

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME VI – ANNO 2017



CAMERINO

2017

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME VI – ANNO 2017

CAMERINO

2017

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Prof. Ignacio De Cuevillas Matozzi, Prof. Manuel Ignacio Feliu Rey, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Fabian Klinck, Prof. Rolf Knütel, Prof. Luigi Labruna, Prof. Franco Modugno, Prof. Pietro Perlingieri, Prof. Ingo Reichard

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Agostina Latino, Marta Cerioni,
Antonella Merli, Maria Paola Mantovani

SEGRETERIA

Dott. Gian Marco Quacquareni
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Camerino
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19
I - 62032 Camerino (MC)
e-mail: redazione.afg@unicam.it

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino

INDICE SOMMARIO

STUDI

- 1** MARTA CERIONI, *Anticorruzione, trasparenza e Costituzione. Verso un legal personal scanner?*
- 27** MARIA CRISTINA DE CICCO, *O «novo» perfil do direito à identidade pessoal: o direito à diversidade*
- 51** MARIA PAOLA MANTOVANI, *La tutela dei segni distintivi in internet*
- 71** BARBARA FENNI, *La gestione delle macerie prodotte dal sisma, tra esigenze di recupero e rischi sanitari*
- 91** GLORIA MANCINI PALAMONI, *La governance dell'emergenza causata dalla sequenza sismica di Amatrice, Norcia, Visso: il principio di unitarietà e i dubbi sull'efficienza del modello commissariale*
- 117** TIZIANA CROCE, *From Bitcoin to the Internet of Things: the role of the Blockchain*
- 135** MARIA PIA GASPERINI, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*
- 163** FELICE MERCOGLIANO, *Genovesi, la 'Diceosina' e la legislazione matrimoniale augustea. Brevi note e riflessioni, con una considerazione romanistica*
- 175** FERNANDO NETTO BOITEUX, *Direito à verdade na atividade empresarial: uma perspectiva constitucional*

- 191** NELSON D. MARCIONNI, *La construcción del Derecho a la Verdad: el caso de la República Argentina*
- 205** UMBERTO CELLI, *Il Diritto alla Verità nell'ottica del Diritto Internazionale: il caso brasiliano*
- 217** ALESSANDRO HIRATA, *Entnazifizierung: tra la memoria e l'oblio dell'ideologia nazionalsocialista*
- 227** ELZA ANTONIA PEREIRA CUNHA BOITEUX, *Veracidade e mentira no contexto democrático*
- 243** CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA, *La dinamicità del diritto all'oblio e il pericolo della sua non flessibilità secondo l'orientamento del Supremo Tribunale Federale brasiliano*
- 259** MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, *Direito ao esquecimento – posicionamento jurisprudencial brasileiro*
- 275** MONICA HERMAN CAGGIANO, *Transparência. Elemento estruturante das democracias*
- 287** EVANI ZAMBON MARQUES DA SILVA, *A indevida exposição da criança ao mundo virtual*

MARTA CERIONI*

*Anticorruzione, trasparenza e Costituzione. Verso un legal personal scanner?***

Sommario: 1. La corruzione e la trasparenza. Nuove definizioni nell'ordinamento per arginare un problema antico – 2. I fondamenti della normativa anticorruzione: una valorizzazione dei cinque pilastri dell'etica pubblica in Costituzione – 3. Esame di due tendenze normative – 3.1. Le dichiarazioni pubbliche di interessi dei professionisti del Sistema Sanitario Nazionale – 3.2. La regolamentazione delle attività di rappresentanza degli interessi – 4. Alcune considerazioni conclusive per la rivalorizzazione dell'etica pubblica come canone trasversale

1. *La corruzione e la trasparenza. Nuove definizioni nell'ordinamento per arginare un problema antico*

Già dal secondo dopoguerra, i giuristi avevano contezza dello iato esistente tra le leggi scritte e il malcostume dei cittadini chiamati ad osservarle e a “farle vivere” attraverso la propria condotta: «le leggi dispongono, e gli uomini agiscono: perché anche la migliore delle leggi può determinare il peggiore dei sistemi, quando non soccorrano il senso di responsabilità, la capacità e la prudenza [...] degli uomini chiamati ad applicarle»¹.

Tuttavia, la presenza della piaga della corruzione era già percepita nelle civiltà greche e romane antiche. Si pensi ad Isocrate che sosteneva che «non dai decreti, ma dai sani costumi vengono bene governate le città»² o ad Orazio che amava ripetere «A cosa servono le

* *Assegnista di ricerca di Diritto pubblico presso l'Università Politecnica delle Marche. Docente a contratto di Diritto delle Istituzioni pubbliche.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹ Così si esprimeva V. CRISAFULLI nell'articolo *Partiti, ministri e Governo* pubblicato su *Il Messaggero*, il 10 dicembre 1957.

² ISOCRATE, *Aeropagitico*, 41.

leggi, vane senza un cambio di costumi»³. Altre tracce possono rinvenirsi in Plutarco e Aristofane i quali hanno documentato l'attività di Pericle come corruttiva poiché cercava di guadagnarsi il consenso del popolo organizzando banchetti e feste con le risorse dello Stato destinate originariamente ad edificare monumenti ornamentali. E ancora i casi di Euripide e Sofocle⁴.

In questo filone di letteratura, la corruzione veniva individuata e stigmatizzata per essere trasposta anche come condotta perseguibile in ambito giuridico. Le fonti ci hanno tramandato la storia del celebre processo nel 70 a.C. nei confronti di Verre⁵ da parte di Cicerone che rappresentava il popolo. Ci sono anche indizi più risalenti – sebbene ondivaghi a causa dell'esegesi complessa – contro Polieucto reo di comportamenti corruttivi oppure le informazioni reperibili nell'*Athenaion Politeia* aristotelica⁶.

Pertanto, il fenomeno della corruzione non è nuovo e nel nostro ordinamento era sanzionato già nel codice penale ma la diffusione capillare delle nuove disposizioni è maggiormente volta a contrastare e a prevenire comportamenti di malcostume che non hanno mai rappresentato una vera e propria violazione delle fattispecie penali incriminatrici. Inve-

³ ORAZIO, *Odi*, III, 24.

⁴ Su questi punti, v. G. CUNIBERTI, *Doni e favori illeciti: percezione e codificazione del reato di corruzione in Atene antica*, in *ὄριος - Ricerche di Storia Antica*, n. 6/2014, 21 ss.

⁵ M.T. CICERONE, *Il processo di Verre*, Introduzione e premessa al testo di Nino Marinone; traduzione e note di Laura Fiocchi, Nino Marinone e Dionigi Vottero, Milano, 2013. Per un approfondimento, cfr. anche A.M. NICO, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, II, 35 ss. ove si passano in rassegna anche i casi più recenti in Brasile a dimostrazione del fatto che il fenomeno corruttivo non è limitato all'Italia. Ampia letteratura in tema di corruzione è presente anche in moltissimi altri Stati. Cfr., *ex multis*, P. KARHUNEN, S. LEDYAEVA, *Corruption Distance, Anti-corruption Laws and International Ownership Strategies*, in *Russia. Journal of International Management*, 18(2), 2012, , 196-208, disponibile anche in <https://doi.org/10.1016/j.intman.2011.10.002>; K.S. MIKKELSEN, J.H. MEYER-SAHLING, *Civil service laws, merit, politicization, and corruption. Public Administration*, in [http://findresearcher.sdu.dk/portal/en/publications/civil-service-laws-merit-politicization-and-corruption\(e35c87b6-e141-471e-ab41-b18157a030a2\).html](http://findresearcher.sdu.dk/portal/en/publications/civil-service-laws-merit-politicization-and-corruption(e35c87b6-e141-471e-ab41-b18157a030a2).html), 2016; B. PUCKETT, *Clans and the Foreign Corrupt Practices Act: individualized corruption prosecution in situations of systemic corruption*, in *Georgetown Journal of International Law*, 41(4), 2010, 815; A. J. PURCELL, *Australian local government corruption and misconduct*, in *Journal of Financial Crime*, 23 (1), 2016, 102–118, disponibile anche in <https://doi.org/10.1108/JFC-10-2013-0060>; J. S. T. QUAH, *Combating corruption in six Asian countries: a comparative analysis. Asian Education and Development Studies*, 5(2), 2016a, 244–262; B. RAJAGOPAL, *Corruption, legitimacy and human rights: the dialectic of the relationship*, in *Connecticut Journal of International Law*, 14(2), 1999, 495–507.

⁶ Cfr. G. CUNIBERTI, *op. cit.*, 22 ss. e in particolare il punto in cui commenta il divieto di ricevere doni per chi esercitava delle funzioni pubbliche (p. 24) già presente in *Ath. Pol.* 55, 5 secondo cui «Nel giuramento degli arconti, accanto alla promessa solenne di esercitare l'incarico secondo giustizia e rispettando le leggi, si aggiunge il divieto di accettare doni oppure di riceverli con l'obbligo di consacrare una statua d'oro». Non si può non notare un parallelismo con l'art. 4 del d.p.R. n. 62 del 2013 ovvero il Regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici a norma dell'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001 che tratta proprio dei regali, compensi ed altre utilità.

ro, il principio di stretta legalità è strutturato in modo da ascrivere nell'ambito del giudizio di riprovevolezza dell'ordinamento soltanto quelle condotte che tassativamente rientrano nelle pieghe della disposizione senza possibilità alcuna di analogia⁷ come riassunto felicemente dal brocardo latino *nullum crimen sine lege*.

Negli ultimi anni, gli scandali perduranti⁸ hanno fatto avanzare in dottrina una concezione di corruzione non più indissolubilmente limitata al settore penalistico ma estesa anche al settore amministrativo, dando la stura a un filone di studio e di ricerca apposito.

La corruzione non indica più soltanto il *pactum sceleris* tra corruttore e corrotto⁹ bensì comprende la ben più ampia condizione di «“Desgobierno”, “administrative malpractice”, “maladministration”»: questi i termini con i quali viene indicato quel complesso di disfunzioni che va dalle resistenze al cambiamento al formalismo, all'indifferenza all'efficienza, all'ostilità verso la tecnologia, all'“overstaffing”, al nepotismo, alla corruzione»¹⁰.

Attualmente, l'ordinamento giuridico presenta un florilegio di disposizioni di varia tipologia¹¹ (spesso a cavallo tra diritto pubblico, amministrativo, penale e *soft law* di comples-

⁷ Cfr., *ex plurimis*, M. BOSCARELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXI, 1990; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*. Vol. I: *nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965; ID., *Art. 25, II e III comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Rapporti civili, artt. 24-26, Bologna-Roma, 1981; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Vol. I – *Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 239-264; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006; F.C. PALAZZO, *Legalità* (dir. pen.), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, 3373-3384.

⁸ Per una disamina dei dati del fenomeno corruttivo in Italia, cfr. A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze-Antella, 2010, 42 ss. e per i principali fattori che favoriscono lo sviluppo della corruzione sistemica, cfr. 51 ss. Sulle medesime tematiche v. anche P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Roma-Bari, 2007; A. BIXIO, *Le origini sociali della corruzione*, in M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, 53 ss.; G. CORRADO, L. PAGANETTO, *L'analisi economica della corruzione nel sistema istituzionale*, in M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione, op. cit.*, 75 ss.

⁹ Cfr. V. D'AMBROSIO, *I profili penali della corruzione e della maladministration*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Firenze-Antella, 2010, 135 ss.; M. GAMBARDELLA, *Le recenti riforme in materia di corruzione: un sistema da rifondare*, in M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, 103 ss.; G. FIDELBO, *Il contrasto alla corruzione nei confronti delle persone giuridiche tra istanze repressive ed esigenze di prevenzione nel sistema dei modelli organizzativi di cui al d.lgs. 231 del 2001*, in M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione, op. cit.*, 131 ss.

¹⁰ S. CASSESE, «Maladministration» e rimedi, in *Foro It.* 1992, 244.

¹¹ Cfr., *ex multis* i due recenti lavori M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016; I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016 ove si passano in rassegna le più recenti normative in materia sia dal punto di vista penale sia da quello pubblicistico-amministrativo.

sa qualificazione) e l'istituzione di una Autorità amministrativa indipendente deputata al contrasto e alla prevenzione della corruzione: l'ANAC¹².

Nell'ambito di tale ricostruzione appare, dunque, particolarmente rilevante l'evoluzione dell'ermeneutica costituzionale che, da un lato, negli ultimi anni è divenuta più incisiva nel modulare le linee della "buona amministrazione" di cui all'art. 97 Cost.; mentre, dall'altro, ha «trascurato»¹³ troppo il "canone" di "etica pubblica", minimizzando la portata dei principi previsti agli artt. 28 e 54 Cost. Al contrario, lo studio dei fenomeni di "corruzione intesa in senso ampio" hanno dimostrato come sia indispensabile riflettere approfonditamente sul tema e pertanto ora in dottrina si possono ascoltare molte voci che valorizzano tali norme¹⁴, nel tentativo di una «operazione di costruzione di principi, tramite i quali sono immessi nell'ordinamento quei valori che, in tal modo positivizzati o secolarizzati, possono ora ritenersi i valori costituzionali»¹⁵. L'analisi è condotta tenendo conto del contesto intersoggettivo nel quale è immersa l'interpretazione costituzionale e quindi, in primo luogo, ci si rivolge alla giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁶. A titolo esemplificativo, infatti, si sottolinea come già nella sentenza n. 30 del 2012, la Consulta abbia chiarito come l'art. 97 Cost. sia «ispirato alla soddisfazione delle finalità sia di trasparenza che di efficienza

¹² L'ANAC, infatti, oggi si presenta come un'unica Istituzione nell'ambito della quale sono confluite: l'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici (AVCP) e la Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) nonché alcune funzioni del Dipartimento della Funzione Pubblica. Sulla nascita e sulla funzioni di questa Istituzione, v. R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2015 e più precisamente IDD., *Presentazione*, in *op. cit.*, 1 ss. nonché M. CORRADINO, I. LINCRESSO, *La soppressione dell'AVCP e il trasferimento delle funzioni all'ANAC*, *ivi*, 11 ss. Cfr. anche R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, in M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione*, *op. cit.*, 25 ss.

