

TRACCE DEL CONCORSO A 400 POSTI

Studio della commissione

In **allegato** lo studio integrale.

Le tracce di penale e amministrativo sono chiaramente riferibili a taluni componenti.

Tracce assegnate al concorso e argomenti trattati al corso

Diritto penale

- CONCURSO

24 gennaio 2024: *«Diritto di critica, diritto di cronaca e diritto alla riservatezza. Il candidato esamini il rapporto tra libertà di pensiero e il reato di diffamazione anche con riferimento all'utilizzo dei social network»*

- INTENSIVO E PRECONCURSO

30 dicembre 2024: *«Libertà di espressione sul web e doveri di controllo»*

20 gennaio 2024: *«Il diritto al rispetto della vita privata nella rete».*

21 gennaio 2024: *«I delitti di opinione, con particolare riferimento a quelli mezzo stampa e internet».*

In **allegato** l'estratto unico delle dispense delle tre lezioni

Diritto amministrativo

- CONCURSO

25 gennaio 2024: *«Regolamenti amministrativi e sindacato del giudice ordinario e amministrativo»*

- PRECONCURSO E ORDINARIO

23 gennaio 2024: *«Invalidità o disapplicazione della legge e invalidità dell'atto amministrativo».*

22 ottobre 2023: *«Le fonti del diritto» (schema: «Leggi-provvedimento e regolamenti: tutela giurisdizionale, con particolare riguardo al sindacato di costituzionalità»).*

Diritto civile

- 26 gennaio 2014: *«Premessi cenni su riconoscimento del debito, promessa di pagamento e confessione e sui relativi effetti processuali, si soffermi il candidato sull'ipotesi di simulazione di tali atti e sulla possibilità della revoca di una confessione consapevolmente non veritiera».*

Quando si fa riferimento agli “argomenti trattati al corso” non ha alcun senso fare riferimento a libri o raccolte di temi. Né ha molto senso fare riferimento a lezioni in cui si sono trattate decine di argomenti o che esaminano in modo generico singoli aspetti oggetto della traccia concorsuale. Occorre invece considerare se la trattazione dell’argomento:

- a) si avvicina molto alla traccia del concorso;
- b) è avvenuta a breve distanza dal concorso;
- c) è avvenuta in modo approfondito.

Nella tradizione della Scuola (almeno) una traccia di concorso rientra tra quelle esaminate a brevissima distanza dalle prove e in modo completo (nella specie le tracce selezionate alla preconcorsuale erano soltanto sei per materia). Quest’anno è stata la volta della traccia di penale, posto che anche un’altra non estratta era analoga alla traccia esaminata nella preconcorsuale:

Diritto penale non estratta

- **CONCORSO**

24 gennaio 2014: «*Premessi brevi cenni sulla distinzione tra reati omissivi propri e reati omissivi impropri, tratti il candidato della responsabilità penale derivante da una posizione di garanzia e/ di controllo nei reati omissivi colposi di pericolo, con particolare riguardo alla posizione dei garanti nei delitti di disastro colposo e negli altri delitti colposi di danno (art. 449 in relazione all’art. 434 e 589 c.p.)*».

- **PRECONCORSO**

21 gennaio 2014: «*L’omissione colposa nei delitti di disastro (art. 449 c.p.) ed epidemia, con particolare riferimento al rapporto tra colpa e omissione e alla sua distinzione dall’azione*» e «*Il dolo eventuale nei delitti contro l’incolumità pubblica (art. 434 c.p. e reati di pericolo): dica il candidato dell’interferenza con la colpa cosciente alla luce della teoria del rischio*».
In **allegato** l’estratto della lezione.

Analisi tracce

Diritto penale

- **Traccia**

Diritto di critica, diritto di cronaca e diritto alla riservatezza. Il candidato esamini il rapporto tra libertà di pensiero e il reato di diffamazione anche con riferimento all’utilizzo dei social network.

- **Analisi logica**

Traccia strutturalmente atipica, con due parti generali: la prima sul conflitto tra cronaca/critica e riservatezza, la seconda sui limiti all’incriminazione della manifestazione del pensiero. A quest’ultima si aggiunge un quesito particolare (i social network). Il collegamento tra le due parti non è lineare, atteso che il delitto di diffamazione tutela la reputazione, non la riservatezza. Inoltre è difficile correlare la riservatezza al diritto di critica, poiché la diffusione dei dati personali è tipicamente giustificata dalla cronaca, più che dalla critica.

Il fulcro della traccia, quindi, è proprio la riservatezza, di cui occorre illuminare un duplice nesso logico: a) in termini di conflitto con la libertà di pensiero; b) in termini di identificazione con la reputazione. Risolto questo profilo, la soluzione del quesito deve passare per un apparente paradosso: come possono cronaca e critica, che postulano la rilevanza sociale della notizia, scriminare l'offesa alla riservatezza, che postula la natura privata delle informazioni divulgate?

Solo alla fine si può fare riferimento ai social network, dove si pongono una serie di problemi specifici, di cui il più importante è l'esistenza o meno di una scriminante non codificata o comunque di una maggiore ampiezza della scriminante tipica (art. 51 c.p.) in ragione della natura 'anarchica' della rete.

In ragione di quanto precede, è preferibile non seguire l'ordine testuale della traccia, ma inquadrare preliminarmente l'operatività scriminante di cronaca e critica rispetto alla diffamazione, quindi verificarne l'applicabilità con riguardo alla lesione della riservatezza, specificando l'analisi nell'ipotesi in cui il pensiero sia manifestato in rete.

• **Cronaca, critica e diffamazione**

La cronaca può essere definita come la rappresentazione – con qualsiasi mezzo – di un fatto accaduto, del quale si assume una rilevanza pubblica o, comunque, un interesse per la collettività tale da giustificarne una diffusione, in particolare, su mezzi di comunicazione di massa (stampa, televisione, *internet*).

Il diritto di cronaca trova il proprio riconoscimento e, quindi, fondamento nell'art. 21, comma 1 della Costituzione: "*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*". Orbene, dalla combinazione dell'articolo 21 Cost. e dell'art. 51 c.p. discende la regola secondo cui l'esercizio del diritto di cronaca esclude la punibilità.

Campo elettivo di applicazione di siffatta causa di giustificazione è rappresentato dai delitti contro l'onore, quali ingiuria (art. 594 c.p., abrogato dal d.lgs. n. 7 del 2016) e diffamazione (art. 595 c.p.). Oggetto della cronaca scriminante è un accadimento o un'azione sottoposti a revisione, come tale caratterizzata da espressioni offensive idonee ad integrare il delitto di diffamazione. Le ipotesi di cronaca neutra ed asettica, come del resto quelle in cui non sono coinvolte persone fisiche o giuridiche¹, non costituiscono situazioni di esercizio del diritto scriminante, giacché esse non sono idonee ad integrare alcuna fattispecie criminosa.

La struttura esimente del diritto di cronaca è stabilmente ancorata dalla giurisprudenza al verificarsi di tre presupposti:

- pertinenza, la quale postula la rilevanza sociale della notizia o, comunque, un interesse per la collettività tale da giustificarne la diffusione pubblica;
- verità o verosimiglianza, che consiste nell'aderenza della notizia alla realtà, ovvero nella sua attendibilità²;
- continenza, che attiene alle modalità di espressione.

Nonostante vi sia una convergenza tanto in dottrina quanto in giurisprudenza in ordine al riconoscimento dei limiti sopra indicati, la problematica maggiore attiene alla loro qualificazione alla stregua di elementi costitutivi del diritto di cronaca (e, quindi, come limiti interni) oppure di limiti esterni. La soluzione della questione non può essere indifferenziata, occorrendo piuttosto procedere ad una analisi di ciascuno dei presupposti indicati.

¹ In assenza di un soggetto passivo in qualche modo collegato all'episodio narrato non può esservi lesione della reputazione.

² La verosimiglianza non coincide con l'apparenza, che piuttosto può dar luogo alla scriminante putativa.

Per quanto concerne la rilevanza sociale del fatto, appare essenziale la ricostruzione del ruolo che tale elemento riveste nel diritto di cronaca, con la precipua finalità di comprendere se esso sia o meno un requisito che ne connoti il contenuto.

L'art. 21, comma 1 della Costituzione, nel prevedere che “*tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*” e nell'affermare la libertà di stampa, tutela la cronaca una prospettiva dinamica e relazionale, cioè come forma di manifestazione del pensiero destinata alla diffusione, sul presupposto di un favore verso la circolazione delle informazioni e delle idee in una civiltà democratica ed orientata al progresso, più che alla conservazione.

Quindi la cronaca tende a configurarsi come un diritto di informazione, e la rilevanza sociale dell'informazione serve a costruire l'identità del diritto di cronaca. Ne consegue che la pertinenza costituisce un limite interno.

Se la notizia ha una rilevanza meramente privata, si è fuori dal diritto di cronaca, perché non esiste in uno Stato liberale il diritto di diffondere qualsiasi notizia relativa a terze persone. Ciò, peraltro, non significa che le “cronache private” siano di per sé illecite³, potendosi collocare nell'area del giuridicamente indifferente o del giuridicamente non vietato, benché non protetto. Né si può negare *a priori* che la narrazione di fatti privati possa, ove ne sussistano i requisiti, rientrare nel diritto di cronaca, essendo anzi un problema frequente il suo conflitto con il diritto alla riservatezza.

Il secondo limite che viene in rilievo in ordine all'esercizio del diritto di cronaca è rappresentato dalla verità della notizia. Impropriamente molti autori e varie pronunce fanno riferimento alla verità del fatto: non di un fatto può logicamente predicarsi che sia vero o no, ma dell'affermazione operata su di esso. Ad essere vera o falsa, dunque, è la notizia, non il fatto che ne forma oggetto, di cui può dirsi solo che è o non è.

Anche la verità della notizia è palesemente un elemento costitutivo del diritto di cronaca, posto che la cronaca è descrizione della realtà, cioè di un accadimento riscontrabile *in rerum natura*. In quanto narrazione di fatti essa non può che riguardare un avvenimento che esiste o è esistito, con la conseguenza che se lo stesso viene riportato in maniera infedele si è al di fuori della cronaca, passandosi alla fantasia.

Nella recente giurisprudenza⁴ si attribuisce valore esimente anche alla verosimiglianza della notizia, essendo rilevante la diligenza dell'operato del giornalista e la sua buona fede nell'acquisire e nel raccontare la notizia. Un orientamento più rigoroso⁵ riconosce la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca nella forma putativa, quando il cronista, pur avendo realizzato tutte le verifiche necessarie con prudenza e perizia, sia stato indotto in errore non colpevole dalle sue fonti oppure da una erronea ed incolpevole percezione dei fatti.

Il terzo presupposto del diritto di cronaca è la continenza, la quale richiede un'esposizione dei fatti con una forma prudente ed adeguata, che non sia suscettibile di determinare gratuite aggressioni dell'altrui reputazione.

Poiché la continenza ha la precipua finalità di coordinare il diritto all'informazione con l'immagine e la reputazione dei soggetti coinvolti, essa non attiene all'identità del diritto, palesandosi invece come limite esterno, ontologicamente posto a tutela di altri interessi protetti. Prova ne sia che la

³ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, a quelle che sono state ribattezzate le “cronache di condominio”, mettendo in evidenza quei giornalieri e ripetuti soprusi che avvengono nelle condizioni di convivenza forzosa.

⁴ Cass. sez. V, 21 gennaio 1999.

⁵ Cass. sez. V, 26 ottobre 1988.

cronaca è astrattamente configurabile anche se i fatti siano esposti con uno stile o modalità di espressione in sé offensive.

Va inoltre rilevato che la continenza non attiene al risultato conoscitivo cui mira la cronaca, dal momento che l'esposizione condotta in forma scorretta, ma tale da non incidere sul contenuto informativo dell'atto, non pregiudica la conoscenza o la comprensione da parte dei destinatari.

A conclusioni diverse perviene la dottrina che equipara la continenza formale alla proporzionalità, configurando un dovere del cronista di non provocare una lesione dell'immagine o della reputazione non necessaria per lo scopo cui tende la notizia. Inquadrata in tal modo, la continenza diventa un limite funzionale, la cui violazione determina un abuso del diritto.

In realtà, non pare che la qualificazione della violazione di un limite come abuso del diritto possa incidere sulla sua natura giuridica. La continenza, intesa come proporzionalità, implica che tra tutte le modalità rappresentative del fatto si deve scegliere la meno invasiva possibile per la reputazione altrui. Si tratta di un classico limite esterno.

I tre limiti vanno, ovviamente, adattati al caso concreto, in coerenza con la funzione di bilanciamento degli interessi, dovendosi distinguere tra le varie tipologie di cronaca (politica, giudiziaria, mondana, sportiva, interna, estera, nazionale, locale, etc.).

La critica può essere definita come l'espressione di un giudizio o di un'opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che essa per sua natura si fonda su un'interpretazione, necessariamente soggettiva, di fatti e comportamenti.

Poiché il diritto di critica origina dalla stessa disposizione costituzionale che costituisce il fondamento del diritto di cronaca, rappresentando una forma di manifestazione del pensiero, dottrina e giurisprudenza sono orientate a ravvisarne gli stessi elementi strutturali, che però si atteggiavano diversamente:

- pertinenza, la quale postula la rilevanza della critica, tale da giustificarne l'esternazione;
- verità o verosimiglianza, che consiste nell'inerenza della critica a situazioni od oggetti effettivamente esistenti;
- continenza, che attiene alla forma ed alla motivazione.

La pertinenza è stato un requisito variamente inteso: «Pur con formulazioni divergenti ma pur sempre esprimenti un'identica fondamentale esigenza, si è ravvisato un primo e fondamentale criterio discretivo nell'«interesse sociale» del contenuto delle manifestazioni di pensiero, nella loro attinenza a «materie privilegiate» (politica, religione, arte, scienza), nella loro «funzionalità rispetto all'esercizio dei diritti costituzionalmente sanciti». Mentre da un lato si rileva la genericità e la vaghezza del concetto di interesse sociale, dall'altro si avverte la ristrettezza del criterio delle materie privilegiate e si ritiene proficuo concretare ulteriormente il primo criterio, spostando il concetto di interesse sociale dal piano sociologico a quello più strettamente giuridico per circoscriverlo agli interessi funzionali ai diritti costituzionalmente riconosciuti»⁶.

