza del licenziamento illegittimo intimato dalla curatela: il recesso (illegittimo) del curatore ha infatti riguardato un rapporto di lavoro in stato di quiescenza (per cessazione dell'attività di impresa sin da epoca precedente il fallimento), ossia una situazione di carenza di prestazione lavorativa certamente non assimilabile all'ipotesi di illegittima interruzione o di unilaterale sospensione di un rapporto in esecuzione.

Ritiene, quindi, la Corte che nella fattispecie in esame, la declaratoria, con sentenza passata in giudicato, di "*inefficacia del licenziamento comminato al M.*" dal curatore e, conseguentemente, di "*continuità giuridica del rapporto in questione*" non ha altra valenza che quella di reintegrare il M. nel rapporto di lavoro con l'impresa fallita che era in atto al momento dell'illegittimo licenziamento, ossia in un rapporto quiescente in ragione della (risalente) cessazione dell'attività d'impresa.

Appare, pertanto, inappropriato il rinvio al principio espresso dalla Suprema Corte con la citata sentenza 14.5.2012 n. 7473 (secondo cui solo nell'ipotesi del licenziamento illegittimo e delle relative conseguenze il legislatore ha inteso attribuire diritti retributivi al lavoratore malgrado la non avvenuta prestazione lavorativa, prevedendo analiticamente il risarcimento del danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione) dalla difesa dell'appellante operato a sostegno del diritto del M. al risarcimento del danno per l'illegittimo licenziamento da commisurare alla retribuzione non percepita dalla data del fallimento a quella di nuova assunzione, essendo pacifica la imputabilità non alla curatela, ma alla sospensione *ex lege* del rapporto, della carenza di prestazione lavorativa dalla data del fallimento alla data del licenziamento e, successivamente (in assenza di elementi da cui desumere la ripresa dell'attività), dalla data del licenziamento a quella della nuova assunzione.

Il principio invocato dall'appellante trova applicazione, lo si ribadisce, solo quando il licenziamento illegittimo incide su un contratto di lavoro pienamente efficace, poiché solo in tale ipotesi, una volta accertata giudizialmente l'illegittimità del comportamento datoriale, ricostituito il rapporto e ripristinata la *lex contractus,* risulta ragionevole – attesa l'imputabilità al datore di lavoro della mancata prestazione lavorativa nel periodo di operatività del licenziamento – l'equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavorative del prestatore alla loro effettiva utilizzazione e, quindi, il ricorso al parametro economico dall'art. 18 L. n. 300 del 1970 individuato, secondo una presunzione *iuris tantum,* nella misura delle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito qualora abbia percepito per aver svolto, nel periodo successivo alla risoluzione del rapporto, un'attività remunerata – c.d. *aliunde perceptum* – imponendo la natura risarcitoria della misura la prova della effettività del danno).

Il medesimo danno e, dunque, il medesimo criterio di sua commisurazione non può essere, invece, evocato allorchè (come nella fattispecie in esame) il licenziamento illegittimo del curatore, incidendo su un rapporto di lavoro sospeso ex art. 72 l.f. e con la finalità di sciogliersi definitivamente dallo stesso, certamente non ha determinato (né, di conseguenza, ha reso imputabile al medesimo curatore) la mancata prestazione lavorativa nel periodo di operatività del licenziamento medesimo, peraltro retrodatato alla data della dichiarazione di fallimento. In tale ipotesi, quindi, la prefigurazione di una pretesa risarcitoria parametrata alla retribuzione globale di fatto spettante dalla data del fallimento a quella di reintegrazione è contraria alla *ratio* (dianzi esplicitata) sottesa alla disciplina invocata: in relazione ad un contratto di lavoro, come quello in esame, non risolto per effetto della dichiarazione di fallimento (ex art. 2119 c.c.), ma persistente sebbene in una situazione di quiescenza (ex art. 72 l.f.), ossia di inoperatività del vincolo sinallagmatico che tipicamente lega, in corso di svolgimento del contratto, il diritto del datore di lavoro ad ottenere lo svolgimento della prestazione lavorativa ed i diritti di natura retributiva dei dipendenti, in nessuno caso le conseguenze risarcitorie del licenziamento illegittimo intimato dal curatore possono essere riferite e ricondotte all'obbligo retributivo (inesistente all'epoca del licenziamento e succes-