¹³ Parla di "trascuratezza" in relazione all'etica pubblica, A. PERTICI, *L'etica pubblica e la riforma sempre in-attesa del conflitto di interessi*, in *Gruppodipi Pisa online*, 2016, 1, il cui titolo del paragrafo 1 è proprio: *Una questione trascurata: l'etica pubblica*.

¹⁴A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali online*, 29 marzo 2016; A.M. NICO, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, 35 ss.

¹⁵ F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, Relazione tenuta nell'incontro-dibattito con il prof. Alessandro Pace dal titolo "Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori. Due diverse prospettive a confronto", 12 maggio 2005 presso l'Università di Roma La Sapienza, ora ripubblicato in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 39.

¹⁶ Nelle sentenze n. 104/2006, n. 377/2007 e n. 310/2010, la Corte costituzionale ha già riconosciuto alla trasparenza il "rango" di principio generale. Per leggere il testo completo delle sentenze, cfr. il sito di *Consultaonline*. Per il giudice delle leggi, la trasparenza è espressione del principio di imparzialità e di buon andamento ma è anche preordinata alla tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.).

dell'operato della Pubblica Amministrazione»¹⁷, sebbene il principio di trasparenza non sia espressamente previsto in Costituzione.

Anche il legislatore costituzionale¹⁸ – nel discutere dell'introduzione del principio di trasparenza negli artt. 97 e 118 del progetto di riforma – ha utilizzato termini che evocavano una operazione “meramente ricognitiva” di un principio già presente nell'ordinamento.

Il principio di trasparenza¹⁹ è uno dei principali strumenti di contrasto e prevenzione della corruzione ed è – alla luce del d.lgs. n. 33/2013 così come novellato dal d.lgs. n. 97/2016 – declinato anche in una versione “soggettiva” che mira a rendere accessibili, non solo le azioni cristallizzate negli atti (profilo oggettivo) ma anche le condizioni personali del soggetto che le pone in essere.

¹⁷ Cfr. il punto 6.2.1. del *Considerato in diritto*.

¹⁸ Si pensi che nel testo di legge costituzionale (pubblicato in G.U. n. 88 del 15 aprile 2016) il principio di trasparenza è stato inserito all'art. 97 Cost. tra i principi fondamentali di tutta l'azione amministrativa, poiché già presente nell'ordinamento nello stato di principio fondamentale espresso come formulato dall'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013 ma ancora prima come principio generale. Cfr. *Dossier del Servizio Studi* della Camera dei Deputati, Schede di lettura, n. 216/12, parte prima, maggio 2016, reperibile nel sito istituzionale. Cfr. anche i lavori parlamentari previsti al seguente link <http://www.camera.it/temiap/2016/10/13/OCD177-2444.pdf> oppure nella Banca dati contenente i dibattiti in testo integrale disponibile nel sito della Camera. Nel testo integrale della relazione di maggioranza del deputato relatore Francesco Paolo Sisto in sede di discussione sulle linee generali del disegno di legge costituzionale n. 2613 – ed abbinati (in *Dibattiti svolti nella XVII legislatura*, Assemblea, Seduta n. 350 di martedì 16 dicembre 2014, 114 e ss.) evidenzia un passaggio fondamentale: «Nel corso dell'esame in sede referente, è stato introdotto un nuovo articolo (articolo 27), che modifica il secondo comma dell'articolo 97 della Costituzione, che apre la seconda sezione del titolo III della parte seconda della Carta fondamentale, dedicata alla pubblica amministrazione. Il testo vigente della Costituzione afferma che le leggi sull'amministrazione (e, pertanto, la stessa amministrazione) debbono assicurare il rispetto del buon andamento e dell'imparzialità. L'intervento emendativo aggiunge a questi due principi anche quello della trasparenza. Tale principio, finora considerato manifestazione del principio di imparzialità e buon andamento contenuto nell'articolo 97 Cost., è annoverato tra i principi generali dell'attività amministrativa, insieme ad altri principi quali l'economicità, l'efficacia e la pubblicità (articolo 1, legge n. 241/1990). Secondo la definizione introdotta dal decreto legislativo n. 33/2013 (cosiddetto testo unico della trasparenza), la trasparenza, “intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni”, è un principio generale che serve, innanzitutto, a “favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”; mira, inoltre, “ad attuare il principio democratico” ed integra “il diritto ad una buona amministrazione”, concorrendo “alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino”» (p.127). Il principio di trasparenza era stato inserito anche all'articolo 118 della Costituzione, prescrivendo che le funzioni amministrative siano esercitate “in modo da assicurare la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, secondo criteri di efficienza e di responsabilità degli amministratori”.

¹⁹ La letteratura è ormai molto copiosa. Cfr. *ex plurimis*, i più recenti I.A. NICOTRA, *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, cit., 143 ss.; N. RANGONE, *Quale trasparenza per rendere il cittadino consapevole?*, in M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione*, op. cit., 195 ss. Sulla trasparenza in generale, v. F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

Insomma, una sorta di *personal scanner* sia di condizioni patrimoniali sia di condizioni giuridiche e relazionali che pone con urgenza il quesito relativo agli opportuni bilanciamenti con la *privacy* e con le previsioni dell'art. 23 Cost. sulla base del fatto che, spesso, alcune tipologie di obblighi di trasparenza sono previsti da *soft law* dell'ANAC²⁰.

2. I fondamenti della normativa anticorruzione: una valorizzazione dei cinque pilastri dell'etica pubblica in Costituzione

Il fondamento della normativa anticorruzione si scorge tra le maglie di una trama costituzionale ben precisa prevista in cinque norme fondamentali ma che, tuttavia, permea l'intero assetto costituzionale²¹.

Il primo è il principio di legalità sostanziale come costruito da Dicey nel senso della “*rule of law*” che comporta che nessuno (neanche i rappresentanti del Governo o i suoi funzionari) siano al di sopra del diritto e pertanto rispondano delle violazioni di questo nei confronti dei cittadini. Tale concetto è molto presente nell'ordinamento inglese ed è lì culturalmente ancorato, ancor più che in Francia. Si pensi al caso *Entick v. Carrington*²² ove il giudice Lord Camden stabilì alcuni dei principi fondativi recepiti anche del nostro ordinamento. A tal proposito Dicey commentò «*every official, from the Prime Minister down to a constable or collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification*»²³.

Il secondo pilastro è rappresentato dall'art. 28 Cost.²⁴ Il concetto di responsabilità nel settore pubblico compariva già espressamente all'art. 15 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino francese del 1789 secondo la quale la società aveva il diritto di

²⁰ I.A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 33 ss.

²¹ A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali online*, 29 marzo 2016, 3 ss.; A.M. NICO, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, 38 ss.

²² (1765), 19 St Tr 1030.

²³ A. DICEY, *An Introduction to the Law of the Constitution*, 10 ed., Basingstoke, 1959, 406.

²⁴ V., *ex multis*, ANGELETTI, *Responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato*, in *Digesto pubbl.*, XIII, Torino, 1997; BASCHIERI, *Art. 28*, in ID. *et al.* (a cura di), *La Costituzione italiana: commento analitico*, Firenze, 1949; ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951; MERUSI, CLARICH, *Art. 28*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1991; MORELLI, *Art. 28*, in *Comm. Crisafulli-Paladin*, Padova, 1990; SORACE (a cura di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, 1994.

“chiedere conto” a tutti gli agenti pubblici della propria amministrazione²⁵ mentre si considerava come un logico corollario del principio del *rule of law*.

Nell’Assemblea costituente, il dibattito si focalizzò nel merito della questione evidenziando come la responsabilità debba completare in senso di “sanzione” l’elenco dei diritti relativi ai rapporti civili. Il dibattito fu acceso e ripercorse le questioni filosofiche sulla responsabilità diretta o indiretta dello Stato per fatti dei propri dipendenti²⁶. Nella prima stesura comparivano anche altre parole²⁷ – poi soppresse dal Comitato di redazione – che avevano l’obiettivo di affermare la “responsabilità per la violazione della Costituzione” intesa come canone che andasse al di là di quello penalistico dell’abuso di autorità e di quello amministrativo dell’eccesso di potere²⁸. La soppressione delle parole avvenne per esigenze di semplificazione e per evitare di subordinare l’applicabilità dell’istituto della responsabilità a un elenco preciso di diritti civili violati. In realtà, l’interpretazione dominante ha condotto a dimenticarsi di quella accezione di responsabilità *in fraudem Constitutionis*²⁹.

E’ stato autorevolmente riconosciuto che l’interpretazione della dottrina dominante è stata molto parca nel valorizzare questa norma, complici sia la legislazione sia gli orientamenti giurisprudenziali³⁰.

L’art. 54 Cost.³¹ sviluppa e approfondisce ancor più il tema, divenendo il terzo pilastro. Autentica novità della Costituzione repubblicana in quanto mai apparso – neanche in

²⁵ «*La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*». Cfr. in questo senso, M. BENVENUTI, *Art. 28*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, 581 ss. il quale individua in questo punto una precisa connotazione della nostra forma di Stato.

²⁶ V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, 100 ss. Per approfondimenti, v. gli interventi di Nobili Tito Oro (A.C., 2890-1), on. Dominedò e Costantini che propose la formula poi accolta nella stesura definitiva.

²⁷ Si tratta dell’inciso «sanciti dalla presente Costituzione». Cfr., V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica*, *op. cit.*, 102.

²⁸ Si tratta della dichiarazione resa dall’On. Lucifero, 1. Sc., Atti Assemblea Costituente, 160.

²⁹ A titolo di esempio, ex multis, A. SPADARO, *Il limite costituzionale dell’“armonia con la Costituzione” e i rapporti fra lo Statuto e le altre fonti del diritto*, in *Le Regioni*, 2001, 453 ss. nella misura in cui alcune considerazioni assumono valore generale per il limite dell’“armonia con la Costituzione” non relegate al rapporto Stato-Regioni. Per esigenze di completezza, piace segnalare come tale espressione sia utilizzata nel dibattito dell’Assemblea costituente in modo diverso rispetto all’uso recente che indica il “rispetto formale della Costituzione ma la violazione del suo spirito”.

³⁰ V. M. BENVENUTI, *Art. 28*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, 588.

³¹ C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968; A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989; A. CERRI, *Sul principio di fedeltà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 763 ss.; G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania, Ridola, III, Torino, 2006, 1131 ss.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; G. LOMBARDI, *Fedeltà (dir. cost.)*, in

forma protozoica – nello Statuto Albertino, per evidenti motivi collegati al rapporto monarca-sudditi, si rivela davvero multiforme nella sua interpretazione dottrinarica³².

Particolarmente felice è una tesi che riconosce l'autonomia del dovere di fedeltà alla Repubblica rispetto al più generico dovere di osservanza delle leggi. Secondo tale ricostruzione il dovere sarebbe rivolto a tutto lo Stato-ordinamento, comprensivo, pertanto, dei cittadini, i quali dovrebbero porre in essere delle condotte volte alla tutela dei “fondamentali interessi della nazione” – e qui si coglie il punto più interessante – persino quando la Costituzione e le leggi tacciano in merito ovvero non prescrivano nulla con disposizioni specifiche³³. La mancanza dell'*interpositio legislatoris* nel prevedere degli obblighi nei confronti dei consociati è palesemente in contrasto con l'art. 23 Cost. ma, in questo caso, si superano le discrasie poiché la tesi pone alle proprie fondamenta soltanto il rispetto di quei doveri esistenti a tutela delle Istituzioni pubbliche repubblicane (e con tutto ciò che comporta il termine Repubblica – non limitato alla elettività del suo Presidente e la sua durata in carica di un solo mandato – ma comprensivo del rispetto di tutti i principi giuridici fondamentali). In altri termini, non vi sono prestazioni personali o patrimoniali imposte senza legge perché «la fedeltà alla Repubblica non comporta alcun rapporto di subordinazione: essere fedeli alla Repubblica significa essere fedeli non ad altro da sé, ma alle stesse Istituzioni che ci rappresentano e che esercitano le funzioni loro attribuite nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione in base al principio della sovranità popolare»³⁴.

Questa posizione andrebbe valorizzata poiché descrive perfettamente la trasformazione etica della percezione diffusa secondo cui “ciò che è dello Stato è di *nessuno*” alla forma più corretta secondo la quale “ciò che è dello Stato è di *ciascuno*”.

Enc. Dir., XVII, Milano, 1968, 165 ss.; G. LOMBARDI, *Fedeltà qualificata e limiti modali alla manifestazione del pensiero*, in *Giur. cost.*, 1966, 1220 ss.; LOMBARDI, *Giuramento*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 964 ss.; S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli, 1986; S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 ss.; L. VENTURA, *Art. 54*, in *Comm. Cost. Branca, Rapporti politici*, II, Bologna-Roma, 1994, 47 ss.; VL. ENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 198; B.G. MATTARELLA, *Doveri di comportamento*, in F. MERLONI-L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Firenze - Antella, 2010, 225 ss.

³² Cfr. G.M. SALERNO, *Art. 54*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, che dedica un paragrafo ad ogni posizione da 1079 ss.

³³ M. MAZZIOTTI, G.M. SALERNO, *Diritto costituzionale*, 2ª ed., Padova, 2003, 250; cfr. anche G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Scritti in onore di G. Ferrara*, III, Torino, 2005, 523 ss.