Non sembra che per il diritto di critica il requisito della rilevanza sociale possa proporsi in termini analoghi al diritto di cronaca. La critica rappresenta la più alta espressione dell'intelletto umano. L'interesse protetto, dunque, deve essere identificato con la stessa aspirazione di ciascun individuo a elaborare un'idea sul mondo in cui vive, indipendentemente dalla risonanza che l'idea può avere o dalla notorietà dell'argomento che ne forma oggetto.

⁶ MANTOVANI, *Enciclopedia del Diritto*, voce *Esercizio del diritto*, XV, 1966.

Tuttavia, non si può ammettere indiscriminatamente un diritto di critica che non sia pertinente al contesto relazionale in cui l'individuo agisce, altrimenti venendosi a riconoscere a un soggetto la possibilità sempre e comunque di esprimere giudizi negativi nei confronti di un altro soggetto.

Prevale, dunque, una tesi intermedia, per cui la rilevanza della critica va intesa in senso relativo, con riguardo al soggetto offeso ed all'origine della critica. Una critica dettata da ragioni personali non può essere diffusa in pubblico, ma in privato è lecita, perché è pertinente al rapporto che c'è tra le parti. Una manifestazione del pensiero destinata al pubblico, invece, non può essere scevra da profili di rilevanza sociale. Così delimitato, l'elemento della pertinenza appartiene allo statuto logico della critica, volto a tracciarne i confini naturali, e si configura pertanto come un limite interno.

Per quanto concerne il requisito di verità, esso non può che atteggiarsi diversamente rispetto alla cronaca. La critica consiste in un'attività di produzione intellettuale irriducibile allo schema vero/falso adottato per le proposizioni descrittive di un fatto. Essa si sostanzia nella manifestazione di un'opinione o di un giudizio, caratterizzata dall'elaborazione soggettiva di un fatto, sorretta da regole razionali. Se la critica viene assimilata ad una manifestazione di giudizio frutto di discrezionalità, essa è esente da qualsiasi giudizio di verità, giacché un'opinione può essere attendibile o meno, condivisibile o meno, giammai vera o falsa. Il predicato di verità, piuttosto, è riferibile al suo oggetto. La verità del fatto, così intesa, è un elemento di identificazione della critica, quindi un limite interno: «Costituzionalmente inammissibili limiti in funzione di verità in senso teoretico, il limite della verità in senso storico del fatto su cui si fonda la critica sembra costituire, già sul piano razionale prima ancora che su quello giuridico, una realtà invalicabile, a meno di non volere riconoscere l'esistenza di un diritto costituzionale di dire il falso»⁷.

Da ultimo, a connotare la critica vi è la contenenza, che ha contenuto più ampio rispetto a quello proprio della cronaca, riguardando non solo la forma dell'esposizione, ma anche la motivazione del giudizio.

La giurisprudenza insiste molto sul requisito della correttezza formale, quale baluardo di fronte ad aggressioni arbitrarie, in cui l'esercizio del diritto di critica è il pretesto per attacchi personali⁸. In proposito, il giudizio risente moltissimo delle circostanze del caso concreto, in particolare del contesto in cui la critica è operata, dei rapporti intercorrenti tra le parti, dei mezzi attraverso cui il pensiero è esternato.

Una protezione maggiore riceve la critica "qualificata", espressione di valori ulteriori rispetto a quello della libertà di pensiero, come la critica realizzata tramite l'opera intellettuale. Ad essa si tende a riconoscere una libertà di azione più ampia, in quanto riceve una specifica garanzia nella Costituzione, agli articoli 9 ("La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica") e 33 ("L'arte e la scienza sono libere e libere ne è l'insegnamento"), contribuendo al progresso materiale e spirituale della comunità.

A seconda dell'ambito in cui interviene la critica qualificata, è possibile distinguere tra;

- critica storica;
- critica letteraria;
- critica artistica;

⁷ MANTOVANI, *op. ult. cit.*.

⁸ Tra le tante, Cass. sez. V, n. 38348 del 2009: «Non potrebbe invece trovare applicazione la scriminante del diritto di critica quando la condotta dell'agente trasmodasse in aggressioni gratuite, non pertinenti al tema in discussione ed integranti invece l'utilizzo di argomenti ad hominem, intesi a screditare l'avversario mediante la evocazione di una sua presunta indegnità od inadeguatezza personale, piuttosto che a criticarne le azioni».

- critica scientifica.

Quanto fin qui illustrato costituisce il quadro tradizionale, ma nel terzo millennio i tempi sono maturi per una svolta.

L'elemento essenziale della critica è la motivazione, che dovrebbe rappresentare un requisito autonomo, piuttosto che un'articolazione del requisito di contenenza. La motivazione è, infatti, il pilastro della critica, quale attività consistente nella elaborazione di informazioni, come tale necessariamente sorretta da un percorso logicamente strutturato.

Perché ciò si realizzi occorre che l'enunciato rispetti:

a) la struttura dell'inferenza, in cui la conclusione è il risultato della concatenazione tra due premesse, una concernente il caso che né è l'oggetto, l'altra la regola che lo governa⁹;

b) i tre principi fondamentali della logica classica, ossia identità, non contraddizione, terzo escluso. Sono vincoli di metodo, non di contenuto. Sicché il loro sindacato non implica alcuna invasione della discrezionalità del giudizio, ma solo l'accertamento se esso abbia, in effetti, quella consistenza razionale minima per beneficiare della protezione rafforzata che l'ordinamento assicura all'esercizio della libertà di pensiero.

La rilevanza della motivazione cresce nell'ambito della critica qualificata, in particolare di quella scientifica, che postula un maggior rigore, essendo ancorata a criteri meno opinabili.

Per contro, in questo ambito viene meno la tradizionale distinzione tra critica realizzata tramite un'opera intellettuale (es. romanzo, film) e critica esercitata sull'opera intellettuale, dovendosi riconoscere a entrambe lo stesso peso. Ciò perché, diversamente da quanto accade per la critica artistica o letteraria, in cui la legittimazione dell'attività è connessa alla creatività del pensiero, quella scientifica si caratterizza per il rigore dell'enunciato, che deve assistere tanto l'elaborazione di una teoria, quanto il tentativo di confutarla o metterla in discussione.

Tutti gli elementi sin qui descritti si pongono come limiti interni del diritto di critica. Ci si chiede, allora, se esistano limiti esterni in questa materia.

In proposito, posto che la funzione del limite esterno è quella di equilibrare l'interesse sotteso al diritto esercitato con quello protetto dalla norma incriminatrice, non si può prescindere dal riferimento alla natura del reato realizzato tramite la manifestazione di un giudizio.

Nell'area dei reati contro l'onore, la reputazione, il prestigio e in generale gli attributi morali della personalità, individuale e collettiva, i limiti interni sono sufficienti a garantire la tutela degli interessi penalmente rilevanti, ammettendosi che, entro questi limiti, gli stessi siano sacrificati alla libertà di espressione, che prevale sulla dignità personale, pur garantita dalla Costituzione¹⁰.

• **La riservatezza**

Per *privacy* si intende il diritto alla riservatezza della propria vita privata, che origina dal «*the right to be let alone*», ossia «il diritto di essere lasciati in pace». Il significato nel tempo si è evoluto, arrivando ad indicare il diritto al controllo sui propri dati personali e la pretesa che i medesimi siano trattati in conformità delle regole fissate dall'ordinamento giuridico, che ne ammettono la divulgazione, sotto qualsiasi forma, solo in caso di consenso del titolare o per cause legalmente previste, in nome di interessi costituzionalmente protetti.

In entrambe le accezioni le fonti superiori del diritto sono l'art. 2 della Costituzione e l'art. 8 CEDU. A questi occorre aggiungere gli articoli 7 e 8 CDFUE, che tutelano il diritto al rispetto della

⁹ La regola non è sindacabile nel merito, purché ne sia riconosciuta la validità nel settore di appartenenza. Infatti, se si consentisse l'impiego di qualsiasi regola, anche priva di fondamento euristico, sarebbero legittimati giudizi arbitrari. Le regole, come per qualsiasi enunciato argomentativo, vanno prelevate dal sapere scientifico di riferimento.

¹⁰ Cass. sez. V, n. 38348 del 2009.

vita privata e il diritto alla protezione dei dati di carattere personale

Anche il Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al Regolamento (Ue) 2016/679, pur concentrandosi sul trattamento dei dati personali, assorbe entrambi gli aspetti.

La giurisprudenza costituzionale ha evidenziato l'unitarietà del diritto, pur nella sua duplice dimensione, e il suo collegamento con le libertà personali: *«Il diritto alla riservatezza dei dati personali è manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata (sentenza n. 366 del 1991), che attiene alla tutela della vita degli individui nei suoi molteplici aspetti. Un diritto che trova riferimenti nella Costituzione italiana (artt. 2, 14, 15 Cost.), già riconosciuto, in relazione a molteplici ambiti di disciplina, nella giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 173 del 2009, n. 372 del 2006, n. 135 del 2002, n. 81 del 1993 e n. 366 del 1991), e che incontra specifica protezione nelle varie norme europee e convenzionali evocate dal giudice rimettente. Nell'epoca attuale, esso si caratterizza particolarmente quale diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona, e si giova, a sua protezione, dei canoni elaborati in sede europea per valutare la legittimità della raccolta, del trattamento e della diffusione dei dati personali. Si tratta dei già ricordati principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in virtù dei quali deroghe e limitazioni alla tutela della riservatezza di quei dati devono operare nei limiti dello stretto necessario, essendo indispensabile identificare le misure che incidano nella minor misura possibile sul diritto fondamentale, pur contribuendo al raggiungimento dei legittimi obiettivi sottesi alla raccolta e al trattamento dei dati»*¹¹.

- **Diffamazione, riservatezza, cronaca, critica**

Quando i fatti di vita privata narrati contengano elementi negativi, la lesione della riservatezza sconfinava nell'offesa alla reputazione¹².

In tal caso il diritto di cronaca ha efficacia scriminante laddove i dati personali divulgati siano comunque di interesse pubblico.

Meno netta è la soluzione quando il fatto narrato è remoto, essendo oramai pacificamente riconosciuto il "diritto all'oblio"¹³ ai soggetti coinvolti in fatti di cronaca remoti, rispetto ai quali non si ravvisino elementi sopravvenuti che ne giustifichino un'ulteriore diffusione¹⁴.

¹¹ Corte cost. 20/2019.

¹² Cass. sez. V, n. 30369/2012: «Quando il contenuto di un articolo riferisce una situazione di fatto offensiva riconducibile alle scelte di vita privata del soggetto querelante che non ha alcun rilievo sociale (almeno nell'attribuzione del fatto a una persona ben individuata o facilmente individuabile), l'articolo in questione viola, a un tempo, la privacy della persona offesa e – attraverso tale violazione – la reputazione della stessa». Nel caso deciso, la suprema Corte ha annullato con rinvio la sentenza con cui giornalista e direttore venivano prosciolti per un articolo nel quale si dava conto della separazione in sede giudiziale con addebito a causa di una relazione omosessuale intrattenuta dal marito.

¹³ Cfr. art. 17 Regolamento UE 2016/679

¹⁴ F. BELLOMO, *Nuovo Sistema del diritto civile*, Diritto e Scienza, 2021, cap. IV, § 3.6.

Per diritto all'oblio si intende il diritto di un individuo ad essere dimenticato, o meglio, a non essere più ricordato per fatti che in passato furono oggetto di cronaca.

Tale elaborazione è nata con riguardo ai precedenti giudiziari, affermandosi il diritto del condannato alla cessazione della divulgazione della vicenda qualora il pubblico sia già stato ampiamente informato sul fatto e sia trascorso un tempo sufficiente dall'evento, tale da far scemare il pubblico interesse all'informazione per i casi meno eclatanti. Questo assunto, alla base di una corretta applicazione dei principi generali del diritto di cronaca, parte dal presupposto che, quando un determinato fatto è stato assimilato e conosciuto da un'intera comunità, cessa di essere utile per l'interesse pubblico: smette di essere oggetto di cronaca e ritorna ad essere fatto privato. In questo modo, nel momento in cui l'interesse pubblico si affievolisce, fino a scomparire del tutto, si cerca di tutelare la reputazione delle persone coinvolte nel fatto restituendo loro il diritto alla riservatezza: se la lesione personale, per i protagonisti in negativo della vicenda, è inizialmente giustificata dalla necessità di informare il pubblico, non lo è più dopo che la notizia risulta largamente acquisita. Ovviamente questo diritto difende indirettamente anche le vittime, in quanto ogni volta che un

La giurisprudenza si è pronunciata più volte, sforzandosi di delineare un modello di soluzione del conflitto: «*Il diritto all'oblio può subire una compressione solo se la diffusione dell'immagine o della notizia riguarda un soggetto con un elevato grado di notorietà nella vita pubblica, se contribuisce a un dibattito di interesse pubblico, se v'è un interesse effettivo e attuale alla sua diffusione, se la notizia è veritiera e diffusa a soli fini informativi ed è stata data preventiva informazione all'interessato per l'esercizio del diritto di replica*»¹⁵; (caso in cui la Corte ha ritenuto insussistenti tali requisiti quando la divulgazione, pur riguardando un personaggio pubblico, risponda esclusivamente a un interesse divulgativo e a finalità commerciali dell'autore).