sivamente, al pari del correlato obbligo di prestazione).
Quanto precede non esclude, ovviamente, l'operatività del disposto dell'art. 18, comma 4 S.L., che, in ipotesi di licenziamento illegittimo, stabilisce notoriamente una presunzione assoluta di danno minimo pari a cinque mensilità di retribuzione, presunzione attraverso cui il legislatore ha operato un "*non irragionevole bilanciamento complessivo per fatto di aver simmetricamente riconosciuto al datore di lavoro l'esercizio della facoltà di recesso, idonea ad incidere unilateralmente ed immediatamente nella sfera degli interessi del lavoratore*" (Corte Cost. 23.12.1998 n. 420), sì che l'importo delle cinque mensilità rappresenta il minimo inderogabilmente dovuto al lavoratore, in base ad una presunzione *iuris et de iure*, quale parte comunque irriducibile dell'obbligazione risarcitoria conseguente all'illegittimo licenziamento (cfr. ex multis Cass. nn. 17582/2016, 6499/2011, 18146/2007).
Ciò non inficia, ovviamente, quanto in precedenza affermato, ossia che per il danno eccedente la suddetta misura minima, la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro per l'illegittimo licenziamento intimato in regime di tutela c.d. reale non si discosta dalla disciplina ordinaria perché implica comunque, la sussistenza della colpa dello stesso, in relazione alla mancata prestazione lavorativa, in assenza della quale non c'è danno ulteriore risarcibile (Corte Cost. cit.).
In tali termini, quindi, in riforma dell'impugnata sentenza, in assenza del presupposto della utilizzabilità da parte del datore di lavoro delle energie fisiche del lavoro (utilizzabilità esclusa dalla pacifica sospensione del contratto di lavoro dopo il fallimento e dalla parimenti pacifica cessazione dell'attività d'impresa sin da epoca precedente, oltre che successiva, alla dichiarazione di fallimento), la pretesa risarcitoria del M. va riconosciuta nei limiti del solo danno minimo inderogabile pari a cinque mensilità di retribuzione previsto dall'art. 18 S.L. con presunzione *iuris et de iure.*
5. Da quanto detto discente che al M. va riconosciuta, a titolo di risarcimento del danno, la somma complessiva di € 10.064,40, comprensiva dell'importo di cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, parametrata all'ultima retribuzione percepita (ragionevolmente corrispondente alla retribuzione di novembre 1999 nei conteggi in atti indicata in € 1.815,73), e del TRF spettante su detta retribuzione (pari ad € 985,75, come desunto dai medesimi conteggi). Il M., va, quindi, ammesso al passivo del fallimento appellato, con collocazione privilegiata, per la somma suindicata, cui accedono sia la rivalutazione (ex artt. 429, comma 3, c.p.c. e 150 disp. att. c.p.c.) dalla data del licenziamento (15.3.2002 fino alla data di approvazione dello stato passivo (26 ottobre 2004), sia gli interessi legali, calcolati sulla somma di anno in anno come dianzi rivalutata, fino alla liquidazione dell'attivo.
6. L'esito della lite, che ha visto la pretesa attorea accolta solo in minima parte, e le oscillazioni registrate in giurisprudenza (ed anche in questa Corte) nella soluzione delle questioni di diritto essenzialmente poste dalla presente controversia, dà adeguata contessa delle ragioni che giustificano la compensazione integrale delle spese del doppio grado di giudizio.

…*…**

MASSIMA

Nell'ipotesi di licenziamento illegittimo attuato a seguito dell'apertura della procedura concorsuale perché al lavoratore possa essere riconosciuto il diritto al risarcimento del danno, commisurata la retribuzione globale di fatto dal giorno del recesso a quello della reintegrazione è necessaria non già la mera utilizzabilità delle energie lavorative quanto, piuttosto, la loro effettiva utilizzazione.

(legge fallim. - artt. 72 e 90 l.f.; cod. civ. art. 2119).

Ne consegue che in siffatta ipotesi non vi è un obbligo retributivo sussistendo il diritto al pagamento del corrispettivo non in ragione della messa a disposizione della prestazione lavorativa, dovendosi considerare irrilevante l'offerta quante volte il curatore non possa avvalersi della prestazione, ma solo del riconoscimento del anno commisurato a cinque mensilità della retribuzione quale minimo inderogabilmente dovuto al lavoratore.

(legge n. 300/1970, art. 18, quarto comma)

1 CAIAFA A., *Jobs Act: ristrutturazione dell'impresa e rapporti di lavoro,* in *Le procedure concorsuali tra economia e diritto*, I, Roma, p. 280, a cura dello stesso Autore.