³⁴ Così G.M. SALERNO, *Art. 54*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, 1080.

Il superamento dell'art. 23 Cost. avviene attraverso il collegamento con il principio della sovranità popolare che all'art. 1 Cost. prevede sia esercitata dal popolo stesso nei limiti stabiliti dalla Costituzione tra cui si inserisce il limite del dovere di fedeltà della Repubblica stessa.

Il fatto che sia inserito come “norma di chiusura” della I Parte relativa ai diritti e ai doveri dei cittadini evoca il carattere di norma di salvaguardia da una forma di “autodistruzione” causata dal mancato rispetto della forma di Stato da parte dei cittadini, i quali si erano precedentemente autovincolati al patto Costituente. Anzi, il significato sarebbe proprio questo poiché, diversamente opinando, il dovere di fedeltà si annullerebbe nella mera osservanza delle leggi, riducendo l'articolo (come è stato fatto in via interpretativa sino ai giorni nostri) a pura clausola di stile, vuoto contenitore di un'etica pubblica sancita sulla Carta ma sconfessata nella realtà.

La normativa anticorruzione di recente approvazione dopo la l. n. 190/2012 si impone come necessaria poiché l'esistenza delle fattispecie penali incriminatrici non erano efficaci per contrastare i comportamenti di *maladministration* ovvero di quella zona grigia in cui si tradiscono gli ideali della Repubblica italiana, sebbene senza alcuna violazione di leggi penali. Le possibili soluzioni, pertanto, sono state ancorate lungo due direttrici: a) introdurre nuovi reati penali con l'effetto negativo di creare norme incriminatrici spesso indeterminate (come il traffico di influenze illecite³⁵) che stridono molto con il principio del diritto penale minimo ed altri principi fondamentali caratterizzanti il diritto penale oppure b) inserire delle legislazioni alternative che stigmatizzano certi comportamenti e soprattutto li preven- gono.

Anche leggendo gli atti dell'Assemblea costituente, si possono ripercorrere queste indicazioni quando il relatore Merlin osservò che la norma vuole pretendere dal cittadino non solo la fedeltà alla Repubblica ma anche la fedeltà allo Stato e, a tal proposito, aggiunse che «Repubblica in latino vuol dire Stato o cosa pubblica, e noi la vogliamo adoperare in questo senso, perché anche a tutti coloro che eventualmente non avessero ancora aderito alla Repubblica con pieno animo, ma che hanno sempre servito con devozione lo Stato, noi do-

³⁵ F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cassazione Penale*, n. 10/2015, 3389 ss.; P. VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cassazione Penale*, n. 4/2016, 1293 ss.

mandiamo l'osservanza delle leggi, la fedeltà allo Stato, in nome di quei nobili sentimenti in base ai quali essi hanno sempre servito lo Stato come la più alta organizzazione della vita civile di un popolo»³⁶.

Il quarto pilastro è l'art. 97 Cost. ove i principi di imparzialità e di buon andamento della Pubblica Amministrazione³⁷ hanno subito uno sviluppo ed un approfondimento notevolissimo negli ultimi anni ad opera del legislatore ordinario verso l'efficienza, l'efficacia, l'economicità e la trasparenza dell'azione amministrativa.

Infine, l'art. 98 Cost.³⁸ secondo cui «i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione».

Nel seno dell'Assemblea costituente fu proprio il relatore Costantino Mortati a ricordare l'esperienza di Weimar al fine di scongiurare la presenza di eventuali pressioni indebite dei partiti nei confronti dei pubblici impiegati, poiché un ordinamento democratico necessita di «un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti»³⁹.

Gli studiosi dei doveri costituzionali hanno letto questa disposizione in combinato disposto con gli articoli 98 e 54, sostenendo la posizione secondo cui «la distinzione è postulata dalla stessa dizione dei due articoli e, mentre prescrive che gli impiegati sono *a servizio* della nazione, in relazione alla *fedeltà* verso la Repubblica implica che essi esercitino le rispettive funzioni con *disciplina e onore*»⁴⁰.

³⁶ Atti dell'Assemblea Costituente, 4129.

³⁷ U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1993, VIII; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, 25; G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, 455; P. CARETTI, *Art. 97 1° comma, parte I Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, continuato da Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 1 ss.; R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in *www.giurcost.org*, 2014; C. PINELLI, *Commento agli artt. 97 e 98*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1994; P. PIRAS, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico mortale*, in *Il diritto dell'economia: rivista quadrimestrale di dottrina, giurisprudenza e documentazione*, 2015, 1, 35-47; V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Firenze - Antella, 2010, 89 ss. F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989.

³⁸ F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN, *Al servizio della Nazione. Etica e Statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2010.

³⁹ Seduta del 14 gennaio 1947, in A.C., VIII, 1864. Nello stesso senso Greco, seduta del 14 gennaio 1947, in A.C., VIII, 1864.

⁴⁰ G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 194 ss.

Come accennato, vi è una rinnovata attenzione sul tema da parte della dottrina⁴¹ nonostante la tradizione giuspositivistica e la perdurante sfiducia nei partiti che prima assolvevano al compito di «garante etico»⁴².

Quindi vi è una riscoperta, una ri-valorizzazione in senso prescrittivo e di indirizzo dell'art. 98 Cost.; una formula non più intesa come disposizione riassuntiva ma «riferimento unificante dei disparati precetti costituzionali concernenti i doveri e le responsabilità dei funzionari»⁴³. In merito al contenuto che rischia di essere sterminato, vi è stato il tentativo di colorarlo con precisi e puntuali obblighi ma questi si differenziavano dal punto di vista soggettivo in quanto differenti per funzionari e per politici o meglio titolari di *munus* pubblico onorifico. L'alternativa di appiattare l'istituto in discussione alla responsabilità disciplinare comporterebbe la mancanza di autonomia scientifica del concetto, pertanto si è pensato di leggere la “disciplina” come “regolarità, perizia, competenza, apprendimento”⁴⁴ ovvero «dovere obiettivo ed insieme corredo personale delle attitudini per l'esercizio del dovere»⁴⁵. Pertanto, secondo questa posizione, l'art. 98 Cost. contiene un principio direttivo rivolto al legislatore ordinario che lo deve attuare all'interno dell'ordinamento e bilanciarlo⁴⁶.

Come si accennava *supra*, i fondamenti non sono affatto terminati. Vi sono molti altri principi che rappresentano delle solide basi per la normativa di contrasto alla corruzione. Si

⁴¹ F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, 2009.

⁴² Cfr. G. SIRIANNI, *Profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in MERLONI, VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Firenze-Antella, 132.

⁴³ G. SIRIANNI, *Profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in MERLONI, VANDELLI, *La corruzione amministrativa, op. cit.*, 2010, 133. Cfr. anche A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989.

⁴⁴ S. BATTAGLIA, *Disciplina*, in *Grande dizionario della lingua italiana*, Utet, 1966.

⁴⁵ G. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nella organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Scritti in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. I, Milano, 1987, 440, nota 78 e G. SIRIANNI, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2012, 169 ss.

⁴⁶ Cfr. G. SIRIANNI, *Profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in MERLONI, VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Firenze - Antella, 2010, 134 il quale riporta le posizioni di Mortati (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ediz., Padova, 1969, 1032) e Barile (P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, 1953, 158) come accomunate dal concetto di “metadovere” riassuntivo di altri doveri che altrove trovano fondamento e limiti. Al contrario, Lombardi (G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, in part. 172-207) e Ventura (L. VENTURA, *La fedeltà alla repubblica*, Milano, 1984) coagulano le loro posizioni nella interpretazione delle locuzioni di “disciplina” ed “onore” che rimandano alle indicazioni prescrittive di obblighi puntuali già previsti per i pubblici dipendenti mentre per i politici hanno valore soltanto come principi ideali. Isolata è la posizione di Lombardi per il quale si tratta di una fedeltà specificativa del dovere di fedeltà alla Repubblica suscettibile di ulteriori applicazioni ordinarie del legislatore.

pensi al principio di separazione tra politica ed amministrazione⁴⁷ che sovrintende all'annoso problema della confusione tra funzioni pubbliche e funzioni amministrative⁴⁸, rendendo più complicato il quadro, specialmente in un sistema in cui gli incarichi dirigenziali sono attribuiti con il sistema *spoils system*. Per ovviare a ciò, infatti, si è assistito alla proliferazione di normative su incompatibilità ed inconfiribilità.

Sin qui ci si è limitati a descrivere alcuni elementi presenti nel quadro costituzionale. Sullo sfondo, invece, si erge il convitato di pietra: l'etica pubblica.

Secondo parte della dottrina – con la quale si concorda – il tema dell'etica pubblica nella Costituzione repubblicana è trattato né come condizione presupposta né come prodotto dell'osservanza pedissequa delle leggi che rimanda uno Stato “etico” bensì in senso promozionale di «responsabilità personale» attraverso i «doveri civici»⁴⁹.

3. *Esame di due tendenze normative*

3.1. *Le dichiarazioni pubbliche di interessi dei professionisti del Sistema Sanitario Nazionale*

Sulla base di questo sfondo costituzionale, si esaminano due sviluppi normativi che divengono punti di osservazione privilegiati della direzione legislativa verso cui l'ordinamento si sta dirigendo. Il primo caso diviene paradigma come “modalità di accertamento” del dovere di fedeltà della Repubblica per coloro che sono titolari di funzioni pubbliche per concorso (le dichiarazioni pubbliche di interessi dei professionisti del Sistema Sanitario Nazionale); il secondo opera per i titolari di funzioni pubbliche in via elettiva (la regolamentazione della attività lobbistica).

Le due normative sono accomunate dal fatto che utilizzano lo strumento della trasparenza come baluardo per il contrasto alla corruzione. In effetti, è il metodo più efficace e meno invasivo poiché agisce anche in via preventiva. Del resto, Kant sosteneva che «tutte

⁴⁷ A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 4 s. Cfr. anche S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1, 39 ss.

⁴⁸ Di tale avviso V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Firenze - Antella, 2010, 90.

⁴⁹ Per questa posizione v. G. SIRIANNI, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2012, 169 ss., nonché ID., *Profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa, op. cit.*, 129 ove passa in rassegna le varie posizioni in materia.

le azioni relative al diritto di altri uomini, la cui massima non è suscettibile di pubblicità, sono ingiuste»⁵⁰.

Per ciò che concerne le dichiarazioni pubbliche di interessi dei professionisti del Sistema sanitario nazionale, queste sono state create a fronte dell'intensificazione di controlli volti a contrastare e prevenire la corruzione in alcuni ambiti della Pubblica amministrazione maggiormente soggetti a tale fenomeno, come la sanità e gli appalti pubblici⁵¹. L'attività che ha condotto all'emersione dei reati purtroppo ha anche alimentato, come rovescio della medaglia, una "cultura del sospetto" e un aumento della sfiducia dei cittadini nei confronti delle Istituzioni statali e dei suoi dipendenti e rappresentanti.

Lo strumento della trasparenza, pertanto, in questa tipologia di legislazione, ha una doppia finalità: a) di promuovere il controllo diffuso e fungere da deterrente per i conflitti di interessi ma anche b) di "riabilitare" i dipendenti e i rappresentanti onesti agli occhi dei cittadini e per mezzo di essi, rifondare il patto sociale tra cittadini detentori della sovranità, lo Stato e le Istituzioni, come è dimostrato dalla formula iniziale delle dichiarazioni (che non assumono valore di autocertificazione) ma attestano la «veridicità delle affermazioni [...] riportate» la quale «è condizione essenziale della permanenza della fiducia che caratterizza in modo imprescindibile il rapporto di lavoro con l'amministrazione»⁵².

Pertanto, in caso di assenza di reati, le dichiarazioni assurgono a strumento per verificare la razionalità intersoggettiva delle dichiarazioni di un soggetto, per superare lo iato esistente tra forma e sostanza, tra oggettività e soggettività.

A livello normativo si possono individuare diverse tipologie di dichiarazioni. Le più famose sono le "compulsory disclosure" previste già dal d.lgs. n. 33/2013 così come modificato dal d.lgs. n. 97/2016. In queste, è mutato il titolo della *disclosure*: da *confidential* (ovvero dichiarazione del dipendente rivolta esclusivamente al datore di lavoro ovvero alla Pubblica amministrazione) a *public disclosure* ovvero pubblicate sulla sezione del sito internet "Ammi-

⁵⁰ I. KANT, *Scritti politici*, 328 citato da N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 82 ss. mentre la citazione si trova a p. 92.

⁵¹ Cfr. le interviste di Raffaele Cantone rese alla stampa negli ultimi anni. Tra le più recenti, si segnala, *ex multis*, quella resa al giornalista Nicola Barone su *IlSole24ore* dal titolo *Cantone: nella sanità la corruzione esiste ed è profonda*, 13 gennaio 2017, disponibile anche online al seguente link: <http://www.ilssole24ore.com/art/notizie/2017-01-13/cantone-sanita-corruzione-esiste-ed-e-profonda-123214.shtml?uuid=ADLXsNXC>. Per commenti di dottrina, v. anche G. CARPANI, *La sanità*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze-Antella, 2010, 451 ss.

⁵² Si tratta della modulistica Agenas di cui si parlerà più avanti.

nistrazione trasparente” in modo che tutti i cittadini possano prenderne contezza ed averne accesso diffuso.

L’eco del modello statunitense si può ascoltare nelle ragioni di questa scelta ovvero: diffondere la trasparenza e con esso il controllo pubblico diffuso, essere un valido supporto per la prevenzione dei conflitti in quanto inibisce l’osservato dal compiere azioni in conflitto di interessi o addirittura di accettare incarichi che vuole tenere riservati per motivi personali⁵³.