La questione è approdata alle Sezioni Unite:

- ordinanza di rimessione: «*Il delicato assetto dei rapporti tra diritto all'oblio e diritto di cronaca o di manifestazione del pensiero assume così - alla luce del vigente quadro normativo e giurisprudenziale, nazionale ed Europeo, il primo dei quali come di recente innovato, a garanzia del generale principio della certezza del diritto - i contorni della questione di massima di particolare importanza, parendo ormai indifferibile l'individuazione di univoci criteri di riferimento che consentano agli operatori del diritto (ed ai consociati) di conoscere preventivamente i presupposti in presenza dei quali un soggetto ha diritto di chiedere che una notizia, a sé relativa, pur legittimamente diffusa in passato, non resti esposta a tempo indeterminato alla possibilità di nuova divulgazione; e, in particolare, precisare in che termini sussiste l'interesse pubblico a che vicende personali siano oggetto di (ri)pubblicazione, facendo così recedere il diritto all'oblio dell'interessato in favore del diritto di cronaca*»¹⁶;

- pronuncia delle Sezioni Unite: «*Nei rapporti tra il diritto alla riservatezza, nella specie diritto all'oblio, e il diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende passate, il giudice, fermo restando la libertà di scelte editoriali in ordine alla rievocazione dell'accaduto, deve valutare se sussiste l'interesse pubblico, concreto e attuale, alla menzione degli elementi identificativi delle persone protagoniste dei fatti medesimi. Tale menzione sarà lecita in caso di personaggi che destano nel presente interesse nella collettività, per ragioni di notorietà o ruolo pubblico investito; in caso contrario, prevale il diritto alla riservatezza, se la rievocazione ferisce la dignità e l'onore dei*

caso viene rievocato finisce per pesare di riflesso su chi lo ha dolorosamente subito nel ruolo di parte lesa (si pensi al caso delle violenze sessuali).

Un altro fattore da tenere in considerazione riguarda l'art. 27, comma 3, Cost. secondo cui «*Le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato*». Il diritto all'oblio favorirebbe, in questo senso, il reinserimento sociale dell'accusato, il suo ritorno alla società civile. Successivamente, il diritto all'oblio è stato esteso ad ogni dato sensibile, cioè pregiudizievole per la reputazione di una persona, inquadrandolo tra i diritti inviolabili, non esplicitamente nominati dalle costituzioni, ma la cui esistenza è insita nell'art. 2 Cost..

¹⁵ «Da tale quadro normativo - desumibile da un reticolo di norme nazionali (articolo 2 Cost., articolo 10 c.c., L. n. 633 del 1941, articolo 97) ed Europee (articoli 8 e 10, comma 2 CEDU, articoli 7 e 8 della Carta di Nizza - e giurisprudenziale di riferimento deve, pertanto, inferirsi che il diritto fondamentale all'oblio può subire una compressione, a favore dell'ugualmente fondamentale diritto di cronaca, solo in presenza di specifici e determinati presupposti: 1) il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; 2) l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali), da reputarsi mancante in caso di prevalenza di un interesse divulgativo o, peggio, meramente economico o commerciale del soggetto che diffonde la notizia o l'immagine; 3) l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del Paese; 4) le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera (poiché attinta da fonti affidabili, e con un diligente lavoro di ricerca), diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; 5) la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico».

¹⁶ Cass. sez. III, n. 28084/2018

soggetti protagonisti delle vicende rievocate. Questo è in sintesi quanto affermato dalle sezioni Unite della Cassazione con una importante pronuncia sul tema del diritto all'oblio. Nel caso di specie, si trattava della rievocazione di un omicidio avvenuto ventisette anni prima, il cui responsabile aveva scontato la pena detentiva, reinserendosi positivamente nel contesto sociale»¹⁷

¹⁷ Cass. sez. un., n. 19681/2019: «Come risulta dalla tracciata panoramica della giurisprudenza nazionale ed Europea e come è stato illustrato con chiarezza anche dalla dottrina, quando si parla di diritto all'oblio ci si riferisce, in realtà, ad almeno tre differenti situazioni: quella di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; quella, connessa all'uso di internet ed alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale (è il caso della sentenza n. 5525 del 2012); e quella, infine, trattata nella citata sentenza Google Spain della Corte di giustizia dell'Unione Europea, nella quale l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati.

[...]

Ai fini della soluzione del problema in esame, le Sezioni Unite ritengono di dover innanzitutto spostare la prospettiva dell'indagine rispetto all'ordinanza interlocutoria la quale, come detto, ha chiesto di indicare quale sia la linea di confine tra il diritto di cronaca e il diritto all'oblio.

La corretta premessa dalla quale bisogna muovere è che quando un giornalista pubblica di nuovo, a distanza di un lungo periodo di tempo, una notizia già pubblicata - la quale, all'epoca, rivestiva un interesse pubblico - egli non sta esercitando il diritto di cronaca, quanto il diritto alla rievocazione storica (storiografica) di quei fatti. Lo stesso termine 'diritto di cronaca', infatti, trae la propria etimologia dalla parola greca *Kpovoc*, che significa, appunto, tempo; il che vuol dire che si tratta di un diritto avente ad oggetto il racconto, con la stampa o altri mezzi di diffusione, di un qualcosa che attiene a quel tempo ed è, perciò, collegato con un determinato contesto. Ciò non esclude, naturalmente, che in relazione ad un evento del passato possano intervenire elementi nuovi tali per cui la notizia ritorni di attualità, di modo che diffonderla nel momento presente rappresenti ancora una manifestazione del diritto di cronaca (in tal senso già la citata sentenza n. 3679 del 1998); in assenza di questi elementi, però, tornare a diffondere una notizia del passato, anche se di sicura importanza in allora, costituisce esplicazione di un'attività storiografica che non può godere della stessa garanzia costituzionale che è prevista per il diritto di cronaca.

Va detto subito, per evitare fraintendimenti, che l'attività storiografica, intesa appunto come rievocazione di fatti ed eventi che hanno segnato la vita di una collettività, fa parte della storia di un popolo, ne rappresenta l'anima ed è, perciò, un'attività preziosa. Ma proprio perchè essa è 'storia', non può essere considerata 'cronaca'. Ne deriva che simile rievocazione, a meno che non riguardi personaggi che hanno rivestito o rivestono tuttora un ruolo pubblico, ovvero fatti che per il loro stesso concreto svolgersi implicano il richiamo necessario ai nomi dei protagonisti, deve svolgersi in forma anonima, perchè nessuna particolare utilità può trarre chi fruisce di quell'informazione dalla circostanza che siano individuati in modo preciso coloro i quali tali atti hanno compiuto. In altre parole, l'interesse alla conoscenza di un fatto, che costituisce manifestazione del diritto ad informare e ad essere informati e che rappresenta la spinta ideale che muove ogni ricostruzione storica, non necessariamente implica la sussistenza di un analogo interesse alla conoscenza dell'identità della singola persona che quel fatto ha compiuto. Un'altra importante precisazione è necessaria. La decisione di un quotidiano, di un settimanale o comunque di una testata giornalistica di procedere alla rievocazione storica di fatti ritenuti importanti in un determinato contesto sociale e territoriale non può essere messa in discussione in termini di opportunità. La scelta di una linea editoriale o piuttosto di un'altra rappresenta una delle forme in cui si manifesta la libertà di stampa e di informazione tutelata dalla Costituzione; per cui non può essere sindacata la decisione - tanto per fare un riferimento al caso oggi in esame - di pubblicare con cadenza settimanale, nell'arco di un certo periodo di tempo, la ricostruzione storica di una serie di fatti criminosi che hanno coinvolto e impressionato in modo particolare la vita di una collettività in un determinato periodo. Ciò che, al contrario, può e deve essere verificato dal giudice di merito è se, pacifico essendo il diritto alla ripubblicazione di una certa notizia, sussista o meno un interesse qualificato a che essa venga diffusa con riferimenti precisi alla persona che di quella vicenda fu protagonista in un passato più o meno remoto; perchè l'identificazione personale, che rivestiva un sicuro interesse pubblico nel momento in cui il fatto avvenne, potrebbe divenire irrilevante, per i destinatari dell'informazione, una volta che il tempo sia trascorso e i fatti, anche se gravi, si siano sbiaditi nella memoria collettiva. Il che significa che il diritto ad informare, che sussiste anche rispetto a fatti molto lontani, non equivale in automatico al diritto alla nuova e ripetuta diffusione dei dati personali.

E' questo, in definitiva, il costante filo rosso che tiene unita la giurisprudenza nazionale ed Europea richiamata in precedenza. Ed è questo il senso dell'affermazione, più volte rintracciabile nella citata giurisprudenza, secondo cui il trascorrere del tempo modifica l'esito del bilanciamento tra i contrapposti diritti e porta il protagonista di un fatto come quello di cui oggi si discute - che nessun diritto alla riservatezza avrebbe potuto opporre nel momento in cui il fatto avvenne - a riappropriarsi della propria storia personale. L'ormai lontana sentenza n. 1563 del 1958 conio, in relazione alla drammatica vicenda del Questore di Roma, la cupa ma felice espressione di 'diritto al segreto del disonore'. Tale espressione rappresenta in modo plastico il fatto che la notizia della quale il soggetto si riappropria potrebbe essere

In questi casi il diritto di cronaca interferisce con il diritto di critica: la narrazione di fatti del passato è strumentale alla (ri)lettura critica dell'episodio.

Un inquadramento più appropriato rispetto al binomio cronaca-critica è quello della ricerca storiografica (art. 33 Cost.), laddove l'episodio narrato assurga effettivamente a rilievo storico.

Come per la cronaca, il conflitto tra critica e riservatezza può verificarsi quando la critica riguardi fatti privati.

La differenza è che la critica può anche prescindere da una rigida applicazione dal requisito della rilevanza sociale, atteggiandosi piuttosto come pertinenza.

Potrebbe addirittura ammettersi la critica privata, cioè relativa a fatti e persone che non hanno risonanza sociale. Ancorché la giurisprudenza sia contraria a riconoscerla, poiché la critica giova al progresso della civiltà anche se non attinge una dimensione pubblica¹⁸, deve ammettersi la manifestazione di giudizi anche a sfondo puramente individuale, purché pertinenti. Così, ad esempio, mentre è del tutto gratuita un'offesa rivolta a terzi con cui non si hanno rapporti diretti, la critica mossa nei confronti di un'altra persona in relazione a fatti, situazioni, comportamenti o modi di essere che interessano direttamente anche l'autore deve essere valutata in base ai parametri scriminanti dell'esercizio del diritto.

• **I social network e le posizioni di garanzia dei gestori**

La diffamazione a mezzo internet, in particolare sui social network, integra l'ipotesi aggravata di cui all'art. 595, comma 3 c.p.¹⁹.

La circostanza aggravante è legata alla diffusività del mezzo, che si connota per la capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone, ma lascia impregiudicata la valutazione sulla latitudine con cui può essere riconosciuta efficacia scriminante alla manifestazione del pensiero in rete.

anche - e sovente ciò accade, specie quando il diritto di cronaca ha ad oggetto vicende giudiziarie, come nel caso odierno - vergognosa o comunque tale da far sorgere il legittimo desiderio del silenzio.

[...]

Ritengono, pertanto, le Sezioni Unite che debba essere ribadita la rilevanza costituzionale sia del diritto di cronaca che del diritto all'oblio; quando, però, una notizia del passato, a suo tempo diffusa nel legittimo esercizio del diritto di cronaca, venga ad essere nuovamente diffusa a distanza di un lasso di tempo significativo, sulla base di una libera scelta editoriale, l'attività svolta dal giornalista riveste un carattere storiografico; per cui il diritto dell'interessato al mantenimento dell'anonimato sulla sua identità personale è prevalente, a meno che non sussista un rinnovato interesse pubblico ai fatti ovvero il protagonista abbia ricoperto o ricopra una funzione che lo renda pubblicamente noto».

¹⁸ Attiva la dialettica, stimolando la ricerca della verità e la formazione della conoscenza.

¹⁹ Tra le tante, Cass. sez. V, n. 24212/2021: «si osserva che non vi è dubbio che il delitto di diffamazione possa essere commesso anche a mezzo di internet, con uso dei social network (Sez. 1, n. 24431 dei 28/04/2015, Rv. 264007; Sez. 5, 28 ottobre 2011 n. 44126; Sez. 5, 17 novembre 2000, n. 4741; Sez. 5, 4 aprile 2008 n. 16262, 16 luglio 2010 n. 35511) e che tale ipotesi integra l'ipotesi aggravata di cui al comma 3 della norma incriminatrice (Sez. 5, n. 4873 del 14/11/2016, dep. 2017, Manduca, Rv. 269090; Sez. 5, n. 44980 del 16/10/2012, Rv. 254044). La costante giurisprudenza di questa Corte di legittimità, peraltro, si attesta sulla riferibilità della diffamazione anche su base indiziaria, a fronte della convergenza, pluralità e precisione di dati quali il movente, l'argomento del forum su cui avviene la pubblicazione, il rapporto tra le parti, la provenienza del post dalla bacheca virtuale dell'imputato, con utilizzo del suo nickname, anche in mancanza di accertamenti circa la provenienza del post di contenuto diffamatorio dall'indirizzo IP dell'utenza telefonica intestata all'imputato medesimo. [...] Anzi, coerente con tale indirizzo interpretativo e non manifestamente illogica risulta la pronuncia impugnata, la quale attribuisce rilievo anche alle convergenti risultanze circa i contenuti dei post che riportavano fatti della vita privata della parte lesa e del coniuge di questa, conosciuti dall'imputata, proprio in considerazione dell'intima relazione che l'aveva legata al coniuge della persona offesa, come da quest'ultimo, peraltro, confermato nel corso della deposizione testimoniale. Inoltre, si osserva che è stato attribuito risalto, con motivazione non manifestamente illogica, all'avvenuto blocco dell'account dell'imputata da parte della persona offesa cui, secondo i giudici di merito, era corrisposta l'immediata cancellazione dello scritto diffamatorio dal profilo facebook dell'imputata».

Rispetto ai tradizionali mezzi di comunicazione internet gode di uno statuto di favore, legato alla circostanza che, essendo uno strumento recente, il legislatore non ha ancora varato una normativa organica e le fattispecie penali sono insuscettibili di applicazione analogica.