2 LIEBMAN, *Liquidazione e conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali: insolvenza dell'imprenditore e strumenti di tutela del lavoro subordinato*, in *Dir.rel.ind.*, 1995, p. 29; MISCIONE, *L'integrazione salariale ed eccedenza di personale*, in *Giur-it.,* 1991, IV, p. 4; CAIAFA A., *Sopravvivenza dell'impresa nelle procedure concorsuali e sorte dei rapporti di lavoro*, in *Dir.lav.*, 1991, I, p. 48.

3 MORETTI-SCAINI, *Il futuro della cassa integrazione guadagni e straordinaria concorsuale alla luce delle novità introdotte dal c.d. decreto crescita*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, p. 267; CAIAFA A., *La riforma del mercato del lavoro e le procedure concorsuali*, Roma, 2013, p. 102.

4 Cass., 12 maggio 1997, n. 4146, in *Mass.giur.lav.*, 1997, p. 216

5 Cass., 8 luglio 2005, n. 12645, con nota contraria di CAIAFA A., *Fallimento, licenziamenti collettivi ed ordinamento comunitario*, in *Dir.fall.*, 2005, p. 658; Cass., 27 aprile 2004, n. 8047, in *Not.giur.lav.*, 2004, p. 781.

6 I giudici di legittimità sono, difatti, diversamente orientati qualora l'accertamento richiesto sia strumentale rispetto all'effettivo bene della vita che la parte ricorrente intende perseguire: Cass., 8 giugno 1998, n. 99, in *Il fallimento*, 1998, p. 602; Cass., 24 ottobre 1996, n. 9306, ivi, 1997, p. 289; Cass., 10 maggio 1994, n. 4359, ivi, 1994, p. 1267; Cass., 19 febbraio 1993, n. 2035, ivi, 1993, p. 634.

7 Il D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23, ha stabilito la *progressività delle tutele* riferendola ai lavoratori assunti successivamente alla data di entrata in vigore, che rivestono la qualifica di operai impiegati o quadri, indipendentemente dal settore privato e pubblico, richiamando la disposizione normativa genericamente i *datori di lavori*.

8 Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 21 febbraio 2013, in *Dirt.fall.*, 2013, nn. 3, 4, p. 344, con nota di CAIAFA A., *Licenziamento ad opera del curatore e conseguenze.*

9 In tal senso, Cass., 5 febbraio 1980, n. 799, in *Dir.fall.,* 1980, II, p. 117; Tribunale Roma, 19 giugno 1985, in *Il fallimento,* 1985, p. 1294.

10 Tribunale Roma, 12 ottobre 1991, in *Il fallimento*, 1992, p. 606; Cass., 26 gennaio 1988, n. 648, in *Orient.giur.lav.*, 1988, p. 531.

11 Cass., 27 ottobre 2009, n. 22642, in *Prat. lav.*, 2010, 4, p. 162; Cass., 6 marzo 2008, n. 6055, Cass., Sez.Un., 5 luglio 2007, n. 15143.

12 MARTINA, *Una breve rassegna di giurisprudenza (ed un interrogativo) sul licenziamento e procedure concorsuali*, in *Riv.crit.rapp.lav*, 2002, p. 197; CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa,* Padova, 2004, p. 21; Id., *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, p. 464.

13 Cass., 6 febbraio 1980, n. 799, in *Dir.fall.*, 1980, II, p. 117; Tribunale Roma, 19 giugno 1985, in *Il fallimento*, 1985, p. 1294.

14 GRASSETTI, *Fallimento e rapporto di lavoro*, in *Giur.comm.*, 1974, I, p. 41.

15 Cass., 5 febbraio 1980, n. 799, in *Dir.fall.*, 1980, II, p. 117; Cass., 14 maggio 2012, n. 7473.

16 In tal senso, il richiamo delle decisioni dei giudici di legittimità che hanno ritenuto dovuta la retribuzione nel caso di conversione *ex lege* in un unico contratto a tempo indeterminato di più rapporti: Cass., Sez.Un., 5 marzo 1991, n. 2334; Cass., 21 dicembre 1998, n. 12752; Cass., 8 dicembre 2002, n. 14381; Cass., Sez.Un., 6 febbraio 2003, n. 1732.

17 Cass., 14 maggio 2012, n.7373, in CAIAFA A., *Codice dell'udienza fallimentare*, Roma, 2015, Sub. art. 72, p. 2056.