La fase che stiamo ora vivendo, invece, è molto più sottile e fa parte di una accezione di trasparenza ulteriore, una trasparenza che consente di “valutare”, “modulare” e “soppe- sare” la condizione personale del soggetto in modo da “conferire il valore corretto” ai suoi giudizi.

Vi è l’emersione della necessità di indagare il grado di «condizionamento» nell’espletamento dell’attività professionale o della *governance*. Questo assunto prende le mosse dalla constatazione che in un unico soggetto convivono, di fatto, a) l’interesse privato del professionista e b) l’interesse pubblico che il professionista deve perseguire.

La normativa sul conflitto di interesse⁵⁴ ha sciolto il dilemma, conferendo due possibilità: l’incompatibilità (con la relativa astensione) o l’ammissibilità.

Tuttavia, non si può non rimarcare come il profilo pubblicistico dell’ampia tematica del conflitto di interessi abbia subito l’influenza della discussione privatistica sino a recepirne alcuni capisaldi come la tipizzazione (peraltro accolta nella legge n. 215/2004) dei conflitti di interessi⁵⁵.

Le norme, infatti, regolano i casi di contrapposizione di un interesse privato a quello pubblico perseguito dalla funzione del soggetto agente.

⁵³ Cfr. per ulteriori approfondimenti, A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, 2002, 278.

⁵⁴ L. n. 215 del 2004.

⁵⁵ Sul conflitto di interessi, v. anche G. COLAVITTI, *Il trattamento normativo del conflitto di interessi tra ragionevolezza ed imparzialità*, in *Nomos*, 2002, 1, 67 ss. nonché ID., *Osservazioni sul tema del conflitto di interessi. Un tentativo di offrire al dibattito qualche strumento di analisi*, in *Rivistaaic*, Dossier sul Conflitto di interessi; C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi. La legge 20 luglio 2004, n. 215. Orientamenti applicativi, criticità e prospettive di riforma*, Milano, 2013; C. CHIMENTI, *La nuova disciplina del conflitto di interessi*, Torino, 2005; B.G. MATTARELLA, *Conflitto di interessi: quello che le norme non dicono*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, 1281 ss.; P. CARETTI, *Gli strumenti a garanzia di un’effettiva etica pubblica; aspetti problematici: il caso della disciplina del conflitto di interessi nell’esperienza italiana*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC, n. 8, jul/dez. 2006, 353-365; A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, 2002; ID., *L’etica pubblica e la riforma sempre in-attesa del conflitto di interessi*, in *Gruppodipisa online*, 2016, disponibile al <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2016/09/Pertici.pdf>.

Diversamente, vi sono tutta una serie di casi in cui non possibile configurare un conflitto di interessi ma vi è un *mix* di interessi che potrebbero sfociare in un conflitto, una sorta di rischio. Parte della dottrina ricostruisce tale fenomeno nel concetto di commistione⁵⁶.

Per quest'ultima zona grigia, è stata pensata una terza via garantista, una sorta di avamposto della trasparenza che prevede che il dipendente dichiarare alcuni rapporti – che sebbene non sfocino in conflitti di interesse tali da astenersi – potrebbero incidere in qualche modo nelle sue decisioni e nelle sue scelte.

Del resto, questa ipotesi era stata già avanzata dalla dottrina⁵⁷ in senso ampio e rivolta a tutti i funzionari pubblici (non solo alla categoria sanitaria) quale attuazione del principio di trasparenza “esterna” immediatamente derivante dallo svolgimento del dovere costituzionale di adempiere alle funzioni pubbliche con disciplina ed onore richiesto dall'art. 54, 2° comma che, secondo tale posizione, deve essere letto in prospettiva cooperativa prima che autoritativa.

Il fondamento di teoria generale che ne è alla base sembra mutuato dalla teoria dell'argomentazione. La conoscenza dei rapporti è servente alla contestazione delle parole e delle decisioni secondo l'argomento *ad hominem* circostanziale⁵⁸. In altri termini è indispensabile per l'interlocutore valutare l'affidabilità di una persona, la sua sincerità, la sua coerenza, l'imparzialità.

L'obiettivo di ogni argomentazione è l'“adesione delle menti”⁵⁹, la “comunanza spirituale”. Brillante dottrina ritiene che argomentare significhi «[...] influire [...] per mezzo del discorso sull'intensità dell'adesione di un uditorio a determinate tesi» e che «ogni argomentazione mir[] infatti all'adesione delle menti e presuppone perciò l'esistenza di un contatto intellettuale. Perché esista argomentazione, occorre che a un dato momento si realizzi un'effettiva comunanza spirituale. Occorre essere d'accordo previamente e in via di princi-

⁵⁶ G. COLAVITTI, *Il trattamento normativo del conflitto di interessi tra ragionevolezza ed imparzialità*, in *Nomos*, 2002, 1, 67 ss. nonché ID., *Osservazioni sul tema del conflitto di interessi. Un tentativo di offrire al dibattito qualche strumento di analisi*, op. cit., che riprende il concetto nato dal diritto commerciale di A. Guacero e L. Santoro.

⁵⁷ G. SIRIANNI, *Conflitti di interessi*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa*, op. cit., Astrid, Firenze-Antella, 2010, 220 ss.; A. LALLI, *I rimedi ai conflitti di interessi come strumento di prevenzione della corruzione*, in M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione*, op. cit., 157 ss.

⁵⁸ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, con la prefazione di Norberto Bobbio, Einaudi, Torino 1966, ed. it., 2013. Per distinguerlo dall'attacco *ad rem* (cioè sul valore dell'argomentazione stessa).

⁵⁹ Ivi, 16.

pio sulla formazione di questa comunità intellettuale, e in seguito sul fatto di discutere insieme una questione determinata: ciò non avviene affatto spontaneamente»⁶⁰.

Secondo i protocolli più accreditati, anche prima di un discorso ad una platea occorrerebbe dichiarare la propria posizione ed i propri interessi affinché ogni interlocutore possa conoscere la situazione di chi discute una posizione in modo da poterlo valutare.

Il fondamento logico-giuridico, invece, risiede nell'essere: a) titolare di uno status di *munus publicum*; b) avere prerogative e guarentigie a tutela della funzione pubblica esercitata; c) avere garanzie di tutela dell'imparzialità dell'esercizio di poteri affidati.

I soggetti sottoposti a tali misure dichiarative sono coloro che hanno “responsabilità di gestione delle risorse” (direttamente o indirettamente), ovvero coloro i quali rivestono un ruolo nei processi decisionali (area dei farmaci, dispositivi e introduzione di altre tecnologie, produzione di attività di ricerca, sperimentazione o sponsorizzazione⁶¹).

Il fondamento normativo del metodo garantista e trasparente, invece, è collocabile tra gli obblighi previsti dal codice di comportamento ai sensi del d.P.R. 62/2013⁶².

Il Piano Nazionale Anticorruzione 2015 prevede espressamente che «si rendano conoscibili, le relazioni e/o interessi che possono coinvolgere i professionisti di area sanitaria e amministrativa nell'espletamento di attività inerenti alla funzione che implicino responsabilità nella gestione delle risorse e nei processi decisionali in materia di farmaci, dispositivi, altre tecnologie, nonché ricerca, sperimentazione e sponsorizzazione. Costituiscono ulteriore misura di prevenzione della corruzione da inserirsi tra le azioni di contrasto a potenziali eventi di rischio corruttivo che possono riguardare trasversalmente aree in merito a farmaci, dispositivi e altre tecnologie. Si tratta, infatti, di strumenti per rafforzare la trasparenza nel complesso sistema di interrelazioni interprofessionali e interistituzionali di cui è connotata l'organizzazione sanitaria»⁶³.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Cfr. *Autorità nazionale Anticorruzione, Aggiornamento 2015 al Piano nazionale Anticorruzione*, Determinazione n. 12 del 28 ottobre 2015, disponibile sul sito ufficiale dell'Autorità, nonché ivi Delibera n. 831 del 3 agosto 2016 recante la Determinazione di approvazione definitiva del Piano Nazionale Anticorruzione 2016, disponibile nel sito ufficiale di ANAC.

⁶² R. CARIDÀ, *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici e principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016.

⁶³ PNA 2015, *cit.*, 49.

L'Agenas ha prodotto dei moduli contenenti la “Dichiarazione pubblica di interessi dei professionisti del Sistema Sanitario nazionale”⁶⁴ elaborata nell'ambito dei lavori di aggiornamento del Piano nazionale Anticorruzione – Sezione sanità a cura del tavolo ANAC, Ministero della Salute ed Agenas.

I Soggetti destinatari sono tutti coloro che prestano servizio in area sanitaria ed amministrativa, anche solo con incarico, nonché gli specialisti convenzionati interni. I Medici di medicina generale, i pediatri di libera scelta e i titolari esterni di incarichi, invece, sono esclusi⁶⁵.

Le informazioni che devono essere rese sono particolarmente personali e incisive. La modulistica presenta cinque sezioni: dichiarazione pubblica di interessi dei professionisti (composta da tre parti)⁶⁶; dichiarazione degli interessi di carattere finanziario⁶⁷; dichiarazio-

⁶⁴ Disponibile sul sito <http://www.agenas.it/protocollo-di-intesa-anac-agenas-approfondimenti> ove si possono trovare tutti i materiali.

⁶⁵ Gli enti destinatari dell'obbligo sono tutti i soggetti di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001, che ricomprendono «le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale» (art. 1, co. 59, l. 190/2012). Tuttavia, l'ANAC ha specificato che le indicazioni sono rivolte anche agli altri soggetti ad esse assimilabili. Le ragioni di individuare detti enti discendono dalle peculiarità relative alla specifica tipologia di organizzazione e dalle funzioni che essi svolgono quali erogatori di prestazioni nei confronti dei pazienti destinatari finali dei servizi forniti dal Sistema Sanitario Nazionale. Ci si riferisce, in particolare a: - Aziende sanitarie locali comunemente denominate (ASL, ASP, AUSL, ULSS, ASS etc.); - Aziende Ospedaliere (AO) e Aziende Ospedaliere di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione (ARNAS); - Aziende Ospedaliere Universitarie (AOU); - Istituti Pubblici di Assistenza e Beneficenza (ex IPAB), trasformate in aziende pubbliche che svolgono attività sanitarie; - Istituti Zooprofilattici Sperimentali (IZS); - Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (I.R.C.C.S.) di diritto pubblico. Per gli enti di diritto privato, controllati o partecipati dalle pubbliche amministrazioni che operano nel Settore Sanitario, si applicano invece le Linee guida ANAC di cui alla determinazione n. 8/2015.

⁶⁶ Nella prima parte si chiede di dichiarare la presenza di interessi diretti o indiretti in una azienda/industria farmaceutica, e/o dei dispositivi medici e/o di procedure diagnostiche e/o di altra tecnologia sanitaria, ivi compreso il tempo (in corso, da oltre un anno e meno di cinque anni; da oltre cinque anni), specificando il ruolo ricoperto (dipendente, consulente, sperimentatore coordinatore, Membro di una Assemblea Consultiva, di un Comitato direttivo/comitato etico, di Commissioni per prontuari terapeutici-ospedalieri, di Nuclei di valutazione HTA, di *Scientific Board* o organismo equivalente; Sperimentatore [non coordinatore] per lo sviluppo di un prodotto [*Investigator*]). Se vi è stata una risposta affermativa, il dichiarante deve specificare l'area di attività, prodotto, tecnologia ed il ruolo ricoperto per il prodotto e la tecnologia (seconda parte). Nella terza parte, vi sono le richieste di ben diciotto ipotesi di tipizzazione di commistione del professionista con aziende e prodotti sino all'inserimento di una clausola residuale che prevede una dichiarazione di impegno in «un'attività che potrebbe essere percepita come un condizionamento/conflitto di interessi e comunque non rientrante in nessun caso di cui ai punti precedenti».

⁶⁷ Si chiede di dichiarare, nel triennio precedente e/o in quello in corso, se vi siano stati degli interessi finanziari in aziende fornitrici del SSN o in società direttamente collegate ad azienda farmaceutica/produttore/organizzazione sanitaria, nonché il pagamento di diritti e/o il possesso di quote di partecipazione, titoli, diritti di opzione, quote di capitale (ad esclusione di fondi comuni o prodotti analoghi in cui l'investitore non ha alcun controllo sulla selezione delle quote), diritti da brevetti o altre forme di proprietà intellettuale da parte di azienda farmaceutica/produttore/organizzazione sanitaria; oppure una attività retribuita per attività di consulenza e prestazioni professionali risultanti da uno specifico contratto con l'azienda farma-

ne di partecipazione dei professionisti su invito ad eventi organizzati da terzi⁶⁸; dichiarazione di partecipazione dei professionisti all'organizzazione di eventi sponsorizzati da terzi⁶⁹; ed infine il modulo per la notifica dei doni ricevuti⁷⁰.

Le dichiarazioni possono essere compilate in modo informatizzato⁷¹, ogni anno (salvo eventuali altre esigenze di aggiornamento). Chiaramente, tali dichiarazioni non esentano il professionista dall'obbligo di dichiarare potenziali conflitti di interesse.