Accanto a questo motivo specifico, c'è uno di carattere generale, relativo alla natura intrinseca di internet. Sin dai suoi sviluppi al grande pubblico Internet si è caratterizzata come una rete fondamentalmente anarchica, cioè priva di regolamentazione effettiva ufficiale (ciascun utente può contribuire ai suoi contenuti secondo regole non sempre ben definite, chiare e omogenee). Secondo altri la Rete rappresenta invece un esempio di libertà di espressione e di democrazia globale dei tempi moderni e per questo da tutelare. Tutto ciò rappresenta di fatto un punto cruciale che secondo alcuni critici dovrà essere risolto nell'immediato o prossimo futuro. La ragione di tale condizione è da ricercare semplicemente nella natura e nelle finalità originarie di Internet come rete dati dedicata alla diffusione di documenti all'interno della comunità scientifica e delle organizzazioni e non pensata invece per scopi puramente pubblici.

Ulteriore ragione del regime libertario di cui gode la rete è nell'oggettiva difficoltà di controllo dei suoi contenuti. Su Internet viaggiano tantissime informazioni non solo immagazzinate nei siti web, ma anche con e-mail, chat, ecc. Sotto questo punto di vista Internet si caratterizza attualmente come una rete fondamentalmente ultrademocratica (dove ciascun singolo utente può veicolare informazioni di qualunque tipo ai propri scopi e spesso in maniera del tutto anonima).

Tuttavia, nessuno si è spinto fino a configurare una sorta di scriminante non codificata legata a internet, sicché agli illeciti commessi attraverso la rete – dalla diffamazione, alla violazione della *privacy* – si applica l'art. 51 c.p., nei limiti fissati dalla giurisprudenza²⁰, se pure può ravvisarsi una maggiore elasticità nel qualificare negativamente le affermazioni fatte sul web.

Lo statuto di favore si apprezza, più che con riguardo alle responsabilità commissive, con riferimento alla responsabilità per omissione.

La questione è affrontata ex professo da Cass. sez. III penale, n. 5107 del 2014.

La Suprema Corte rigetta il ricorso per cassazione proposto dal PG, confermando le assoluzioni dei manager di Google in relazione al delitto di illecito trattamento di dati personali nel caso Google vs Vividown. L'arresto giurisprudenziale costituisce un vero e proprio *leading case*: il Giudice di legittimità disegna i confini di responsabilità dell'*host provider* – i *provider* che offrono agli utenti della rete servizi di memorizzazione duratura delle proprie informazioni – non solo in relazione alle questioni in materia di tutela della *privacy*, ma, più in generale, in ordine ai reati realizzabili dagli utenti della rete avvalendosi degli strumenti offerti dal provider stesso.

Il processo scaturisce dalla pubblicazione di un filmato sull'host Google Video, che ritrae un ragazzo disabile umiliato da alcuni compagni all'interno di un edificio scolastico; nella ripresa si sentono anche frasi ingiuriose nei confronti dell'associazione Vivi Down. Per ciò che qui interessa, tre manager di Google venivano originariamente imputati per non aver impedito il delitto di diffamazione nei confronti del minore e dell'associazione (artt. 40 cpv. e 595 c.p.) e per aver trattato illecitamente dati personali attinenti alla salute del ragazzo ripreso (art. 167 d.lgs. 196/2003, codice della *privacy*).

²⁰ Cass. sez. V, n. 8898/2021: «In tema di diffamazione, nel caso di condotta realizzata attraverso “social network”, nella valutazione del requisito della continenza, ai fini del legittimo esercizio del diritto di critica, si deve tener conto non solo del tenore del linguaggio utilizzato, ma anche dell'eccentricità delle modalità di esercizio della critica, restando fermo il limite del rispetto dei valori fondamentali, che devono ritenersi sempre superati quando la persona offesa, oltre che al ludibrio della sua immagine, sia esposta al pubblico disprezzo». (Fattispecie relativa alla pubblicazione di commenti “ad hominem” umilianti e ingiustificatamente aggressivi su una bacheca facebook, pubblica “piazza virtuale” aperta al libero confronto tra gli utenti registrati).

Nel giudizio di primo grado, il Tribunale di Milano assolveva gli imputati dal delitto di diffamazione, escludendo l'esistenza di una posizione di garanzia²¹. Il Giudice ambrosiano riteneva, invece, integrato il delitto di illecito trattamento di dati personali: Google avrebbe dovuto avvisare gli uploader – chi carica i contenuti sulle piattaforme poste a disposizione dai *provider*, nel caso di specie *Google Video* – degli obblighi agli stessi imposti dalla legge, del necessario rispetto degli stessi, dei rischi che si corrono non ottemperandoli.

La Corte d'appello confermava l'assenza di una posizione di garanzia in capo all'*host provider* e annullava la condanna anche in relazione all'illecito trattamento dei dati personali. Secondo il Giudice del gravame l'art. 167, letto in combinato disposto con l'art. 13, non prevede un obbligo di informare gli *uploader* sui doveri loro incombenti, derivanti dal Codice della *privacy*; per di più, i manager di Google non tratterebbero in alcun modo i dati contenuti nei video caricati dagli utenti: il soggetto responsabile del trattamento dei dati contenuti nelle riprese diffuse tramite Google resta l'*uploader*.

Nel rigettare l'impugnazione del PG, la Suprema Corte conferma l'assenza di una posizione di garanzia in capo agli *internet service provider*, giacché nessuna disposizione prevede che vi sia in capo al provider, sia esso anche un *hosting provider*, un obbligo generale di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito da lui gestito e nessuna norma incriminatrice punisce un ipotetico obbligo dei provider di ricordare agli utenti di rispettare la legge. Il d.lgs. 70/2003 all'art. 17 esclude per l'*host provider* un generale dovere di sorveglianza sui contenuti degli uploader e all'art. 16 afferma l'irresponsabilità del provider per le condotte illecite tenute dagli utenti, qualora non ne fosse a conoscenza e se, una volta avvisato dall'autorità, abbia provveduto alla rimozione dei contenuti stessi: Un diverso regime può esistere solo per l'*host provider* 'attivo', proprio perché costui non si limita a fornire ospitalità ai video inseriti dagli utenti, ma fornisce un contributo alla determinazione del loro contenuto.

In conclusione:

- non è possibile attribuire all'*host provider* un obbligo di impedire i reati commessi dagli utenti, mancando una norma che fondi l'obbligo giuridico;
- le attività compiute dall'*host provider* sui materiali caricati dagli utenti, che non importino un intervento sul contenuto degli stessi o la loro conoscenza) non fanno venir meno le limitazioni di responsabilità previste dagli artt. 16 e 17 d.lgs. 70/2003;
- solo dal momento della conoscenza dell'illiceità dei contenuti pubblicati dagli utenti può ipotizzarsi una responsabilità del *provider* per illecito trattamento dei dati realizzata dagli *uploaders*.

L'assenza di un dovere di controllo è messa in dubbio nelle ipotesi in cui il sito internet assuma la configurazione di un vero e proprio giornale telematico, venendo in rilievo l'applicabilità dell'art. 57 c.p. La questione attiene alla possibilità di assimilare il giornale telematico alla nozione di stampa.

La giurisprudenza è orientata in senso favorevole: «*Il giornale telematico – a differenza dei diversi mezzi informatici di manifestazione del pensiero: forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, facebook – soggiace alla normativa sulla stampa, perché ontologicamente e funzionalmente è assimilabile alla pubblicazione cartacea e rientra, dunque, nella nozione di “stampa” di cui all'articolo 1 della legge 8 febbraio 1948 n. 47, con la conseguente configurabilità della*

²¹ Trib. Milano 1972/2010: «Non esiste un obbligo di legge codificato che imponga agli Internet Provider un controllo preventivo della innumerevole serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori o proprietari dei siti web, e non appare possibile ricavano aliunde superando d'un balzo il divieto di analogia in malam partem»

responsabilità ex articolo 57 del codice penale ai direttori della testata telematica»²² (da queste premesse, la Corte, nel ribadire che il giornale telematico non può sottrarsi alle garanzie e alle responsabilità previste dalla normativa sulla stampa, ha ritenuto che potesse ravvisarsi la responsabilità del direttore responsabile per il reato di omesso controllo ex articolo 57 del codice penale).

In tal senso si erano pronunciate anche le Sezioni Unite, sia pure in *bonam partem*, ossia ai fini dell'applicazione delle garanzie di cui gode la stampa «*La testata giornalistica telematica, in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale, rientra nel concetto ampio di “stampa” e soggiace alla normativa, di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l'attività d'informazione professionale diretta al pubblico. Pertanto, il giornale on line, al pari di quello cartaceo, non può essere oggetto di sequestro preventivo, eccettuati i casi tassativamente previsti dalla legge, tra i quali non è compreso il reato di diffamazione a mezzo stampa»²³.*

Assodato che per i social network l'art. 57 c.p. non è richiamabile, resta aperto il problema della responsabilità per omesso controllo, di cui oggi occorre verificare la configurabilità alla luce del Regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (*regolamento sui servizi digitali*)

Il regolamento sui servizi digitali mira a creare un ambiente online più sicuro per consumatori e le imprese e contiene norme volte a definire responsabilità chiare per le piattaforme online e i social media, introducendo un sistema di responsabilità e trasparenza per i prestatori di servizi.

Ai fini della traccia un cenno a detta normativa era un elemento di pregio, ma la sua assenza non toglie punteggio al tema.

• **Conclusioni**

È dunque configurabile la diffamazione in caso di violazione della riservatezza, quando i dati personali e i fatti intimi della persona offesa hanno una connotazione suscettibile di esporre a pregiudizio la sua reputazione. In tal caso il delitto di diffamazione può concorrere con quello di illecito trattamento dei dati personali.

Non si può escludere aprioristicamente la configurabilità della diffamazione anche nell'ipotesi in cui le informazioni divulgate siano neutre o addirittura favorevoli all'interessato: la veicolazione pubblica di elementi destinati a rimanere nella sfera privata può comportare la destrutturazione o comunque l'alterazione dell'immagine della persona e per tale via ridondare in un danno alla sua reputazione.

In concreto il cd. 'sputtanamento' può generare discredito anche laddove il fatto non sia di per sé disdicevole. In tal caso, però, più facilmente potrà ravvisarsi l'esercizio del diritto di critica: «*Il limite della continenza non può ritenersi superato per il solo fatto dell'utilizzo di termini che, pur avendo accezioni indubabilmente offensive, hanno però anche significati di mero giudizio critico negativo di cui deve tenersi conto anche alla luce del complessivo contesto in cui il termine viene utilizzato (Sez. 5, n. 37397 del 2016, in una fattispecie in cui è stato ritenuto che l'utilizzo del termine “puttaniere” in un contesto familiare, da parte di una donna nei confronti del coniuge dopo che la stessa ne aveva scoperto una convivenza “more uxorio”, non esorbita di per sé dai limiti della critica consentiti, avendo lo stesso una accezione, comune per la lingua italiana, di “donnaiolo, playboy o uomo alla ricerca di avventure passeggere”)*»²⁴.

²² Cass. sez. V, n. 1275/2019.

²³ Cass. sez. un., n. 31022/2015.

²⁴ Cass. sez. V, n. 17243/2020.

Diritto amministrativo

- **Traccia**

Regolamenti amministrativi e sindacato del giudice ordinario e amministrativo.

- **Analisi logica**

Traccia istituzionale, classica, articolata sulla sequenza sostanziale/processuale (traccia del 2° tipo, variante A), in cui la parte processuale è bipartita. Il collegamento tra la parte sostanziale e quella processuale della traccia è palese, così come la delimitazione dell'analisi dell'istituto sostanziale agli aspetti di maggior rilievo ai fini della soluzione del quesito processuale.

Con riguardo a quest'ultimo è necessario preliminarmente definire il riparto di giurisdizione e le tecniche di tutela, per poi esaminare la specifica questione inerente ai regolamenti.

Il fulcro della traccia riposa sulla dicotomia tra elemento formale e sostanziale, che caratterizza il regolamento: quale di essi prevale ai fini della tutela giurisdizionale? Come si vedrà la prevalenza del primo (con conseguente assoggettamento alla disciplina degli atti amministrativi) non è assoluta, perché il secondo riemerge laddove si ammette la disapplicazione del regolamento.

Importante, nell'indagine sui vizi di legittimità del regolamento, la violazione del diritto UE e delle relative tecniche di tutela.

Data la linearità della traccia, la trattazione segue l'ordine testuale della formulazione.

- **Definizione e inquadramento del regolamento**

I regolamenti sono atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi, come espressamente sancito dall'art. 1 delle Preleggi, che li pone tra le fonti del diritto subito dopo la legge. Le norme regolamentari possiedono, infatti, i tre caratteri propri delle norme giuridiche: generalità, astrattezza, innovatività.

L'art. 3, comma 1 delle Preleggi stabilisce che *“Il potere regolamentare del Governo è disciplinato da leggi di carattere costituzionale”*.

La disposizione può generare equivoci, ove si consideri che le norme costituzionali quasi ignorano i regolamenti governativi. Per comprenderne il significato occorre metterla a raffronto con l'art. 2 delle Preleggi, secondo cui *“La formazione delle leggi e l'emanazione degli atti del Governo avente forza di legge sono disciplinate da leggi di carattere costituzionale”*.

Dal confronto emerge come la copertura costituzionale dei regolamenti governativi riguardi solo la potestà, e non anche il procedimento di formazione.

Le norme costituzionali di riferimento sono: l'art 87, comma 5, secondo cui il Presidente della Repubblica *“Promulga le leggi ed emana i decreti avente valore di legge e i regolamenti”*, e l'art. 117, comma 6, col quale stabilisce che *“La potestà regolamentare spetta allo Stato nella materia di legislazione esclusiva...”*.

Tali norme soddisfano l'indicazione dell'art. 3, comma 1 Preleggi, al quale, peraltro, non può tecnicamente attribuirsi il valore di riserva di legge costituzionale in materia di potestà regolamentare, atteso che tale tipo di riserva può essere prevista solo da fonti costituzionali.