Vista l'incisività delle informazioni contenute nelle dichiarazioni, una sorta di *legal personal scanner*, emerge con forza il bilanciamento con le esigenze di *privacy*⁷² di coloro che le hanno rese. Il titolare del trattamento dati personali è Agenas e possono prendere visione dei dati l'Agenas suddetta ed il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza dell'ente nel quale il professionista presta il proprio lavoro. Per tali dati, il bilanciamento con la *privacy* è stato valutato nel senso di escluderle dagli obblighi di pubblicazione. Tuttavia, con l'accesso generalizzato, non si può non rimarcare che delle richieste di dati aggregati potrebbero essere fatti alle Pubbliche amministrazioni.

ceutica, indicando la tipologia del servizio prestato (ad esempio, produzione di farmaco/dispositivo medico o sanitario/altra tecnologia sanitaria o ricezione fondi di ricerca sotto forma di contratti di ogni genere, doni, ricerche commissionate o borse di studio da parte di sponsor/azienda farmaceutica/produttore/organizzazione sanitaria). Inoltre, si chiede se vi è stata percezione di un finanziamento diretto derivante dal pagamento delle spese congressuali (quota di iscrizione o delle spese di viaggio, alloggio e soggiorno), da sponsor/azienda farmaceutica/produttore /organizzazione sanitaria; da partecipazione, nel triennio precedente alla dichiarazione, a consigli di amministrazione o comitati di impresa, società o partenariati, associazioni, fondazioni, organizzazioni non governative o altri enti giuridici; dichiarazione anche di altri interessi finanziari che possano influenzare l'esercizio delle sue funzioni (indicando eventuali altri interessi finanziari e/o eventuali informazioni integrative). Inoltre occorre precisare l'entità dell'interesse finanziario.

⁶⁸ Si chiede di dichiarare se vi siano stati inviti nello svolgimento delle sue funzioni, partecipazioni ad eventi organizzati da terzi, in relazione al/i quale/i le spese di viaggio, alloggio o soggiorno sono state sostenute o rimborsate da terzi. La tabella in questione prevede le generalità del soggetto; la tipologia di spese (viaggio, alloggio etc. e la categoria relativa); tutti i dettagli dell'evento, ivi compresi gli eventuali accompagnatori.

⁶⁹ Si chiede di dichiarare se vi siano state partecipazioni in qualità di organizzatore, ad eventi sponsorizzati da terzi, in relazione al quale le spese di viaggio, alloggio o soggiorno sono state sostenute o rimborsate, riportando similmente la tabella di cui alla nota precedente con tutti i dettagli dell'evento.

⁷⁰ Vi è una tabella in cui indicare: il soggetto che ha fatto il dono, la data, il ruolo in cui il professionista ha ricevuto il dono, la descrizione ed il valore stimato del dono.

⁷¹ Disponibile in <http://pna-sanita.agenas.it>.

⁷² Infatti, viene resa l'informativa ex artt. 7 e 13 d.lgs. n. 196/2003. Cfr. I.A. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi*, n. 11/2015.

3.2. *La regolamentazione delle attività di rappresentanza degli interessi*

Un altro caso in cui la trasparenza è l'antidoto a una fisiologica commistione di interessi è la regolamentazione delle *lobbies*⁷³. Attualmente in Italia la questione è particolare spinosa e si è arrivati all'approvazione soltanto di un codice di condotta⁷⁴ e di un regolamento⁷⁵ dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei Deputati⁷⁶.

Occorre innanzitutto rimarcare come l'efficacia sia limitata alla Camera dei Deputati e non al Senato, poiché sono atti approvati nell'ambito dell'autoregolamentazione del singolo ramo del Parlamento.

Il codice di condotta ribadisce i principi a cui si devono attenere gli Onorevoli ovvero gli obblighi di integrità, trasparenza, diligenza, onestà, responsabilità e tutela del buon nome della Camera dei deputati nei quali in cui si sentono riecheggiare le norme costituzionali già sopra indicate.

Punto molto interessante è l'indicazione e la definizione di conflitto di interesse per un parlamentare ovvero l'“interesse privato che indebitamente potrebbe influenzare l'esercizio delle proprie funzioni”.

Seguono tutta una serie di doveri di dichiarazioni attinenti alla propria sfera patrimoniale, economica e finanziaria nonché l'intimazione a rimuovere uno specifico interesse privato che potrebbe influenzare indebitamente l'esercizio delle funzioni di Parlamentare.

E' stata anche inserita la previsione che impone che entro trenta giorni dalla prima seduta della Camera ciascun deputato dichiari al Presidente della Camera le cariche e gli uffici di ogni genere che ricopra alla data della presentazione della candidatura e quelle che ricopre in enti pubblici o privati, anche di carattere internazionale, nonché le funzioni e le attività imprenditoriali o professionali comunque svolte. Previsione, peraltro sempre valida, anche in caso in cui le funzioni si acquisiscano nel corso del mandato.

⁷³ Cfr. anche l'aggiornamento di S. SASSI, *Primi passi verso una normazione italiana del lobbying*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2016; A. DI GREGORIO, L. MUSSELLI (a cura di), *Democrazia, lobbying e processo decisionale*, Milano, 2015; L. DELLA LUNA MAGGIO, *Le lobbies nell'ordinamento italiano: quale regolamentazione possibile?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9.4.2015.

⁷⁴ Adottato dalla Giunta per il Regolamento il 12 aprile 2016 disponibile sul sito ufficiale della Camera dei Deputati.

⁷⁵ Regolamentazione dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei Deputati approvata dalla Giunta per il Regolamento nella seduta del 26 aprile 2016 sul sito ufficiale della Camera dei Deputati.

⁷⁶ Disponibile attraverso il seguente percorso: Conoscere la Camera, sezione “Spese e trasparenza” del sito della Camera, v. <http://www.camera.it/leg17/1306>.

Pertanto, oltre alle disposizioni già indicate dalla legge n. 441 del 1982, si sommano una serie di prescrizioni volte a rendere trasparente non solo la situazione economica ma anche la rete di incarichi, conoscenze e collegamenti del Deputato all'esterno. Anche in questa legislazione dedicata ai titolari di incarichi pubblici elettivi si inserisce una forma di *legal personal scanner* poiché i dati empirici hanno evidenziato come siano proprio i rapporti personali di ciascuno ad influenzare le scelte decisionali di governo. Tuttavia, “nessun uomo è un'isola, intero in se stesso, ognuno è una parte del continente»⁷⁷ e non si può puntare l'indice per rapporti neutri che, di fatto, potrebbero anche non creare alcuna influenza indebita.

Anche in questo caso, allora, la soluzione di compromesso che mira alla tutela della legalità senza sfociare in proibizionismi o giacobinismi è data dalla trasparenza. La soluzione di dichiararli rappresenta un buon bilanciamento tra esigenze di trasparenza, di *privacy* e di contrasto alla corruzione e al malaffare. Le informazioni saranno anche rese pubbliche sul sito internet.

Il punto giuridicamente più delicato è, tuttavia, la sanzione.

La situazione di partenza è l'accertamento di una influenza illecita ove lo *status* di parlamentare che risponde soltanto all'elettorato senza vincoli di mandato (art. 67 Cost.) costituisce un argine molto importante per l'applicazione di sanzioni in questo caso. *A fortiori*, se si considera che in qualità di rappresentante del corpo elettorale, egli è fisiologicamente preordinato all'ascolto delle istanze e delle richieste dei cittadini, ivi comprese le persone giuridiche che fanno capo ad interessi economici. Il codice di condotta dovrebbe essere in grado di creare un *discrimen* tra ciò che è ammissibile e ciò che non lo è in questo ambito (e che sfocia in un traffico di influenze illecite).

Attualmente, il codice etico prevede che «della mancata osservanza delle disposizioni del codice di condotta, come accertata dal Comitato consultivo sulla condotta dei Deputati, è dato annuncio all'Assemblea ed è assicurata la pubblicità sul sito *internet* della Camera dei deputati». Anche in questo caso, la reprimenda si mantiene nei termini della diffusione della

⁷⁷ J. DONNE, *Nessun uomo è un'isola*, in *Meditazione XVII*, posta in epigrafe di E. HEMINGWAY, *Per chi suona la campana*, trad. it., Milano, 1998.

stessa al fine di promuoverne la conoscenza tra gli elettori in vista del futuro mandato elettorale.

Un ulteriore passo in avanti è rappresentato dall'approvazione del regolamento dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei Deputati, una sorta di protocollo interno sulle *lobbies*. Anche in questo caso, si parte dal presupposto della non demonizzazione dell'attività di *lobbying* ma si tenta di renderla pubblica e trasparente. E' istituito a tal fine presso l'Ufficio di Presidenza un «registro dei soggetti che svolgono professionalmente attività di rappresentanza di interessi nei confronti dei deputati. Il registro è pubblicato sul sito *internet* della Camera ed è puntualmente aggiornato in relazione alle modifiche intervenute». Il protocollo contiene anche una definizione di attività di rappresentazione degli interessi secondo cui si occupa di «ogni attività svolta nelle sedi della Camera dei deputati professionalmente dai soggetti [...] attraverso proposte, richieste, suggerimenti, studi, ricerche, analisi e qualsiasi altra iniziativa o comunicazione orale e scritta, *intesa a perseguire interessi leciti propri o di terzi* nei confronti dei membri della Camera dei deputati».

La definizione, inoltre, specifica come non costituiscano attività di rappresentanza di interessi le dichiarazioni rese e il materiale depositato nel corso di audizioni dinanzi alle Commissioni e ai Comitati parlamentari.

I soggetti che intendano svolgere attività di rappresentanza di interessi devono iscriversi presso il Registro. L'iscrizione, dunque, rappresenta la *condicio sine qua non* per poter perseguire tale attività, favorendone la trasparenza. Tra le varie dichiarazioni da rendere, a tal fine, si sottolinea quella che presuppone che il soggetto non debba non aver “subito, nell'ultimo decennio, condanne definitive per reati contro la pubblica amministrazione o la fede pubblica o il patrimonio, nonché di non essere stato interdetto dai pubblici uffici”.

E' prevista anche un'attività periodica di rendicontazione ad opera degli iscritti al Registro da presentare alla Camera entro il 31 dicembre di ogni anno e che prevede una dettagliata ricostruzione delle attività poste in essere ogni anno tra cui l'esplicitazione dei soggetti contattati, gli obiettivi perseguiti nonché i dipendenti e i collaboratori coinvolti. La Camera può decidere di porre in essere delle verifiche delle relazioni oppure di chiedere ulteriori chiarimenti. Inoltre, tutte le relazioni sono pubblicate sul sito della Camera.

Quest'ultima si occupa di vigilare il rispetto delle regole previste dal protocollo, ivi compresa la facoltà di sanzionare i soggetti che le infrangono sino a giungere al provvedimento di cancellazione dal registro.

Da un lato, deve essere indubbiamente accolta con favore l'azione proattiva della Camera che, nelle more della discussione di una legge sul fenomeno del lobbismo, tenta una soluzione basata sul proprio potere di autoregolamentazione che sia improntata sulla trasparenza delle posizioni, ammettendo l'esistenza del fenomeno e la sua ineliminabilità; mentre dall'altra, non si può non capire come difficilmente le attività di *lobbying* più delicate ed oscure possano passare per tali canali.

Una soluzione più incisiva ed efficace da cui trarre insegnamento proviene dall'U.E. ed è rappresentata dal "registro europeo"⁷⁸.

Quest'ultimo è stato progressivamente promosso da una risoluzione del Parlamento europeo (8 maggio 2008) e presenta una migliore definizione di attività di *lobbying* poiché sono incluse tutte quelle azioni «svolte allo scopo di influenzare direttamente o indirettamente l'elaborazione o l'attuazione delle politiche e i processi decisionali delle istituzioni dell'Unione, *a prescindere dal luogo in cui sono condotte e dai canali o mezzi di comunicazione impiegati* – ad esempio l'esternalizzazione, i media, i contratti con intermediari specializzati, i centri studi (*thinktanks*), le piattaforme, i forum, le campagne e le iniziative adottate a livello locale. [...] Per "influenza diretta" si intende l'influenza esercitata mediante contatto diretto o comunicazione diretta con le istituzioni dell'Unione o altra azione che faccia seguito a tali attività, mentre per "influenza indiretta" si intende l'influenza mediante il ricorso a vettori intermedi come i media, l'opinione pubblica, oppure conferenze o avvenimenti sociali mirati alle istituzioni dell'Unione»⁷⁹. Con questa qualificazione si aggira il paradosso presente nella normativa italiana che impone la pubblicità soltanto di quelle attività di influenza svolte all'interno della Camera.

Attraverso la registrazione, le organizzazioni e le persone fisiche e giuridiche interessate consentono che le informazioni da loro fornite ai fini della registrazione diventino di pubblico dominio, si impegnano ad agire in conformità del codice di condotta e a trasmet-

⁷⁸ H. KLÜVER, *Lobbying in the European Union: Interest Groups, Lobbying Coalitions, and Policy change*, Oxford, 2013.

⁷⁹ Art. 7.

tere il testo di eventuali codici deontologici cui siano vincolate, garantiscono la correttezza delle informazioni fornite e s'impegnano ad ottemperare alle richieste amministrative di informazioni aggiuntive e di aggiornamenti, consentono che le segnalazioni o i reclami che li riguardano siano trattati in base alle disposizioni del codice di condotta, consentono ad essere soggette ai provvedimenti applicabili in caso di inosservanza del codice di condotta e riconoscono i provvedimenti che possono essere loro applicati in caso di inosservanza del codice di condotta, prendono atto che le parti possono, su richiesta e fatte salve le disposizioni del regolamento (CE) n. 1049/2001 del parlamento europeo e del consiglio, essere tenute a rendere noti la corrispondenza e altri documenti relativi alle attività dei soggetti registrati⁸⁰. Ai fini dell'attuazione del sistema, i servizi del parlamento europeo e della commissione europea mantengono una struttura operativa comune, denominata "Segretariato congiunto del registro per la trasparenza (SCRT)". L'SCRT è composto da un gruppo di funzionari del Parlamento europeo e della Commissione europea, secondo modalità concordate dai servizi competenti. L'SCRT è coordinato da un capo unità presso il segretariato generale della commissione europea. I compiti dell'SCRT comprendono l'elaborazione di orientamenti attuativi rientranti nei limiti del presente accordo e atti a facilitare l'interpretazione coerente delle norme da parte di coloro che effettuano la registrazione e il controllo della qualità del contenuto del registro. L'SCRT si avvale delle risorse amministrative disponibili per verificare la qualità del contenuto del registro, fermo restando, tuttavia, che i soggetti che si registrano sono i responsabili finali delle informazioni fornite⁸¹.

I titoli di accesso al Parlamento europeo sono rilasciati alle persone che rappresentano o lavorano per organizzazioni rientranti nell'ambito di applicazione del registro unicamente qualora tali organizzazioni o persone siano registrate. La registrazione, tuttavia, non conferisce automaticamente il diritto al rilascio di tali titoli di accesso. Il rilascio e il controllo dei titoli di accesso di lunga durata ai locali del Parlamento europeo restano procedimenti interni di competenza di tale Istituzione⁸².

Tuttavia, è corretto riportare che anche il registro europeo ha mostrato sin da subito i propri limiti, ad iniziare dall'alta percentuale di errori nella compilazione del questionario,

⁸⁰ Art. 21.

⁸¹ Art. 24.

⁸² Art. 29.

alla incongruità delle informazioni esposte, alla mancanza di obbligatorietà nella registrazione⁸³.

4. *Alcune considerazioni conclusive per la rivalorizzazione dell'etica pubblica come canone trasversale*

Concludendo, è possibile affermare che recentemente sono stati fatti molti passi avanti in quanto l'adozione del principio di trasparenza rende tracciabili i confini delle azioni dei soggetti promuovendo un controllo diffuso. Tuttavia, sono ancora insufficienti poiché la trasparenza in questi casi non è garanzia di correttezza. Ecco allora riemergere con tutta la sua forza il fondamento costituzionale dei doveri di fedeltà alla Repubblica nell'interpretazione sopra indicata.

E' stato affermato che la fedeltà alla Repubblica sia «veicolo di positivizzazione dell'etica e di moralizzazione del diritto costituzionale e dell'esperienza che sulla sua base viene a formazione: un “ponte” che congiunge il pregiuridico al giuridico, connotando quest'ultimo in senso etico proprio in virtù del fatto che, in sé e per sé, moralmente qualificato è lo “strumento” (la fedeltà) allo scopo utilizzato»⁸⁴.

La precettività di questi principi è sempre stata interpretata in modo debole dalla letteratura maggioritaria come figli di un peccato originale. In quanto appartenenti a un mondo di valori pre-giuridico, anche dopo essere stati codificati come regole di condotta, essi subiscono il pregiudizio del metodo interpretativo giuspositivistico, con la complicità del fatto che, in ogni caso, i principi giuridici risultano influenzati a livello di contenuto dal substrato valoriale, etico e morale precedente la loro codificazione. In aggiunta, l'assenza di sanzioni giuridiche è stata percepita come un fattore che ne elimina la giuridicità.

Tuttavia, questi aspetti dovrebbero essere rifiutati con forza.

⁸³ Cfr. il dossier presentato da OPENPOLIS, *Vedo e non vedo. La trasparenza delle lobby in Italia e in Europa*, 9 gennaio 2017, 16, disponibile in <http://blog.openpolis.it/2017/01/09/vedo-non-vedo-nuovo-minidossier-openpolis-sul-mondo-delle-lobby/12682>.

⁸⁴ A. RUGGERI, *Rigore costituzionale ed etica repubblicana nel pensiero e nell'opera di Temistocle Martines*, in *Rivista Aic*, Atti della tavola rotonda su “Rigore costituzionale ed etica repubblicana”, in occasione del decennale della scomparsa di Temistocle Martines, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, 26 maggio 2006, s.p. Cfr. pure ID., *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, Atti Sisdic, Capri, 2006.

In primo luogo, poiché tutta la Costituzione è da intendersi come precettiva. Le disposizioni che non presentano sanzioni hanno la necessità eventuale dell'*interpositio legislatoris*.

In secondo luogo, occorre sottolineare come il sostrato moralistico ed a-giuridico di tali principi non possa in alcun modo inficiare la forza ed il valore giuridico precettivo del principio codificato come tale in Costituzione. Non si comprende, infatti, la disparità di trattamento nell'interpretazione dell'art. 2 Cost. nella parte in cui si prevede il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (che tradizionalmente accoglie una posizione di tipo giusnaturalista che colora il contenuto dei diritti dell'uomo). Ormai la dottrina e la giurisprudenza unanime lo considerano come immediatamente precettivo tanto è vero che sulla base di questa norma è stato consentito l'ingresso nel nostro ordinamento di numerosi diritti non espressamente previsti in Costituzione. La questione sui doveri è diametralmente opposta ma simile nei termini, ovvero sulla base dell'art. 54 Cost. si dovrebbero immediatamente ricondurre dei doveri di matrice costituzionale, fatti salvi i casi previsti dall'art. 23 Cost. Le ragioni di questa differenza sono da ricercarsi nella scarsa attenzione verso i doveri⁸⁵ piuttosto che ai diritti, come generica sensibilità di ciascun componente della società, anche a causa del tipo di sistema giurisdizionale ad istanza di parte, la quale solitamente agisce in giudizio per rivendicare e/o tutelare un proprio diritto. Di conseguenza, la giurisprudenza si è concentrata sempre di più su questi aspetti e molto meno sui doveri scaturenti dalla "Costituzione amministrativa", complice la struttura del processo amministrativo, tradizionalmente basato sull'annullamento dell'atto e non certo sulla configurazione dei doveri.

Occorre dunque ri-valorizzare un concetto di "etica pubblica" come canone trasversale che informi tutto l'ordinamento ricordando l'inciso «sanciti dalla presente Costituzione» eliminato dall'art. 28 dal Comitato di redazione non per ragioni di merito ma solo per semplicità formale. Vi è comunque una responsabilità per "violazione della Costituzione" che deve essere intesa come concetto più ampio di quello penalistico dell'abuso di autorità

⁸⁵ Cfr. le argomentazioni in tal senso di G. LOMBARDI, *I doveri costituzionali: alcune riflessioni*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di) *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, 568 ss.

e di quello amministrativo dell'eccesso di potere⁸⁶ ove l'etica pubblica rappresenti il filo conduttore delle regole da rispettare per comportamenti pienamente in armonia con la stessa.

Abstract

The essay tries to explain the constitutional fundaments about anticorruption and transparency legislation. Then, it focuses in two different laws as paradigm of balancing between transparency, privacy and anticorruption. The conclusions affirm only a better public ethics could increase a real transparency and anticorruption way of public life.

Ancona-Camerino, marzo 2017.

⁸⁶ Si ricorda la posizione del liberale On.le Lucifero nel Dibattito della prima sottocommissione del 1° ottobre 1946, Atti Assemblea Costituente, 160.

MARIA CRISTINA DE CICCIO*

*O «novo» perfil do direito à identidade pessoal: o direito à diversidade***

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Diversidade e diferença: um problema de qualificação. – 3. Acenos à diversidade cultural na jurisprudência italiana. – 4. Diversidade como expressão do direito à identidade pessoal. – 5. O caso da *bodyart* e da *body modification*. – 6. ...e da identidade de gênero. – 7. – O outro lado da medalha: aceno à tolerância. – 8. Conclusão.

1. Introduzione

Um dos maiores desafios do século XXI para os juristas, especialmente os civilistas, diz respeito ao alcance da igualdade na atual sociedade globalizada, caracterizada pela multietnia e pelo multiculturalismo. A primeira manifestação do princípio da igualdade, consistente na proibição de tratamentos discriminatórios, é essencialmente formal. No entanto, a consciência do fato que as pessoas não gozam de idênticas condições sociais, econômicas, para não dizer psicológicas, levou à previsão da necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com as próprias desigualdades, emergendo, assim, o perfil substancial do princípio de igualdade.

Neste contexto, o presente trabalho parte da convicção de que, no âmbito do princípio da igualdade, o principal problema concerna, hoje, ao direito à diversidade¹.

* *Professore Associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Camerino.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹ Não se pretende abordar, neste trabalho, a delicada e complexa questão dos direitos dos imigrantes e da condição jurídica dos estrangeiros, mas colocar em evidência, sem pretensões de exaurir o problema, que a presença de uma pluralidade de culturas no mesmo território apresenta problemas complexos relacionados à regulação ético-jurídica, na medida em que traz à tona as diferenças e as diversidades seja no plano das concepções culturais, filosóficas, religiosas, seja no plano dos costumes e tradições, colocando em crise o princípio da igualdade formal e substancial entendido de forma absoluta. Sobre a relação entre direito e pluralismo, v. A. BRIGHENTI, *Realmente distinti, ma inseparabili: il diritto e l'altro*, in *Sociol. dir.*, 2003, 2, p. 37 ss.

O objetivo inicial da pesquisa era verificar a possibilidade de configurar o direito à diversidade² como um direito autônomo, lembrando sempre que tratando-se de questão ligada às pessoas, não se deve ter a pretensão de encontrar “a” solução, mas sim, soluções ligadas às especificidades do caso concreto. Por esse motivo, mais do que dar uma resposta, procurou-se evidenciar os múltiplos aspectos que a questão apresenta. O estudo do direito por problemas acompanha o posicionamento da pessoa no ápice do sistema jurídico, de acordo com a lição de Pietro Perlingieri³, que coloca em evidência a necessidade de uma teoria da interpretação orientada para a realização dos valores fundamentais do ordenamento, em procedimento voltado não ao mero respeito da lei, mas à realização da justiça do caso concreto. É nessa direção que devem ser entendidas tanto a necessidade de releitura dos institutos civilísticos à luz da Constituição, quanto a direta aplicação das normas constitucionais nas relações interprivadas. Uma reconstrução do direito civil como setor não separado do direito constitucional, mas como parte integrante de um ordenamento unitário que requer a concretização dos princípios constitucionais também nas relações entre particulares⁴.

Nessa ótica, mesmo sem pretender encontrar «A» resposta, pelo menos até o presente momento a conclusão tem sido negativa, no sentido de que o direito à diversidade não se configura como um direito autônomo, podendo ser entendido, contudo, como

² Adverte que o direito à diversidade, o direito à diferença não nasceram «sobre as cinzas da igualdade formal, mas usando-a de qualquer forma como seu pedestal», S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999, p. 112.

³ Das obras de P. PERLINGIERI, v., em língua portuguesa, *Perfis do Direito Civil. Uma introdução ao direito civil constitucional*, tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 1997; *Normas constitucionais nas relações privadas*, in *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999, p. 63 ss.; *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008

⁴ Sobre a metodologia do direito civil-constitucional, além de PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, ESI, 2006, v., entre todos, principalmente, E. R. GRAU *A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas*, in *Revista de Direito Constitucional e Ciências Política*, 1985, n. 4, p. 41 s.; M. C. DE CICCIO, *Teoria da interpretação e normas de direito civil*, in *Revista brasileira de filosofia*, ano 59, vol. 235, julho-dezembro, 2010, p. 231 ss.; G. T., *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in ID., *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 1 ss.; ID., *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, in ID., *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 23 ss.; M/ C. BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana - uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003; ID., *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Revista de Direito Civil*, 1993, vol. 65, p. 21 ss.; ID., *Ampliando os direitos da personalidade*, in José Ribas Vieira (a cura di), *20 anos da Constituição cidadã: efetivação ou impasse institucional?*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 371 ss.; L. E. FACHIN, *Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

expressão do direito à identidade pessoal. Isso porque a diversidade é, de toda sorte, um valor e como tal deve ser analisada.

Lembrando que o Homem, como entidade que representa universalmente a totalidade do gênero humano, não existe⁵, quando se leva em consideração o conjunto dos direitos fundamentais de sujeitos portadores de elementos de diversidade em um ordenamento, os aspectos a serem considerados são essencialmente dois: *i*) o relativo à identidade cultural vista como expressão de uma individualidade caracterizada por valores que podem ser também não compartilhados ou mesmo conflitantes com os do ordenamento considerado; *ii*) e um segundo, relativo ao possível modo de se entender os direitos fundamentais⁶.

2. Diversidade e diferença: um problema de qualificação

Ao abordar o tema, a dificuldade maior foi distinguir entre «diversidade» e «diferença» posto que em muitos textos as duas palavras são usadas quase como sinônimo e por vezes o que um autor considera diversidade, para outros é diferença.

Não só, de diversidade usa-se falar em relação às distintas culturas presente no mundo. A diversidade cultural é, hoje, reconhecida pacificamente em vários ordenamentos e também no plano internacional⁷. Basta pensar na Convenção UNESCO sobre a «proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais» aprovada pela XXXIII conferência geral de 2005. Uma diversidade cultural reconhecida, contudo, nem sempre respeitada. A Convenção pretende dar uma resposta a duas preocupações fundamentais: a de assegurar o respeito das identidades culturais de todos os povos em um contexto

⁵ Nesse sentido, H. ARENDT, *La vita nella mente*, trad. di G. Zanetti, Bologna 1987, p. 99, para quem a pluralidade é a lei da terra posto que «non l'Uomo, ma uomini abitano questo pianeta».

⁶ Para uma visão dos direitos fundamentais como base de uma nova antropologia humana v. S. RODOTÀ, *L'età dei diritti al crepuscolo?*, em *Italia civile*. Atti del convegno dedicato al centenario di Norberto Bobbio, Torino, 15 ottobre 2009, *passim*.

⁷ Sobre a essencialidade da cultura para a existência humana v. C. GEERTZ, *O impacto do conceito de cultura no conceito de homem*, in *The Interpretation of Cultures*, Nova York, Basic Books, 1973, p. 46 ss., para quem «Não existe algo como uma natureza humana independente de cultura». A globalização e a internacionalização da proteção dos Direitos Humanos ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, intensificaram a discussão sobre a possibilidade da efetiva proteção do direito à diversidade cultural no âmbito internacional, seja na perspectiva universalista, seja na visão multiculturalista dos Direitos Humanos.

democrático e a de contribuir à criação de um ambiente favorável para sustentar a criatividade dos indivíduos e dos grupos.