Il regolamento non è un atto esclusivo del Governo, essendovi abilitati il Presidente del Consiglio, i singoli Ministri, gli enti pubblici autarchici, Regioni ed enti locali, le Autorità indipendenti.

La natura bifronte – normativa e amministrativa – del regolamento ha posto dei problemi nell'individuazione della disciplina, in specie di quella contenuta nella legge n. 241 del 1990.

Non si applica l'intero capo sulla partecipazione. Infatti, l'art. 13, comma 1 stabilisce che *“Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica*

amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”.

Non si applica l'art. 3 sull'obbligo di motivazione. Inoltre le disposizioni sulla semplificazione sono incompatibili con i procedimenti di formazione dei regolamenti.

Si applicano l'art. 1 e le norme sul diritto di accesso. Si applica il capo IV-bis sul provvedimento solo in quanto compatibile. Ai fini della tutela giurisdizionale i regolamenti sono assoggettati alla disciplina dell'atto amministrativo, ma con significative peculiarità.

Nel regolamento ha luogo una combinazione tra funzione amministrativa e normativa, che ne rende difficile la qualificazione.

La tradizionale nozione formale-sostanziale dell'atto amministrativo (sono atti amministrativi quelli adottati da una P.A. nell'esercizio di una funzione amministrativa) non era idonea a comprendere il regolamento. Affermatasi la teoria funzionale-procedimentale, la non riconducibilità piena del regolamento alla categoria dell'atto amministrativo è stata affermata proprio perché la parte più importante della legge sul procedimento non si applica, precisamente tutta la parte relativa alla costruzione dell'atto, perché l'iter della formazione del regolamento è disciplinato da legge *ad hoc*.

La dottrina risolve il problema di qualificazione del regolamento denominandolo come atto amministrativo a contenuto normativo. Da qui, in modo complesso, il contemporaneo operare della riserva di legge (che disciplina il potere normativo regolando il rapporto tra le fonti) e del principio di legalità (che disciplina l'atto amministrativo, imponendogli una base legale).

L'art. 17 della legge n. 400/1988 prevede le seguenti tipologie:

- regolamenti esecutivi,
- regolamenti attuativi e integrativi;
- regolamenti liberi o indipendenti;
- regolamenti organizzativi;
- regolamenti di delegificazione.

La specificità della base legale per l'esercizio del potere regolamentare discende dalla rilevanza della fonte secondaria nella disciplina della fattispecie. Al crescere di questa cresce – in nome del principio di legalità – l'esigenza che il fondamento legale del potere regolamentare sia ben delineato. Per i regolamenti di delegificazione e per quelli indipendenti occorre, dunque, una legittimazione specifica nella fonte primaria. I regolamenti esecutivi traggono una legittimazione sufficiente dall'art. 17, comma 1 lett. a) in ragione della loro portata meramente esecutiva. I regolamenti attuativi-integrativi sono legittimati dalla legge cui devono dare attuazione. I regolamenti di organizzazione risentono dell'inquadramento caso per caso, nell'una o l'altra delle categorie appena menzionate.

In ordine, però, alla necessità di una puntualizzazione dei criteri e dei limiti della potestà regolamentare, la giurisprudenza la ritiene preferibile ma non necessaria per i regolamenti esecutivi e attuativi.

La legge 400/88 si configura dunque come legge cornice, volta a fissare gli elementi minimi della potestà regolamentare.

• **La tutela giurisdizionale**

Come anticipato, il regolamento rileva nella sua natura formale, di atto amministrativo.

Pertanto il sindacato sui regolamenti è quello proprio della giurisdizione ordinaria o amministrativa, a seconda che la posizione del privato si qualifichi come diritto soggettivo o un interesse legittimo, secondo il criterio accolto dalla Costituzione e attuato dagli articoli 2 LAC e 7 CPA.

Se la posizione del cittadino è di interesse legittimo *nulla quaestio*: la cognizione è sempre del giudice amministrativo. La cognizione spetta altresì al giudice amministrativo qualora si controverta in materie attribuite alla sua giurisdizione esclusiva, sempre che i suoi diritti soggettivi siano connessi, anche mediamente, all'esercizio del potere regolamentare.

Se la posizione del cittadino è di diritto soggettivo, poiché, secondo la teoria tradizionale, l'effettiva esistenza del potere – quand'anche illegittimamente esercitato – fa affievolire il diritto ad interesse legittimo, la cognizione è del giudice amministrativo, salvo che nei casi in cui il regolamento sia nullo ex art. 21-septies legge 241/90²⁵, oppure non operi il fenomeno dell'affievolimento²⁶. Sia pure con un percorso concettuale diverso, il risultato non cambia qualora, in luogo della teoria della degradazione, oramai superata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, si utilizzi la teoria normativa, che guarda al modo in cui la legge disciplina il potere dell'Autorità amministrativa.

In ogni caso al giudice ordinario è riconosciuto un sindacato incidentale sul regolamento, qualora essa costituisca questione pregiudiziale nella decisione di una controversia ad esso spettante.

Dal riparto di giurisdizione deriva che:

- la tutela dinanzi al giudice ordinario è disciplinata dagli articoli 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, allegato E;
- la tutela dinanzi al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo, sia pure con talune peculiarità, derivanti dall'adattamento delle regole della giurisdizione amministrativa alla natura sostanziale del regolamento.

Un problema comune è l'interesse ad agire, segnatamente se questo può nascere direttamente dall'emanazione di un regolamento. La risposta – ad onta della consolidata opinione negativa – non è affatto scontata. Se è vero che il regolamento, in quanto fonte normativa, ha carattere generale ed astratto, non è meno vero che è pure atto amministrativo, idoneo a contenere disposizioni immediatamente lesive. D'altronde che l'analisi del regolamento debba essere fatta in concreto è imposto dallo stesso principio generale in materia di fonti del diritto, che vuole la forma indipendente dal contenuto e prevalente su di esso nella qualificazione dell'atto. Se ciò è possibile per le leggi (essendo pacificamente ammissibili leggi-provvedimento), non può non esserlo per i regolamenti.

Il problema, tuttavia, si pone diversamente tra giurisdizione ordinaria e amministrativa: più facilmente l'interesse ad agire sorge già dal regolamento nella prima ipotesi, atteso che la limitazione dei diritti fondamentali (di competenza del giudice ordinario) avviene attraverso la sequenza legge-atto amministrativo (normativo e non normativo), piuttosto che attraverso quella legge-regolamento-provvedimento. Si pensi alle ipotesi di regolamenti lesivi della libertà religiosa (chiusura delle moschee) o del diritto all'autodeterminazione in materia sanitaria (limiti al fine vita).

• **La giurisdizione ordinaria**

L'art. 4 LAC stabilisce nei suoi due commi: *“Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso”*.

La disposizione si applica alle controversie su *“atti amministrativi”*, quindi anche sui regolamenti.

²⁵ Le ipotesi realisticamente configurabili sono quelle di carenza del potere regolamentare e mancanza degli elementi essenziali.

²⁶ Qualora le norme regolamentari incidano su diritti fondamentali o abbiano natura totalmente vincolata.

La norma fissa la tipologia di cognizione che il giudice ordinario può esercitare sull'atto amministrativo quando lo stesso sia fonte diretta della lesione di un diritto soggettivo, limitandola agli effetti sul diritto soggettivo. Si collega a tale prescrizione il potere di disapplicazione che l'art. 5 prevede *"In questo come in ogni altro caso"*, cioè anche caso di cui all'art. 4, dove la disapplicazione avviene a titolo principale, al fine di qualificare la condotta della pubblica amministrazione come illecita, in quanto lesiva del diritto soggettivo del privato.

I limiti posti dal comma 1 alla cognizione del giudice ordinario sull'atto amministrativo implicano altrettanti limiti al giudicato: soggettivi, essendo circoscritto alle parti; oggettivi, essendo circoscritti all'inefficacia dell'atto sul rapporto controverso.

Corollario di tali limiti è la natura relativa dell'obbligo di conformarsi della pubblica amministrazione, che si traduce non nell'automatico ritiro dell'atto, ma nell'apertura del procedimento di revisione.

Oltre all'espresso divieto di annullamento, dal combinato disposto dei due commi dell'art. 4 si ricava il divieto per il giudice ordinario di poteri costitutivi sull'attività amministrativa, con conseguente inammissibilità di pronunce che incidano sulla destinazione pubblicistica di beni e servizi o condannino la pubblica amministrazione a un fare infungibile.

Ciò è coerente con il sistema di riparto della giurisdizione, sicché uno è il giudice degli interessi legittimi e non dell'annullamento degli atti amministrativi, l'altro il giudice dei diritti soggettivi e, allorché questi siano lesi da atti amministrativi, la legge può attribuirgli il potere di annullarli. Può anzi dirsi che una tutela piena dei diritti soggettivi lesi da atti amministrativi si realizza solo in presenza di tale potere o della giurisdizione esclusiva, poiché altrimenti l'eliminazione dell'atto lesivo non sarebbe possibile né da parte del giudice ordinario (privo del potere di annullamento), né da parte del giudice amministrativo (privo di giurisdizione).

Riferendo tali regole alle controversie aventi ad oggetto regolamenti, si devono distinguere due ipotesi:

a) il regolamento è immediatamente lesivo: esso sarà disapplicato se illegittimo o dichiarato nullo se emesso in carenza di potere. Il giudice accerta il diritto soggettivo e condanna l'autorità emanante al risarcimento del danno ad esso causato dal regolamento;

b) il regolamento è mediamente lesivo, in virtù dell'adozione del provvedimento che vi da attuazione: il regolamento sarà disapplicato se illegittimo o dichiarato nullo se emesso in carenza di potere, con conseguenziale disapplicazione o dichiarazione di nullità del provvedimento attuativo. Il giudice accerta il diritto soggettivo e condanna l'autorità emanante al risarcimento del danno ad esso causato dal provvedimento attuativo.

L'art. 5 LAC prevede che *"In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi"*.

Nello stabilire che gli atti amministrativi siano applicati in quanto legittimi, si evince – *a contrario* – che il giudice ordinario è tenuto a disapplicare gli atti amministrativi se illegittimi. La natura di tale cognizione è corollario del tipo di pregiudizialità che intercorre tra l'atto e il rapporto controverso: se l'atto è un elemento della fattispecie dedotta in giudizio (pregiudizialità logica) la cognizione del giudice ordinario è principale; se l'atto è un presupposto esterno del rapporto controverso (pregiudizialità tecnica) la cognizione è incidentale.

Lo spazio della disapplicazione principale è piuttosto ridotto, per via della limitata compatibilità tra regolamento e diritto soggettivo.

La disapplicazione incidentale è più omogenea alle controversie spettanti alla giurisdizione ordinaria, dove l'incidenza dell'atto nella sfera privata è solo indiretta. Si tratta di giudizi sia tra

cittadini e pubbliche amministrazioni, sia tra privati, nei quali le parti invocano a fondamento della propria pretesa un atto amministrativo, pur non immediatamente lesivo o costitutivo del diritto soggettivo che funge da oggetto del processo, è rilevante per la definizione del giudizio, perché fissa la disciplina e le condizioni di applicabilità del rapporto giuridico controverso.

Un'ipotesi emblematica di disapplicazione incidentale nelle controversie tra privati ed enti pubblici, è quella prevista dall'art. 63, comma 1, ultimo periodo del d.lgs. n. 165/01, che attribuisce al giudice ordinario il potere di disapplicare gli atti amministrativi presupposti nelle controversie aventi ad oggetto i diritti vantati dal pubblico dipendente (si tratta degli atti di organizzazione della struttura pubblica, aventi natura di atto amministrativo generale o di regolamento di organizzazione, che possono avere effetti riflessi sul rapporto di impiego e sui relativi atti di gestione).

Altrettanto frequentemente la disapplicazione è utilizzata nelle controversie tra privati, specialmente nei confronti degli atti a contenuto normativo. È il classico caso della lite tra due proprietari confinanti, in cui il primo lamenta la violazione delle distanze fissate dal regolamento edilizio e il secondo ne eccepisce l'illegittimità. Se il giudice ordinario ravvisa la fondatezza dell'eccezione, disapplica la norma regolamentare e rigetta la domanda. Pur trattandosi di un atto normativo, la disapplicazione opera solo per il caso dedotto in giudizio e – avendo natura incidentale – non comporta neppure l'accertamento con efficacia di giudicato della sua illegittimità.

La natura incidentale della cognizione ex art. 5 è pacificamente riconosciuta anche dalla giurisprudenza.

Sulla base di tale ricostruzione deve ammettersi la più ampia sfera applicativa dell'istituto, essendo escluso qualsiasi effetto dell'accertamento al di fuori del caso deciso. È chiaro, infatti, che la cognizione incidentale del giudice ordinario sull'atto amministrativo si pone al di fuori della dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo. Ne discende che il potere di disapplicazione incidentale non trova limite né nel divieto per il giudice ordinario di conoscere l'interesse legittimo, né nell'inoppugnabilità dell'atto per il decorso del termine, e neppure – secondo parte della dottrina – nell'avvenuto annullamento da parte del giudice amministrativo.

Comune alle due figure di disapplicazione è, invece, il problema dei vizi di legittimità rilevabili dal giudice ordinario. Al riguardo prevale la tesi che non vi siano limiti, giacché l'art. 5 non distingue tra violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere, né tale distinzione trova fondamento in alcuna legge, emergendo dal sistema un'omologazione della disciplina dei tre vizi, quali singole figure dell'annullabilità dell'atto amministrativo²⁷.

Problemi peculiari comporta l'esercizio del potere di disapplicazione da parte del giudice penale, che si inquadra nella più ampia tematica del ruolo svolto dall'atto amministrativo nella fattispecie penale e postula una specifica analisi dei principi penalistici²⁸.

²⁷ Il dibattito ha visto contrapposte tre distinte tesi.

La dottrina tradizionale (S. MENICHINI, *cit.*) riteneva che il potere di disapplicazione riguardasse i soli atti viziati per incompetenza o violazione di legge e non quelli inficiati da eccesso di potere, in considerazione dell'inammissibilità di un controllo del giudice ordinario sulle valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione, controllo, invece, riservato agli organi della giurisdizione amministrativa.

Secondo una diversa opinione, di tipo mediano (P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Roma, 2002), il sindacato del G.O., in sede di disapplicazione, sarebbe limitato ai soli casi di *eccesso di potere estrinseco*, ovvero al c.d. *eccesso di potere per sviamento*, poiché non potrebbe esser considerato conforme alla legge il provvedimento emanato in forza di un potere diverso rispetto a quello attribuito dalla legge.

La terza e ultima opinione (fra gli altri, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 701 e ss.), oggi prevalente, afferma, infine, che il giudice ordinario è legittimato ad esercitare un controllo sugli atti amministrativi esteso a qualsiasi vizio di legittimità, ivi compreso l'eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, rimanendone esclusi i vizi di merito. Sul tema anche: Cass., sez. lav., 26 giugno 2006, n. 19659.

²⁸ V. F. BELLOMO, *Nuovo Sistema del diritto penale*, vol. 2, cap. III, sez. III, § 4-6. Bari, 2016, ed. Diritto e Scienza.

- **La giurisdizione amministrativa**

Per verificare l'interesse ad agire dinanzi al giudice amministrativo nei confronti di un regolamento dottrina ha elaborato la distinzione tra volizioni-azioni e volizioni preliminari.

Le volizioni-azioni si rivolgono direttamente ai privati, essendo immediatamente capaci di costituire un rapporto giuridico con essi²⁹. Per i regolamenti che rientrano in questa categoria c'è l'onere di impugnativa immediata, opera il termine di decadenza di sessanta giorni dalla pubblicazione del regolamento (se prevista per legge, altrimenti il termine decorre dalla sua comunicazione o dalla conoscenza che l'interessato comunque ne abbia). Ciò significa che se il cittadino non impugna tempestivamente il regolamento, ma attende l'adozione dell'atto applicativo, il ricorso giurisdizionale contro il regolamento sarà irricevibile per tardività, restando inammissibile quello avverso l'atto applicativo, essendo la lesione riferibile al regolamento e l'atto applicativo meramente consequenziale.

Le volizioni-preliminari non disciplinano la posizione del cittadino ma la condotta dell'Amministrazione, cioè sono regolamenti che dettano norme volte a disciplinare la potestà dell'Amministrazione. In questo caso non c'è una lesione immediata per la sfera giuridica del cittadino e l'onere di impugnazione maturerà solo con l'adozione dell'atto applicativo. L'interessato dovrà, peraltro, procedere all'impugnativa congiunta, poiché l'atto applicativo è legato da un nesso di presupposizione con il regolamento ed è affetto da illegittimità derivata, sicché solo l'accertamento del vizio originario e il conseguente annullamento del regolamento può consentire al giudice di annullare l'atto direttamente lesivo.

Qui si pone il delicato problema se, qualora l'interessato impugni il solo atto di applicazione deducendone l'invalidità derivata da un vizio di legittimità del regolamento, al giudice sia consentito di disapplicare il regolamento.

Il problema, se inserito nel più generale tema dell'ammissibilità di un potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo, trova soluzione negativa.

È opinione tutt'ora consolidata, infatti, che nella giurisdizione amministrativa di legittimità la cognizione dell'atto amministrativo possa essere esercitata soltanto in via principale e l'eventuale accertamento di illegittimità debba entrare nel giudicato, sfociando nell'annullamento dell'atto. In tal senso milita il sistema di giustizia amministrativa – in cui il tacito divieto di disapplicazione esprime la preclusione a sindacare la legittimità dell'attività amministrativa in via meramente incidentale, preclusione che pur non rispondendo a principi trascendenti ed immutabili della logica ma, piuttosto, ad esigenze di certezza del diritto (particolarmente pressanti in materie sottoposte all'interesse generale), appare granitica – non meno della previsione positiva dell'istituto della disapplicazione come di uno strumento di esclusiva pertinenza della giurisdizione ordinaria.

La recente previsione dell'azione di mero accertamento dell'illegittimità amministrativa non modifica tale conclusione, poiché essa è limitata a ipotesi tassative, quali la nullità dell'atto o la sopravvenuta inutilità di una decisione di annullamento, pur tempestivamente richiesta.

Il problema della disapplicazione dei regolamenti, tuttavia, va impostato in termini diversi rispetto ai provvedimenti.

Al riguardo occorre distinguere le diverse ipotesi di connessione tra regolamento e provvedimento amministrativo, in relazione al tipo di lesione che viene lamentata.

²⁹ Si pensi ai regolamenti che limitano le attività commerciali o quelle edilizie, che ben possono prevedere norme specifiche per una categoria circoscritta di interessati, immediatamente suscettibili di incidere sul diritto di impresa o di proprietà.

La prima ipotesi è quella in cui tra regolamento e provvedimento c'è un rapporto di presupposizione: l'atto lesivo della sfera soggettiva del privato è emanato in applicazione del regolamento. Il destinatario del provvedimento ricorre per illegittimità derivata da un vizio del regolamento, che però omette di impugnare.

La seconda ipotesi è quella in cui tra regolamento e provvedimento c'è un rapporto di pregiudizialità: l'atto lesivo della sfera soggettiva del privato è emanato in violazione del regolamento. Il destinatario del provvedimento ricorre per contrasto con il regolamento. Il controinteressato (interessato ad ottenere la reiezione del ricorso) deduce l'illegittimità del regolamento, che però omette di impugnare con ricorso incidentale.

Nella prima ipotesi la disapplicazione del regolamento viene invocata dal ricorrente a fini demolitori, nella seconda viene invocata dal resistente a fini conservativi.

La giurisprudenza amministrativa ha ammesso la disapplicazione in entrambi i casi, cioè sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento, sia quando sia conforme al presupposto atto normativo, anche quando si verte in materia di interessi legittimi.

L'orientamento che ammette la disapplicazione dei regolamenti non ritualmente impugnati risulta, in particolare, fondato sul rilievo della natura normativa del regolamento e sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore (e cioè alla legge o ad altro atto di normazione primaria).

La dottrina aderisce all'orientamento su citato senza grossi dubbi nella prima ipotesi, perché il regolamento, se illegittimo, viola la legge e l'atto esecutivo sarebbe mediatamente in contrasto con la legge e dunque la sua impugnazione autonoma già sarebbe sufficiente. Ovvio che in tanto potrà configurarsi la disapplicazione del regolamento, in quanto la lesione si sia realizzata per effetto dell'atto di applicazione e non derivi, invece, direttamente dal regolamento. Altrimenti la mancata impugnazione del regolamento preclude ogni tutela, perché consentire in tali ipotesi la disapplicazione significherebbe semplicemente neutralizzare la funzione del termine di decadenza per l'impugnazione.

La dottrina esprime, invece, perplessità nella seconda ipotesi, poiché l'atto impugnato non contrasta mediatamente con la legge ma, anzi, è ad essa conforme. La mancata impugnazione del regolamento non potrebbe essere aggirata, poiché la disapplicazione non sarebbe diretta ad accertare l'illegittimità del provvedimento.

Nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva il potere del giudice amministrativo di disapplicare atti non ritualmente impugnati è ammesso pacificamente nelle controversie relative a diritti soggettivi, sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 5 all. E.

Un'ultima ipotesi di disapplicazione del giudice amministrativo, imposta dalla generale introduzione della categoria della nullità in diritto amministrativo, sembra essere quella della nullità del regolamento. Va peraltro rilevato sin d'ora come in ipotesi di atto nullo lo strumento della disapplicazione sembra inappropriato, poiché le regole sulla nullità consentono l'accertamento diretto del vizio, purché ovviamente lo stesso sia stato dedotto in sede di impugnazione dell'atto applicativo.

• **L'illegittimità comunitaria**

La disapplicazione è lo strumento identificato dalla giurisprudenza per assicurare i principi di efficacia diretta e prevalenza del diritto comunitario.

Fu con la storica sentenza *Granital*³⁰ che la Corte Costituzionale, pur confermando l'impianto teorico che vede l'ordinamento comunitario e quello italiano come autonomi e distinti, sebbene coordinati, accolse, praticamente, l'impostazione della Corte di giustizia di escludere l'applicazione da parte del giudice ordinario delle norme nazionali incompatibili con il diritto comunitario direttamente efficace, senza necessità di una declaratoria di incostituzionalità.

Lo strumento della disapplicazione può essere utilizzato purché la fonte comunitaria sia dotata di efficacia diretta, prerogativa riconosciuta oltre che alle fonti immediatamente applicabili (Trattato e regolamenti):

- alle sentenze della Corte di Giustizia, sia interpretative, che di accertamento di un'infrazione da parte di uno Stato, se dichiarative di norme comunitarie aventi effetti diretti nell'ordinamento interno;
- alle direttive *self-executing*, le cui disposizioni siano incondizionate e sufficientemente precise, per cui i singoli possano farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato (c.d. efficacia verticale).

L'obbligo di disapplicazione, invece, non sussiste quando la controversia sia tra privati (c.d. efficacia orizzontale).

Come opera la disapplicazione?

Il giudice italiano accerta che la norma UE regola il caso sottoposto al suo esame e ne applica di conseguenza il disposto con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sovranazionale, cioè al solo sistema che governa l'atto da applicare e di esso determina la capacità produttiva. Le confliggenti statuizioni della legge interna non costituiscono ostacolo al riconoscimento della forza e valore, che il Trattato conferisce al regolamento comunitario, nel configurarlo come atto produttivo di regole immediatamente applicabili. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di abrogare od erogare alla norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale.

L'obbligo di disapplicazione di tali direttive opera anche per la PA.

In ordine alle conseguenze della disapplicazione della legge sulla validità dell'atto amministrativo, occorre distinguere tre situazioni, a seconda del rapporto esistente tra la legge e l'atto impugnato:

- a) l'atto è adottato in violazione della norma UE o della norma nazionale di attuazione;
 - b) l'atto trova fondamento in una norma nazionale contrastante con il diritto UE;
 - c) l'atto trova limite in una norma nazionale contrastante con il diritto UE.
- a) nella prima ipotesi non si pone il tema della disapplicazione della legge nazionale, poiché il parametro di legittimità è costituito direttamente dalla disposizione sovranazionale. Parte della dottrina, muovendo dalla concezione monista del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale e dalla conseguente applicazione del criterio di gerarchia, aveva ravvisato la nullità dell'atto, quale sanzione più idonea ad assicurare il primato del diritto dell'Unione europea. La giurisprudenza amministrativa, invece, si è consolidata nel senso dell'annullabilità, muovendo dall'assunto che la norma UE (o quella che ne dia attuazione) costituisce il parametro diretto di legittimità dell'atto nazionale e la sua operatività viene assoggettata al medesimo regime processuale delle altre norme facenti parte dell'ordinamento nazionale. D'altra parte la stessa Corte

³⁰ Corte Cost. n. 170 del 1984: «*esigenze fondamentali di eguaglianza e certezza giuridica postulano che le norme comunitarie, non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni paese della comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari*».

di Giustizia, nel ritenere compatibile con il diritto comunitario un regime di impugnazione con termini di decadenza anche in presenza del vizio della violazione del diritto comunitario, ha implicitamente escluso che tale vizio possa determinare la nullità del provvedimento amministrativo. Peraltro, nel sistema chiuso delle nullità codificato dall'art. 21-septies, non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario.

b) Nella seconda ipotesi deve predicarsi la nullità: sussistendo il potere-dovere del giudice nazionale di disapplicare la norma interna incompatibile, difetta la norma attributiva della potere amministrativo, configurandosi un'ipotesi riconducibile al difetto di attribuzioni.

c) Nella terza ipotesi deve predicarsi la validità dell'atto, poiché la disapplicazione della legge determina il rigetto della censura di legittimità avverso il medesimo.

Pertanto con riguardo ai regolamenti si ha che:

a) Il regolamento è adottato in violazione della norma UE o della norma nazionale di attuazione > il regolamento è illegittimo.

b) Il regolamento trova fondamento in una norma nazionale contrastante con il diritto UE > il regolamento è nullo.

c) Il regolamento trova limite in una norma nazionale contrastante con il diritto UE > il regolamento è legittimo.

Tali coordinate vanno calate nella situazione processuale:

- Se il regolamento è impugnato in via immediata, l'effetto è:

a) annullamento del regolamento;

b) dichiarazione di nullità del regolamento;

c) rigetto del ricorso.

- Se il regolamento è impugnato congiuntamente al provvedimento attuativo, l'effetto è:

a) annullamento del regolamento e annullamento derivato del provvedimento attuativo ;

b) dichiarazione nullità del regolamento e di nullità derivata del provvedimento attuativo;

c) rigetto del ricorso avverso il regolamento e il provvedimento attuativo.

- Se è impugnato il solo provvedimento attuativo, l'effetto è:

a) disapplicazione del regolamento e annullamento derivato del provvedimento attuativo;

b) disapplicazione del regolamento e dichiarazione di nullità derivata del provvedimento attuativo;

c) rigetto del ricorso avverso il provvedimento attuativo.

Diritto civile

• Traccia

Premessi cenni sul riconoscimento del debito, sulla promessa di pagamento, sulla confessione e sui relativi effetti processuali, si soffermi il candidato sull'ipotesi della simulazione di tali atti e sulla possibilità della revoca di una confessione consapevolmente non veritiera.

• Analisi logica

Traccia articolata sulla sequenza generale/particolare, in cui la parte generale propone più figure tra loro collegate (traccia del 2° tipo, variante B). Pertanto l'analisi di queste figure dev'essere essenzialmente comparativa. Il riferimento agli effetti processuali costituisce una questione complementare, atteso che anche i primi due atti hanno riflessi processuali.