Todavia, acredito que a diversidade vá muito além disso, contribuindo mesmo a definir a identidade pessoal do indivíduo⁸.

A diversidade, como tudo e como todos os direitos, tem duas vertentes: uma positiva, ligada à identidade pessoal e outra negativa, que pode levar à emarginação e à exclusão e nesse caso se aproxima da diferença, que pode provocar discriminação.

Na sua vertente positiva, a diversidade se relaciona à liberdade de expressão, nos seus múltiplos significados; se relaciona à orientação sexual; ao direito de ser si mesmo em toda a sua complexidade, incluída a diversidade em relação à manifestação de pensamento e ideias, ou mais especificamente, à forma de manifestar o pensamento e as ideias.

No meu entender, a diferença é um dado de fato positivo ligado à pessoa, por exemplo, um afro-descendente é diferente de um asiático, por sua vez diferente de um europeu, por sua vez diferente de um latino-americano, porque diferentes são os traços característicos de cada um desses grupos. Uma pessoa magra é diferente de uma gorda, uma alta diferente de uma baixa, sem que todavia qualquer dessas características implique por si só uma discriminação. O traço que as acomuna é o fato de serem pessoas. Pode-se dizer, portanto, que todos são iguais, ao mesmo tempo em que todos são diferentes⁹. Afirma-se, de fato, ser «proprio la differenza [...] di un uomo rispetto agli altri a renderlo umano; simili agli altri proprio per l'elevato livello di differenziazione. È questo che permette all'uomo di attribuirsi una identità umana e, di conseguenza, anche una identità personale»¹⁰

Na sua vertente individual, a diversidade é ligada à personalidade, enquanto de um ponto de vista coletivo, é relacionada à cultura, por exemplo. Num ordenamento norteado pelo princípio da dignidade humana, a pessoa é protegida integralmente em suas relações

⁸ É notória a dificuldade filosófica de se definir a pessoa humana: cf. F. K. COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 3, para quem, «na verdade, a indagação central de toda a filosofia é bem esta: - Quem é o homem?»

⁹ No mesmo sentido expressou-se M. C. BODIN DE MORAES (PUC-RJ e UERJ) em uma das tantas conversas que tive o prazer de ter com essa renomada jurista e caríssima amiga sobre temas relativos à pessoa e à sua tutela.

¹⁰ Assim, G. DEVEREUX, *Saggi di etnopsicanalisi complementaria*, Milano, 1979, p. 199, citado por M. BOUCHARD, *Obiettivo: immigrazione, cultura, diritto, identità culturale, uguaglianza, diversità*, in *Quest. giust.*, 2001, 3, p. 471.

concretas e não mais (somente) como «cidadão»¹¹, conceito historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos¹². Por conseguinte, o vínculo de participação em uma sociedade caracterizada pelo pluralismo, como a atual, compreende e deve compreender, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias¹³. Daí os dilemas postos pelas atuais e complexas dimensões conferidas ao direito à igualdade que impõe o reconhecimento do direito à diversidade e à diferença¹⁴, lembrando sempre que igualdade e diversidade caminham juntas e constituem as condições necessárias à garantia da dignidade humana.

Afirma-se, justamente, que «a igualdade dos direitos, que não é redução do outro ao mesmo, inclui o direito à diferença e à diversidade». De fato, não se trata de conceber a igualdade no sentido de absoluta coincidência, mas no sentido de restituir ao igual a sua diferença e a sua diversidade¹⁵. O entrelaçamento entre igualdade e diversidade resulta também da leitura do artigo. 21 da Carta dos Direitos Fundamentais¹⁶, que proíbe a discriminação com base em características genéticas e em *handicap*. Portanto, um direito na diferença e na diversidade e um direito à diferença e à diversidade¹⁷.

¹¹ De fato, ao estrangeiro, enquanto pessoa, serão reconhecidas as garantias relacionáveis ao *status personae* e não os direitos políticos reconduzíveis ao *status civitatis*. Sobre esse ponto v. P. PERLINGIERI, *I diritti civili dello straniero*, (2001), ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 85 ss. Nessa perspectiva, a reciprocidade invocada pelo art. 16 disp. prel. c.c., não opera em relação ao gozo dos direitos constitucionalmente garantidos, entre os quais o direito inviolável da igualdade: Corte cost., 21 de junho de 1979, n. 54, em *Foro it.*, 1979, I, c. 1943 ss., segundo o qual, o princípio da igualdade se aplica também aos estrangeiros, levando-se em consideração inclusive aquelas diferenciações que pareçam razoáveis. Mais recentemente, afirma que a reciprocidade *ex art. 16 preleggi* não condiga respeito aos direitos fundamentais, Cass., 11 gennaio 2011, n. 450, disponível em www.personaedanno.it

¹² Sobre o conceito de italiano não pertencente à República, v. O interessante trabalho de G. LIBRALATO, *L'evoluzione del concetto di italiano non appartenente alla Repubblica*, disponibile em <http://www.diritto.it/archivio/1/26290.pdf>, acesso em 2 de abril de 2016.

Sobre a relação entre cidadania e nacionalidade, v. M. LA TORRE, *Cittadinanza e nazionalità. Identità o differenza?*, em *Sociol. dir.*, 2001, 3, p. 81 ss.

¹³ Sobre o assunto, v. G. M. FLICK, *Minoranze e uguaglianza: il diritto alla diversità e al territorio come espressione dell'identità nel tempo della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2004, n. 1, p. 3 ss.

¹⁴ Cf. G. DE VERGOTTINI, *Multiculturalismo, minoranze linguistiche e immigrazione*, in T. Bonazzi e M. Dunne, *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, Il Mulino, 1994, fasc. 2, p. 237 ss.

¹⁵ A. DE BENOIST, *Il diritto alla differenza non può essere negato*, disponibile in https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/alaindebenoist/pdf/il_diritto_alla_differenza.pdf.

¹⁶ A referência é à Carta dei diritti fondamentali di Nizza, de 7 de dezembro de 2000, reelaborada em Strasburgo, em 12 de dezembro de 2007, disponível em www.europarl.europa.eu.

¹⁷ Para H. ARENDT, *Vita activa*, tradução de Sergio Finzi, Milano, 1991, a pluralidade humana apresenta um duplo aspecto, o da igualdade e o da diferença: «La pluralità umana, condizione fondamentale sia del discorso sia dell'azione, ha il duplice carattere dell'eguaglianza e della distinzione. Se gli uomini non fossero uguali, non potrebbero né comprendersi fra loro, né comprendere i propri predecessori, né fare progetti per il futuro e

Devemos ter sempre presente o imperativo intercultural tantas vezes invocado por Boaventura de Sousa Santos¹⁸: «as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades». Como oportunamente foi lembrado, o direito à diferença, à diversidade nasceram da igualdade formal¹⁹.

Mas os iguais são diversos, por definição. A diversidade de cultura, de caráter, de propensões, inclinações são a expressão evidente da nossa igualdade. São o sinal de que a igualdade vive na diversidade e que não devemos encontrar valores compartilhados, mas encontrar a convivência também de valores diversos: valores que nos permitam conviver apesar da diversidade, que permitam viver juntos apesar e graças à nossa diversidade. Somos iguais porque somos diversos. Temos diversidades e não diferenças. Nenhuma diferença é aceitável porque as diferenças produzem desigualdade. A diversidade, ao contrário, se nutre reciprocamente da diversidade dos outros. Por isso, enquanto as diferenças dividem e criam desigualdades, a diversidade, de um ponto de vista coletivo, une e enriquece a sociedade²⁰.

prevedere le necessità dei loro successori. Se gli uomini non fossero diversi, e ogni essere umano distinto da ogni altro che è, fu, o mai sarà, non avrebbero bisogno né del discorso né dell'azione per comprendersi a vicenda. Sarebbero soltanto sufficienti segni e suoni per comunicare desideri e necessità immediati e identici» (p. 183). Para um estudo aprofundado do pensamento arendtiano, v. C. LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, 2001.

¹⁸ B. DE SOUSA SANTOS, *A construção multicultural da igualdade e da diferença*, Oficina do CES, n. 135, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, disponível em <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>, acesso em 5 de maio de 2016; A. C. SANTOS, *Orientação sexual em Portugal: para uma emancipação*, in B. DE SOUSA SANTOS, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 339, a qual enfatiza que “Falar do direito à diferença nunca é o mesmo que reivindicar direitos iguais para todos. O direito à diferença exige a especificidade sem desvalorização, a alternativa sem culpabilização”.

¹⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit, p. 112: «Proprio il rispetto dell'individualità, che muoveva le antiche battaglie egualitarie contro una individualità fonte di discriminazione, appariva parziale e incompiuto se l'eguaglianza diveniva un'amputazione, e non un recupero della pienezza della persona».

²⁰ Tal consciência é evidente e se sintetiza no spot recentemente veiculado pela televisão dinamarquesa sobre o tema da igualdade e intitulado *All that we share*. A intenção do vídeo é mostrar e explicar aos cidadãos dinamarqueses, atores protagonistas do spot, como na verdade, as suas diferenças iniciais sejam, na realidade, menos fortes, importantes, numerosas e significativas das coisas que os unem: www.quotidiano.net, 31 gennaio 2017.

A igualdade vai além de um direito, como adverte Dalmo de Abreu Dallari²¹, para quem a ideia de democracia exige a superação de uma concepção mecânica e estratificada da igualdade, que, portanto, hoje, deve ser vista como um direito convertido em possibilidade²².

Afirma-se justamente a necessidade de distinguir a igualdade factual e a igualdade material, verdadeiro princípio do ordenamento e elemento integrante da dignidade da pessoa humana. A diferença é o contrário da igualdade factual já que se duas coisas são diferentes é porque não são iguais; todavia, o oposto da igualdade material não é a diferença mas, sim, a desigualdade²³.

O princípio de igualdade, portanto, tutela os diversos e combate as diferenças. O direito à diversidade pressupõe e implica a alteridade e pode portanto, ser identificado como o direito de continuar a ser si mesmo²⁴.

Se a igualdade vive na diversidade, não existe uma identidade, associo-me por isso à sugestão feita de se substituir o termo «identidade» por «reconhecimento», que permite «reconhecer» o outro como um ser igual a nós. Na identidade existiria tão-somente a ideia de «mesmo», enquanto o reconhecimento permite a dialética do mesmo com o «outro»²⁵. Reconhecer o outro implica não somente reconhecê-lo como outro, mas também admitir que, se somos semelhantes é porque, antes de tudo, somos diversos²⁶.

²¹ D. DE A. DALLARI, *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 25. ed. São Paulo, 2005, p. 309, para quem “O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos”. Afirma que as expressões “oportunidades iguais” e “condições iguais no ponto de partida” seriam falsas, C. OCONE, *L'uguale diritto alla diversita ovvero alle im-pari opportunita. Una riflessione controcorrente*, disponibile em <http://www.reset.it/blog/luguale-diritto-alla-diversita-ovvero-alle-im-pari-oppurtunita-una-riflessione-controcorrente>, acesso em 28 de fevereiro de 2016.

²² Nesse sentido o voto do Min. Ricardo Lewandovski, ADPF 186/DF, Sistema de cotas, constitucionalidade.

²³ Entre outros, M. C. BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit.

²⁴ Sobre esse ponto, cf. R. LEWONTIN, *La diversità umana*, tradução de Lucia Maldacea, Bologna, Zanichelli, 1987, para quem a diversidade é o direito inalienável de qualquer pessoa a se concretizar e a se expandir em toda a sua plenitude original, afirmando-se como uma humanidade diferente, não só dos outros, mas também de si mesmo, a fim de não deteriorar-se no conformismo e na repetição.

²⁵ Assim, P. RICOEUR, *A crítica e a convicção. Conversas com F. Azouvi e M. De Launay*, Lisboa, Edições 70, 1997, p. 88 ss.

²⁶ A. DE BENOIST, *Il diritto alla differenza non può essere negato*, cit. O autor lembra que foi Hegel, em 1807, o primeiro a evidenciar a essencialidade do reconhecimento de um ponto de vista da identidade na medida em que «la piena coscienza di sé richiama, e passa attraverso, il riconoscimento dell'altro». Nessa perspectiva, o reconhecimento completa a identidade no sentido de que «non esiste piena identità se non quando essa viene riconosciuta».

É interessante verificar que em alguns casos a diferença foi usada para realizar e remarcar a própria identidade cultural, como no caso, bem conhecido, de duas homossexuais surdas de nascimento, Sandra Duchesneau e Candy McCullough, que pretendiam gerar uma criança também surda²⁷. Diante da impossibilidade de encontrar um banco de sêmen que satisfizesse essa aspiração, já que todos os estabelecimentos rejeitaram o pedido, elas decidiram usar o sêmen de um amigo em cuja família a surdez se manifestava há várias gerações. Para o casal, a justificação da escolha estava no fato de que para elas a surdez não representava uma deficiência, mas ao contrário, a própria identidade cultural. Todavia, nesse caso, a identidade cultural comporta relevante perda em relação à integridade psicofísica de um terceiro e, por isso, não poderá ser considerada uma justificação merecedora de tutela, principalmente tratando-se de crianças e adolescentes que merecem concreta tutela por parte do ordenamento²⁸.

3. *Acenos à diversidade cultural na jurisprudência italiana*

A delicadeza e o caráter problemático da questão do respeito à diversidade cultural²⁹ emerge com clareza da jurisprudência da Corte de Cassação italiana sobre o tema. Alguns exemplos poderão ser úteis para confirmar essa afirmação.

²⁷ V. a notícia na edição *on line* do cotidiano La Repubblica de 8 de abril de 2002, disponível em www.repubblica.it, que reenvia à edição do Washington Post Magazine de 2 de abril de 2002.