La seconda parte chiede di esaminare l'istituto della simulazione con riferimento a tutte e tre le figure, ponendo un primo problema insolito: la simulazione è una categoria misurata sugli atti negoziali, sicché in riferimento alla confessione assume una valenza impropria. Altro problema è il significato che la simulazione possa avere su atti dichiarativi (e non costitutivi) del debito: il debito esiste o non esiste a prescindere dalla dichiarazione del debitore, sicché la simulazione della stessa non avrebbe alcuna incidenza sul medesimo. Ultimo problema è quello della revocabilità della confessione volutamente falsa, ipotesi non contemplata dal codice.

Dato il rilievo che in questa materia ha la giurisprudenza, la si colloca in appositi riquadri.

- **Riconoscimento del debito, promessa di pagamento, confessione**

Stabilisce l'art. 1988 c.c. che *“La promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria”*.

La dottrina prevalente e la giurisprudenza minoritaria li considerano atti giuridici in senso stretto, precisamente dichiarazioni di scienza, che costituiscono il titolo dell'obbligazione, non già la fonte. Alcuni autori assimilano detti atti al negozio di accertamento.

La giurisprudenza prevalente ritiene, in conformità all'intenzione storica del legislatore, tali atti come negozi unilaterali, in base alla definizione classica del negozio giuridico come «dichiarazione di volontà diretta alla produzione di un effetto giuridico», dove l'effetto è la presunzione relativa dell'esistenza del debito.

Il riconoscimento e la ricognizione di debito, che ai sensi dell'art. 1988 c.c. costituiscono dichiarazione unilaterale recettizia, non rappresentano una fonte autonoma di obbligazione, ma hanno soltanto un effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale.

La ricognizione di debito non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha solo effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, determinando, ex art. 1988 c.c., un'astrazione meramente processuale della *“causa debendi”*, da cui deriva una semplice *“relevatio ab onere probandi”* che dispensa il destinatario della dichiarazione dall'onere di provare quel rapporto, che si presume fino a prova contraria, ma dalla cui esistenza o validità non può prescindere sotto il profilo sostanziale, venendo, così, meno ogni effetto vincolante della ricognizione stessa ove rimanga giudizialmente provato che il rapporto suddetto non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto, ovvero che esista una condizione o un altro elemento ad esso attinente che possa comunque incidere sull'obbligazione derivante dal riconoscimento.

L'effetto giuridico che la norma di cui all'art. 1988 c. c. ricollega alla promessa unilaterale di pagamento, sia essa pura o titolata, è conseguenza dell'astrazione processuale della causa debendi, con la conseguenza che il promissario, agendo in giudizio per l'adempimento dell'obbligazione, ha soltanto l'onere di provare la promessa unilaterale di pagamento e non anche l'esistenza del rapporto giuridico che sta a fondamento della promessa stessa e di cui l'obbligazione, assunta nel contenuto della dichiarazione negoziale unilaterale, è elemento strutturale; è stabilita, cioè, a favore del promissario una *relevatio ab onere probandi*, restando invece totalmente a carico del promittente l'onere di provare l'inesistenza, l'invalidità o l'estinzione del rapporto fondamentale, sia questo menzionato o meno nella promessa unilaterale di pagamento. A tal fine non è sufficiente che lo stesso alleghi e dimostri che *“altro”* rapporto fondamentale è stato estinto, dovendo viceversa provare l'identità tra tale rapporto e quello presunto per effetto della ricognizione di debito, non bastando una mera *“compatibilità”* astratta tra i due titoli).

Secondo l'orientamento prevalente i due atti sono sostanzialmente assimilabili, distinguendosi per la diversa formulazione della volontà: l'una diretta a riconoscere l'obbligo, l'altra diretta a prometterne l'adempimento. Ma l'effetto sarebbe identico.

Non manca chi, tuttavia, distingue, sul postulato che solo la promessa appartiene al novero dei negozi unilaterali, come si evince dall'art. 1987 c.c., che appunto si riferisce alle promesse.

La ricognizione di debito e la promessa di pagamento, pur non avendo natura giuridica di confessione, consistendo la prima in una dichiarazione di scienza e la seconda in una dichiarazione di volontà, devono comunque provenire da soggetto legittimato dal punto di vista sostanziale a disporre del patrimonio su cui incide l'obbligazione dichiarata; ne consegue che, con riferimento ad un ente collettivo, non può aversi una promessa unilaterale proveniente da persona non munita dei relativi poteri rappresentativi.

Entrambe le dichiarazioni possono essere pure (senza nulla aggiungere) o titolate (indicando il rapporto fondamentale).

Le dichiarazioni pure non incontrano limiti per quanto attiene alla prova contraria.

Quando, però, la pretesa creditoria si fonda su una promessa di pagamento o su una dichiarazione ricognitiva di debito, in cui la causa non venga neppure enunciata, come il promittente, allo scopo di superare la presunzione di esistenza del rapporto sottostante (art. 1988 c.c.), non incontra alcun limite probatorio, e può provare con testimoni l'inesistenza o l'estinzione del rapporto giuridico assunto a causa della promessa, così il destinatario della promessa medesima può contrastare con qualsiasi mezzo istruttorio i risultati della prova prevista dalla controparte, e, quindi, far ricorso alla prova per testimoni contraria, anche se essa abbia ad oggetto un contratto per cui sia richiesta la forma scritta ad probationem (nella specie, trasferimento di azienda), quale fonte dell'obbligazione cui la deliberazione si riferisce, tenuto conto che, in questa situazione, il contratto stesso viene dedotto solo per esigenze difensive, quale mezzo al fine di consentire alla promessa di pagamento di spiegare i suoi effetti.

Si discute dell'applicabilità a tali atti dell'art. 2698 (*Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto*), in virtù dell'art. 1324 c.c.

gli effetti processuali in tema di prova ex art. 1988 c.c., con la presunzione relativa ivi espressamente prevista dal legislatore, in deroga alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c., non appaiono riconducibili alle norme disciplinanti i contratti, testualmente menzionate dall'art. 1324, peraltro con i limiti di compatibilità dallo stesso anche previsti, compatibilità invero difficilmente ravvisabile rispetto ai patti di cui all'art. 2698 c.c., la nozione dei quali sottende come presupposto indefettibile l'incontro di volontà manifestate da più parti, a differenza perciò degli atti unilaterali, per i quali invece la stessa legge ricollega determinate conseguenze, ipso jure. Diversa è altresì la ratio dell'art. 2698, evidentemente individuabile nella maggior tutela apprestata dal legislatore a favore del contraente più debole, specie in relazione a diritti di regola indisponibili);

La confessione è “*la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte*” (art. 2730 c.c.)

La confessione giudiziale forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili (art. 2733 c.c.). La confessione stragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale, se è fatta a un terzo o se è contenuta in un testamento, è liberamente apprezzata dal giudice; essa non può provarsi per testimoni se verte su un oggetto per il quale la prova testimoniale non è ammessa dalla legge (art. 2735 c.c.)

La confessione giudiziale o quella stragiudiziale fatta alla parte che sia provata, hanno efficacia vincolante sia nei confronti della parte che l'ha resa (alla quale non è riconosciuta alcuna facoltà di prova contraria), sia nei confronti del giudice, che, a sua volta, non può valutare liberamente la prova, né accertare diversamente il fatto confessato.

La distinzione rispetto alla promessa di pagamento o alla ricognizione di un debito in astratto è chiaro: questi ultimi sono dichiarazioni di volontà, aventi per oggetto rapporti giuridici, che producono un effetto processuale semi-vincolante, mentre la confessione è una nuda dichiarazione di scienza, avente per oggetto fatti, che ha un diretto effetto processuale, essendo tipicamente volta a preconstituire un mezzo di prova.

Pertanto, mentre nel riconoscimento e nella promessa è necessaria la volontà dell'effetto giuridico (norma-potere-effetto), nella confessione è sufficiente la volontà dell'atto (norma-fatto-effetto).

La distinzione, tuttavia, non è agevole nelle ipotesi di promessa o ricognizione titolati, atteso che tali atti, facendo riferimento alla fonte del rapporto, avrebbe natura confessoria.

Ora dal momento che il regime giuridico degli istituti è molto diverso (infatti la confessione non può essere impugnata che per errore di fatto o violenza, e quindi non si può fornire la prova contraria che il debito non esisteva, a differenza di quanto avviene per la promessa di pagamento e la ricognizione di debito), ne consegue che, se si accoglie questa tesi, la disciplina della ricognizione o della promessa pure sarà quella dell'art. 1988, mentre quella della ricognizione o promessa titolate sarà quella della confessione.

Si tratta di un'interpretazione incongrua, tanto più che la norma non distingue tra atti semplici e titolati.

Altra parte della dottrina ritiene che la confessione ha contenuto narrativo, mentre nella ricognizione di debito e nella promessa di pagamento si operano qualificazioni giuridiche e vi è un'identificazione formale della pretesa.

Esemplificando:

- *ricosco che ti sono debitore di 1000* > ricognizione pura
- *ricosco che ti sono debitore di 1000 a titolo di mutuo* > ricognizione titolata
- *ricosco che tu mi hai dato 1000* > confessione

La ragione della differenziazione degli istituti è in ciò: un giudizio di diritto, quale la ricognizione di debito titolata, non darebbe la stessa sicurezza della verità che può dare la semplice ammissione di un fatto come la confessione; ed è per questo che il legislatore avrebbe concesso la prova dell'inesistenza del debito nel primo caso e non l'avrebbe concessa nel secondo.

La ricognizione di debito titolata non può avere mai valore di confessione, trattandosi di istituti differenti, in quanto se la prima - avendo per oggetto, rapporti giuridici, oppure opinioni o valutazioni - comporta la presunzione, fino a prova contraria, dell'esistenza (e validità) del rapporto fondamentale, la seconda, invece, ha per oggetto fatti sfavorevoli al dichiarante e

favorevoli all'altra parte.

La promessa di pagamento, al pari della ricognizione di debito, comporta la presunzione fino a prova contraria del rapporto fondamentale, differenziandosi dalla confessione, che ha per oggetto l'ammissione di fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli all'altra parte; ne consegue che una promessa di pagamento, ancorché titolata, non ha natura confessoria, sicché il promittente può dimostrare l'inesistenza della causa e la nullità della stessa promessa, e che le particolari limitazioni di prova, poste per la confessione dall'art. 2732 c.c., possono trovare applicazione soltanto ove, nello stesso documento, coesistano una promessa di pagamento (o una ricognizione di un debito) e la confessione.

Vi è peraltro l'ipotesi di una coesistenza di ricognizione e confessione

Non si può escludere che, nell'ambito dello stesso documento, una promessa di pagamento (o una ricognizione di debito) coesista con una confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale, e qualora ciò risulti, poiché la confessione (in ipotesi concernente l'esistenza del credito) ha valore di prova legale, sarà preclusa la prova contraria ai sensi dell'art. 1988 c.c. (sull'inesistenza o sull'estinzione della prestazione é

Quanto, poi, alla portata dell'art. 1988 c.c., va precisato (cfr. anche Cass. civ. n. 23246 del 5/10/2017) che la promessa di pagamento, anche se titolata, diverge dalla confessione, in quanto, mentre la prima consiste in una dichiarazione di volontà intesa ad impegnare il promittente all'adempimento della prestazione oggetto della promessa medesima, la seconda consiste nella dichiarazione di fatti sfavorevoli al dichiarante ed ha, perciò, il contenuto di una dichiarazione di scienza. È tuttavia possibile che, nel contesto di un unico documento, accanto alla volontà diretta alla promessa, coesista una confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale la quale, avendo valore di prova legale -circa l'esistenza del credito- preclude la prova contraria ex art. 1988 c.c., salvo eventuale revoca della confessione per errore di fatto o violenza (parimenti, secondo Cass. III civ. n. 13689 del 31/07/2012, una promessa di pagamento, ancorché titolata, non ha natura confessoria, sicché il promittente può dimostrare l'inesistenza della causa e la nullità della stessa promessa, e che le particolari limitazioni di prova, poste per la confessione dall'art. 2732 c.c., possono trovare applicazione soltanto ove, nello stesso documento, coesistano una promessa di pagamento o una ricognizione di un debito e la confessione. Conforme Cass. III civ. n. 12285 del 5/7/2004.

• Simulazione

Nel linguaggio comune la simulazione contrassegna un comportamento con il quale si tenta di far apparire come vera una situazione che tale non è³¹.

³¹ I motivi per cui le parti possono simulare una realtà diversa possono essere i più disparati, ma il più frequente è la frode ai terzi, in specie creditori, tramite finti decrementi del patrimonio. Gli esempi forniti dalla pratica giudiziaria sono molteplici: datio in solutum; finta costituzione d'ipoteca, di usufrutto, di superficie; contratto di locazione con pagamento anticipato per lungo tempo; finto deposito presso il debitore di cose a lui spettanti ma che figurano di proprietà di altri; confessione giudiziale o ricognizione di debito inesistente; alienazione di beni a titolo gratuito. La simulazione è molto frequente anche in ambito fiscale, con finalità elusive d'imposta.

In assenza di una definizione legale, può dirsi che essa è un fenomeno di apparenza negoziale, quando le parti pongono in essere dichiarazioni deliberatamente non corrispondenti alla propria reale volontà³².

Al fine di rendere intellegibile il fenomeno simulatorio, la dottrina ha elaborato alcune classificazioni, costruite su tre antinomie:

- assoluto/relativo;
- totale/parziale,
- oggettivo/soggettivo.

La simulazione è assoluta quando le parti non hanno voluto concludere alcun contratto, limitandosi a fingere di averlo concluso. La simulazione assoluta è dunque caratterizzata da una volontà negativa (non assumere un vincolo contrattuale), il che pone il problema della sorte del contratto simulato. La simulazione è relativa, quando le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente (art. 1414, comma 2 c.c.). In tale ipotesi esiste una volontà positiva, che sorregge il contratto dissimulato.

La simulazione è totale quando il contratto è stato simulato per intero, parziale quando è simulato limitatamente ad alcuni elementi.

La simulazione è oggettiva quando l'apparenza investe gli elementi oggettivi del contratto, soggettiva quando l'apparenza investe le parti del contratto, dando luogo al fenomeno dell'interposizione fittizia di persona.

Naturalmente queste qualifiche possono combinarsi, avendosi una simulazione relativa totale (contratto apparente e contratto dissimulato sono completamente differenti) o parziale (contratto apparente e contratto dissimulato sono differenti per alcuni aspetti); una simulazione relativa oggettiva o soggettiva. Il classico esempio del contratto di vendita o di locazione con il prezzo inferiore a quello reale è un caso di simulazione relativa parziale e oggettiva.

La simulazione oggettiva assoluta è composta da negozio simulato e accordo simulatorio; in quella relativa si aggiunge il negozio dissimulato.

L'art. 1414 c.c. regola gli effetti tra le parti:

“Il contratto simulato non produce effetto tra le parti.

Se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma”.

L'art. 1415 c.c. regola gli effetti rispetto ai terzi:

“La simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione.

I terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti”.

Il legislatore qualifica il contratto simulato come inefficace (1414, comma 1) non già nullo. Il fondamento della simulazione risiede nella volontà delle parti – che il codice riconosce – di creare un negozio che non corrisponde al rapporto giuridico contrattuale realmente intercorrente tra loro. La volontà c'è, ma è la volontà dell'apparenza, ragion per cui il negozio è inefficace tra le parti ed efficace nei confronti dei terzi, ma solo se non reca ad essi pregiudizio (1415, comma 2).

³² La dissonanza è tra la dichiarazione esterna e quella interna, nota anche come controdeklarazione. Scopo della simulazione è quello di creare, in conformità dell'interesse dei simulanti, una situazione giuridica apparente che sia diversa da quella reale.

Per converso il negozio dissimulato è quello reale, voluto tra le parti, che pertanto produce effetto tra di loro (1414, comma 2).

Negli atti unilaterali non si ha simulazione, perché questa richiede il concorso di più parti e non ha importanza, agli effetti giuridici, la semplice conoscenza che abbia l'altra parte del carattere apparente di un atto. Ciò vale anche negli atti unilaterali recettizi, dove ai fini della produzione degli effetti occorre la percezione o la ricezione del destinatario, poiché questi non sono elementi integranti della dichiarazione di volontà, e il destinatario non partecipa alla formazione dell'atto, che resta proprio dell'autore. Diverso è però il caso in cui tra destinatario e dichiarante esiste un accordo, diretto a simulare l'atto. La legge ha così esteso le regole della simulazione dei contratti alla simulazione del negozio unilaterale recettizio: "*Le precedenti disposizioni si applicano anche agli atti unilaterali destinati a una persona determinata, che siano simulati per accordo tra il dichiarante e il destinatario*" (art. 1414, comma 3 c.c.).

Poiché il riconoscimento del debito, promessa di pagamento e confessione sono atti recettizi ad essi sarebbe applicabile la disciplina della simulazione, allorché la dichiarazione del debitore sia concordata con il creditore. È dubbio che la confessione possa essere oggetto di simulazione in senso tecnico, trattandosi di atto avente natura probatoria.

Prima di considerare questo problema, è opportuno esaminare simulazione del riconoscimento del debito e della promessa di pagamento.

La ricostruzione del significato della simulazione (assoluta, cui si riferisce la traccia³³) di atti ricognitivi non è intuitiva, poiché sia che il debito esista, sia che non esista, la simulazione è priva di effetti sostanziali, poiché l'atto simulato non può valere a costituire il rapporto obbligatorio. Simulare il riconoscimento del debito o la promessa di pagamento significa creare l'apparenza del debito, ma:

- a) se il debito esiste, la prova della simulazione non lo fa venir meno³⁴;
- b) se il debito non esiste, non serve provare la simulazione per accertarlo³⁵.

Tuttavia un effetto si apprezza sul piano probatorio:

- a) se il debito esiste, la prova della simulazione obbliga chi vuole farlo valere a documentare il fatto costitutivo, non potendo egli avvalersi dell'atto ricognitivo;
- b) se il debito non esiste, chi vuole contestarlo deve provare la simulazione, altrimenti è gravato dall'onere di provare l'inesistenza del debito.

Qui si coglie la differenza con la confessione: la finta ammissione di fatti sfavorevoli, concordata con il destinatario della dichiarazione, non può essere contestata in giudizio dall'autore, atteso che l'art. 2732 c.c. dispone: "*La confessione non può essere revocata se non si prova che è stata determinata da errore di fatto o da violenza*".

Il riferimento a tale disposizione, tuttavia, non è sufficiente.

Preliminarmente occorre accertare se alla confessione si applichi la disciplina della simulazione, poiché, in caso negativo, il problema non si porrebbe neppure, essendo la finta confessione regolata esclusivamente dall'art. 2732 c.c. In caso affermativo, avendo luogo un concorso di norme, si tratta di stabilire se l'art. 2732 c.c. prevale e in che ambito.

³³ La traccia non può riferirsi alla simulazione relativa, poiché in tal caso avrebbe dovuto chiarire quale fosse l'atto dissimulato; inoltre la simulazione relativa non è logicamente configurabile rispetto alla confessione.

³⁴ In questo caso la simulazione crea un'apparenza conforme a realtà, sicché la prova della simulazione non ha alcuna incidenza sul rapporto giuridico.

³⁵ In questo caso la simulazione crea un'apparenza contraria a realtà, la quale può essere dimostrata anche senza dimostrare la simulazione.

- **Revoca della confessione consapevolmente non veritiera**

La irrevocabilità della confessione³⁶, stabilita dall'art. 2732, è conseguenza della sua natura di dichiarazione di pura scienza: come tutte le prove, una volta resa non può perdere la propria forza giuridica. Da ciò deriva anche la limitazione apportata con la seconda parte dell'articolo in esame: se vi fu errore di fatto, mancò la scienza; se vi fu violenza fisica, mancò la dichiarazione (*vis absoluta*), se vi fu violenza morale mancò la corrispondenza fra dichiarazione e scienza (*vis compulsiva*).

La giurisprudenza prevalente ritiene applicabile la disciplina della simulazione, ma solo parzialmente. Diverse pronunce riguardano la quietanza, ossia la ricevuta di pagamento che il creditore rilascia al debitore, che è un atto avente valore di confessione stragiudiziale.

Cass. sez. VI n. 13234/2017

Il condominio, non partecipe ed ignaro dell'accordo simulatorio intervenuto tra un condomino e l'ex amministratore, ove deduca la simulazione delle quietanze relative all'avvenuto pagamento degli oneri condominiali è da considerarsi "terzo" rispetto a quell'accordo, con la conseguenza che può fornire la prova della simulazione "senza limiti", ai sensi dell'art. 1417 c.c., e, quindi, sia a mezzo di testimoni, sia tramite presunzioni, dovendosi inoltre escludere che, in dipendenza della natura di confessione stragiudiziale della quietanza, possano valere, riguardo alla sua posizione, i limiti di impugnativa della confessione stabiliti dall'art. 2732 c.c., che trovano applicazione esclusivamente nei rapporti fra il mandatario ed il preteso simulato acquirente.

In altri termini secondo la suprema Corte la disciplina della simulazione è astrattamente applicabile alla confessione concordata, ma nei rapporti tra le parti prevale l'art. 2732 c.c. siccome norma speciale: se la dichiarazione è volutamente difforme dalla verità, per definizione non ricorre né l'errore, né la violenza, sicché la confessione non è revocabile.

La giurisprudenza non si sofferma sulle ragioni di applicabilità della simulazione alla confessione, sicché può ritenersi che operi il generale orientamento che ritiene applicabile l'art. 1324 c.c. anche agli atti unilaterali non aventi natura negoziale, con conseguente estensione di tale principio all'art. 1414, comma 3 c.c.

L'argomentazione non persuade: il fenomeno simulatorio è forgiato a misura degli atti di autonomia privata, laddove l'autore (o gli autori) dichiarino una volontà per produrre l'effetto giuridico e l'ordinamento disponga proprio questo effetto. Alla confessione come dichiarazione di pura scienza, dunque, non è applicabile la simulazione.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui la falsa confessione sia concordata con il destinatario, la confessione cessa di essere manifestazione di scienza, trattandosi di una dichiarazione di volontà, con conseguente applicabilità della disciplina della simulazione.

Così opinando, però, sarebbe arduo giustificare il limite posto dall'art. 2732 c.c. all'impugnazione della confessione da parte dell'autore, nei confronti del destinatario, che ha pattuito con lui (magari dietro compenso) la confessione.

Comunque, ancorché la prova della simulazione tra le parti sia impedita dall'art. 2732 c.c., l'autore della finta confessione potrebbe difendersi in giudizio provando una confessione contraria.

³⁶ L'espressione è impropria: la confessione non è negozio unilaterale, di cui si possa predicare la revocabilità. Il termine, piuttosto, sta a indicare la contestazione o impugnazione giudiziale.

Cass. sez. VI n. 1928 3/2022

La quietanza, quale dichiarazione di scienza del creditore assimilabile alla confessione stragiudiziale del ricevuto pagamento, può essere superata dall'opposta confessione giudiziale del debitore, che ammetta, nell'interrogatorio formale, di non aver corrisposto la somma quietanzata, dal momento che l'art. 2726 c.c. limita, quanto al fatto del pagamento, la prova per testimoni e per presunzioni, non anche la prova per confessione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto la quietanza di pagamento superata dalla confessione del debitore convenuto, tratta dalla mancata risposta all'interrogatorio formale, in applicazione dell'art. 232 c.p.c.).

Da osservare che, qualora si fosse trattato di provare la simulazione di un contratto sottoposto a forma scritta, la confessione sarebbe stata inammissibile, potendosi la simulazione provare solo per iscritto, tramite la c.d. contro-dichiarazione.

Nei casi giurisprudenziali sopra citati, relativi alla quietanza, l'autore della finta confessione è il creditore, che dichiara di aver ricevuto il pagamento del debito. Non sono, dunque, ipotesi assimilabili al riconoscimento del debito. Tuttavia i principi giurisprudenziali sono esportabili anche all'ipotesi in cui la finta confessione è fatta dal debitore.

Nella prassi delle frodi alle assicurazioni si verifica spesso che, in occasione di un incidente, uno dei conducenti dichiara di aver tenuto un comportamento (in violazione del codice della strada) al fine di far ottenere all'altro il risarcimento dei danni.

Nel giudizio attivato dal destinatario della confessione l'assicurazione – che è terza – potrà sempre provare la falsità della confessione, secondo le norme sulla simulazione.

L'autore della confessione, invece, non potrà eccepire nei confronti del destinatario la simulazione della dichiarazione confessoria (in virtù del citato art. 2732 c.c.), e potrà difendersi solo facendo valere a sua volta una contro-confessione.

• **Conclusioni**

I quesiti non erano semplici (come dimostrano gli svarioni in giro nel web), anche perché attengono a istituti che non rientrano nel programma di studio ordinario: ancorché tutti menzionati nel codice civile, la confessione è un mezzo di prova, che fa parte del programma di diritto processuale civile. Tuttavia non si pretendeva dal candidato una soluzione conforme alla giurisprudenza (che, peraltro, lascia spazio a ricostruzioni alternative), ma un ragionamento logicamente congruo, fondato sulle disposizioni indicate, che erano agevolmente rintracciabili.

Considerazioni sul concorso

L'ultima traccia ha creato selezione, ma anche la prima conteneva delle insidie.

La trattazione dell'argomento di penale tre giorni prima del concorso non è un fenomeno isolato, essendosi verificata già diverse volte negli anni precedenti. L'apparente eccezionalità del fatto si spiega alla luce, da un lato, della perdurante tendenza dei commissari a privilegiare gli argomenti che conoscono meglio, dall'altro dalla completezza e precisione nello studio della commissione. Non ha fondamento razionale tenere lezioni sugli argomenti probabili quando la commissione è stata nominata da poco e non c'è tempo di approfondirne lo studio (oltre che per la concreta possibilità che successivamente cambino i componenti), ma occorre collocarla il più vicino possibile all'inizio delle prove, con benefici anche per la memoria. Questo vantaggio competitivo si aggiunge a quelli che derivano dal metodo scientifico di preparazione.

Di seguito l'analisi comparata delle *performance* della Scuola e del Resto d'Italia in tutti i concorsi degli ultimi dieci anni, calcolata in base al rapporto tra vincitori e partecipanti, che è l'unico dato in grado di spiegare l'incidenza dell'insegnamento sul risultato degli studenti.

Magistratura	Diritto e Scienza	Resto d'Italia	Podio
2011	15,5%	6,2%	2°
2012	18,58%	8,5%	2°
2014	20%	4,32%	1°
2015	20,87%	5,64%	1°
2016	18,10%	5,5%	3°
2017	22,32%	5,29%	/
2018	20,46%	5,52%	/
2019	19,04%	4,03%	3°
2021	26,61%	3,28%	1°
2022	23%	9,27%	/
Procuratore Stato	Diritto e Scienza	Resto d'Italia	Podio
2015	15,6%	3,1%	3°
2017	15%	4,9%	2°
2019	12,5%	3,6%	1°
2021	15%	5,1%	/
Tar	Diritto e Scienza	Resto d'Italia	Podio
2018	24%	6%	1° - 2° - 3°
2019	22,7%	6,9%	3°
2021	28,1%	14,3%	/

<i>Avvocato Stato</i>	Diritto e Scienza	Resto d'Italia	Podio
2018	27,8%	9,5%	1°
2021	30%	14%	/
<i>Consiglio di Stato</i>	Diritto e Scienza	Resto d'Italia	Podio
2022	25%	7%	2°
2023	50%	10%	1° - 2°

A causa della sospensione del corso nel 2019-2020 e al ridotto numero di iscrizioni nel 2020-2022 i partecipanti della Scuola erano in numero inferiore al passato e questo influirà negativamente sul numero assoluto dei vincitori.

Ma le percentuali di successo resteranno molto alte.