²⁸ V. sobre esse assunto, S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007; ID., *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, pp. 174, 288 ss., o qual afirma, justamente, que os casais podem autodeterminar-se em relação aos direitos procreativos, mas com limites representados pelos direitos de terceiros. O casal é livre de autodeterminar-se em relação à própria vida, mas não quando a escolha, «*“disegnando” la persona che deve nascere in una forma che ne sacrifica la libertà esistenziale*», influi sobre a vida de outros. A previsão de uma proibição de uma determinada escolha procreativa (logicamente limitada ao acesso a específicas técnicas procreativas) traz como consequência a possibilidade da «*persona fatta nascere sorda o nana di chiedere ai genitori il risarcimento dei danni derivanti da questa loro scelta procreativa valutata negativamente dall’ordinamento giuridico*», p. 288 s.

²⁹ Um dos casos mais emblemáticos sobre o respeito de uma cultura de minoria foi julgado no início dos anos 70 do século passado por parte da Corte Suprema dos Estados Unidos. Trata-se do caso o Wisconsin v. Yoder, (406 Stati Uniti 208 1972) no qual se discutiu o direito dos membros da comunidade religiosa Amish a não frequentar mais uma escola estatal, como determinado pela lei do Estado do Wisconsin. A Corte, de fato, reconheceu o exonerado do dever de respeitar a obrigação legal a favor dos jovens da comunidade, entrevendo na obrigação escolástica até os 16 anos, um possível atentado à fundamental liberdade religiosa deles. De acordo com a maioria dos membros da Corte, nos termos do *Chief Justice Burger*, os Amish tinham um motivo válido para querer retirar as crianças da escola porque essa enfatizava os valores contrários aos próprios, como por exemplo, a competitividade, privando assim a comunidade da possibilidade seja de transmitir os próprios valores às crianças, seja de utilizar o trabalho deles. O interesse do Estado à instrução universal, com o objetivo de criar cidadãos capazes de participar ao sistema político e preparar as pessoas capazes de sustentar a si mesmo, deve ser balanceado com as exigências dos

Em 2008, a Corte³⁰, em um caso relativo a uma mãe de etnia Rom que pedia esmola juntamente com o filho de apenas 4 anos, decidiu que o caso específico não constituía crime de redução à condição análoga à de escravo³¹, argumentando que para algumas etnias “pedir esmola constitui uma condição de vida tradicional profundamente enraizada na cultura e na mentalidade de tais populações”, que a mendicância se limitava ao período da manhã e que no restante do dia a mãe “provavelmente dava atenção ao filho”. No caso específico, poder-se-ia tratar no máximo de maus tratos e como tal deveria ser julgado³². Um caso evidente de discriminação contra essa criança que, pelo fato de pertencer a uma determinada comunidade, deixa de receber a proteção que a Constituição impõe ao Estado de garantir às pessoas vulneráveis, crianças *in primis*.

No mesmo ano, a Corte anulou uma sentença de condenação contra o Prefeito de Verona, afiliado ao partido político Liga Norte, de extrema direita, por instigação ao crime de ódio racial por ter proferido em público a frase “onde há ciganos, há roubos”³³. A tese

grupos especiais. Para a minoria, o *Justice* Douglas sustentou que as razões e os interesses dos genitores poderiam ser diversos dos interesses dos filhos e que a decisão da Corte baseou-se na errada identificação destes dois núcleos de interesses. O juiz afirmou que o sistema de instrução pública não é fim a si mesmo, mas uma tentativa de alimentar e desenvolver o potencial humano das crianças, sejam Amish ou não. Algumas crianças provavelmente depois vão querer retornar à vida rural da própria comunidade; outros, ao contrário, poderiam querer seguir outros percursos e o Estado tem um interesse legítimo de garantir essa opção.

³⁰ Corte di Cassazione, V sez. pen., 29 novembre 2008. Para a Suprema Corte a mulher não fazia parte de “uma organização voltada à exploração de menores”, sendo além do mais também necessário “prestar atenção às situações concretas”. Como a mãe mendigava em razão da pobreza e “somente” das 9 às 13, não existe «aquela negação integral da liberdade e dignidade humana da criança que permite considerar que se encontre em estado de completa servidão». Por fim, evidencia a Corte que não podem ser “criminalizadas as condutas que se encaixam na tradição cultural de um povo”, como a mendicância para os ciganos. Disponível em www.osservatoriointerventitratta.it, acesso em 6.2.2017. A decisão foi aplaudida pela Associação Everyone, Group for international cooperation on Human Rights Culture, para quem a posição da Corte reflete uma “scintilla di civiltà e di verità nell’attuale buio che circonda i diritti delle minoranze etniche”. Deixou-se, todavia de se levar em conta a criança que, justamente em razão de sua vulnerabilidade, é merecedora de tutela especial por parte do ordenamento.

³¹ Para uma análise da jurisprudência sobre o tema v., L. MIAZZI, *Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio*, em *Quest. giust.*, 2005, 4, p. 768 ss.

³² A Corte delinea a fronteira entre as duas figuras de crime, lembrando que depois da reforma de 2003, «l’interesse tutelato dalla norma in esame», art. 600 c.p., «è costituito dallo *status libertatis* dell’individuo» e também que «la finalità principale del legislatore era quella di porre un argine al crescente traffico di donne e bambini provenienti dai Paesi del terzo mondo e dall’Est europeo e ridotti in condizioni di schiavitù e/o servitù».

³³ Cass. pen., 13 de dezembro de 2007, n. 13234, disponível em www.Meltingpot.org, que anulou com reenvio a outra seção da Corte d’appello de Venezia, a decisione da Corte di appello de Venezia, 30 de janeiro de 2007. No mesmo sentido, Cass. Pen., 22 de novembro de 2012, n. 47894, in *DeJure on line*, que afronta um caso semelhante àquele objeto da decisão de 2007, chegando à mesma conclusão. Em especial, os Juízes de legitimidade colocam em evidência, e como fundamento da própria decisão de anular a sentença da Corte de

sustentada pelos Juízes de mérito foi que «a discriminação em razão da diversidade de outrem é coisa diferente da discriminação em razão da *criminosità* (caráter criminoso) de outrem», alegando também que um sujeito pode ser legitimamente discriminado pelo seu comportamento mas não pela sua qualidade de ser diverso. Os juízes, porém, não levaram em consideração que no caso a definição de «ladrões» foi atribuída pelo Prefeito a toda comunidade rom e não somente aos que roubam, legitimando, assim, um conceito de culpa coletiva que representa o fundamento mesmo do crime de racismo.

No mesmo sentido colocam-se outra sentença da Corte de Cassação de 2012 e uma decisão do Tribunal de Roma de 2015.

No mesmo sentido posicionou-se também o Tribunal de Roma³⁴, ao ordenar que fosse retirado do comércio um livro de Direito penal, da Editora Simone, por comportamento discriminatório contra as comunidades rom e sinti. De fato, abordando o crime de compra de bens de proveniência duvidosa (art. 712 cod. pen. it.), o texto assumia como válida a equação ciganos=ladrões, na medida em que advertia sobre o perigo de «adquirir um bem de valor elevado de um mendicante, cigano ou de um delinquente habitual» porque «*probabilmente all'origine c'è un reato*».

Recentemente, a Corte de Cassação, em outro caso de mendicância, mudou orientação deixando claro que o respeito a uma cultura minoritária não deve significar que possam ser toleradas situações de abuso, quando rejeitou o pedido de considerar como atenuante o fato do réu pertencer a uma comunidade de ciganos onde a exploração de crianças para mendicância é considerada como normal³⁵.

Essa sentença coloca-se em linha com a Convenção UNESCO que prevê, no art. 2, uma cláusula de salvaguardia, pela qual os direitos humanos e as liberdades fundamentais

Apelação de Trento, o fato de que a fala do Conselheiro Municipal durante uma sessão pública do Conselho Municipal, não pode ser considerada uma «manifestação de pensamento isolada», o que a caracteriza como propagandística, na medida em que «*anche un'isolata manifestazione a connotazione razzista*» pode levar à acusa de «propaganda discriminatória». No caso concreto, além disso, o Conselheiro Municipal exprimiu claramente sua «aversão» em relação à etnia dos «ciganos», indicados por ele como «assassinos, ladrões, preguiçosos, canalhas», augurando o «*sequestro di Stato*» para «salvar» as crianças nômades, «com evidente finalidade de recolher adesões em torno à sua ideia, visto o púlpito a partir do qual avançava-se a discutível proposta».

³⁴ Trib. Roma, 16 de fevereiro de 2015, disponível em www.asgi.it, acesso em 6.2.2017

³⁵ Cass., V sez. pen., n. 37638 de 28 de setembro de 2012, pela qual «le consuetudini di usare i bambini nell'accattonaggio non sono invocabili come causa di giustificazione dell'esercizio del diritto, atteso che la consuetudine può avere efficacia scriminante solo in quanto sia stata richiamata da una legge», disponível em www.briguglio.asgi.it, acesso em 2.2.2017.

não podem em caso algum ser comprimidos para proteger ou promover a diversidade cultural³⁶, posto que o respeito pelos direitos humanos e as liberdades fundamentais³⁷ são o único remédio para a possibilidade que diferenças culturais resultem em um relativismo total, o que pode levar a uma perigosa deriva em direção a condutas antijurídicas, violentas e destabilizantes para o ordenamento. Basta pensar às mutilações genitais femininas³⁸, à violência doméstica por motivos culturais³⁹. Adolescentes e mulheres muçulmanas que são

³⁶ Sobre esse ponto v. as interessantes considerações de S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 112.

³⁷ Os problemas ligados à diversidade cultural surgem também nos países particularmente multiétnicos, como a Suécia, há muito tempo na vanguarda em tema de *gender equality*, onde as salas de aula separadas com base no sexo, apesar de não terem sido nunca expressamente proibidas, não existem há décadas. A divisão meninos-meninas em algumas aulas ou anos de curso até agora foram toleradas em casos isolados com a finalidade de respeitar algumas comunidades religiosas, como a muçulmana, fortemente radicada na Suécia. No entanto, segundo uma notícia veiculada nos jornais, o aumento do número de salas de aula divididas levou o Ministro da educação, Gustav Fridolin, a tomar uma posição a favor da igualdade entre os sexos afirmando que «nas escolas as salas de aula separadas devem ser totalmente proibidas, expressamente, e quem tiver um problema com esse nosso valor constituído deve se adaptar, e não pedir ao Estado de separar os rapazes das moças»: v., entre todos, o artigo de A. TARQUINI, *Svezia, il governo ai musulmani: qui niente classi separate*, publicado no jornal *La Repubblica* de 4 de fevereiro de 2017, disponível em www.repubblica.it.

³⁸ Sobre esse ponto v., M. C. VENUTI, *Mutilazioni sessuale e pratiche rituali nel diritto civile*, em *Trattato di biodiritto* dirigido da S. Rodotà e P. Zatti, III, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 657 ss.; N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose – Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006, p. 183 ss.

A questão encontra-se regulamentada pela l. 9 gennaio 2006, n. 7, em G.U. 18 de janeiro de 2006 n. 14, e também em *Guida dir.*, 2006, 5, p. 16 ss., com comentários de GIUS. AMATO, *L'introduzione in Italia di un apposito reato è un'innovazione opportuna ma perfezionabile*.

Antes da aprovação da lei já havia se pronunciado o Comitê Nacional de Bioética com um parecer de 25 de setembro de 1998, sobre «*La circoncisione: Profili bioetici*» (em COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Problemi bioetici in una società multiétnica – La circoncisione: profili bioetici*, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1998, p. 17 ss.), onde, apesar da consciência «*del rispetto che è doveroso prestare alla pluralità delle culture, anche quando queste si manifestino in forme estremamente lontane da quelle della tradizione occidentale, e del gran valore del giusto confronto con la diversità culturale*» ha tuttavia affermato «*nessun rispetto sia dovuto a pratiche, ancorché ancestrali, volte non solo a mutulare irreversibilmente le persone, ma soprattutto ad alterarne violentemente l'identità psico-fisica, quando ciò non trovi una inequivocabile giustificazione nello stretto interesse della salute della persona in questione*» (p. 18).

Depois da introdução do art. 583 bis c.p. foi emitida somente uma condenação pelo crime de mutilações genitais femininas: Trib. Verona, 14 de abril de 2010, n. 979, em *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, 3, p. 209; entre os comentários, E. GHIZZI GOLLA, *Multiculturalismo e diritti delle donne. Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitai femminili*, em *Europa: casi giurisprudenziali e soluzioni normative*, disponível in www.altrodiritto.unifi.it; C. PECORELLA, *Mutilazioni, genitai femminili: la prima sentenza di condanna (nota a Trib. Verona 14 aprile 2010)*, em *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2011, p. 861 ss.

A sentença foi modificada pela Corte di appello de Venezia, que absolveu os réus: App. Venezia, 23 de novembro de 2012, n. 1485, disponível em www.penalecontemporaneo.it. Para um comentário, v. F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitai femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, em *Stato, Chiesa, pluralismo confessionale*, rivista telematica, n. 24/2013, www.statochiese.it.

³⁹ Nesse sentido, cfr. Cass. pen., 26 de novembro de 2008, n. 46300, em *Guida dir.*, 2009, 11, p. 63, para quem, em relação aos chamados crimes culturais, qualificados pelo fato que a norma penal deva ser aplicada a cidadãos de cultura e etnia diversa, portadores de tradições sociológicas e hábitos antropológicos conflitantes com a norma penal, o juiz não pode se subtrair à sua tarefa de ministrar justiça imparcial aplicando as normas

espancadas e por vezes assassinadas pelo pai ou pelos irmãos por se vestir ou ter adquiridos hábitos à moda ocidental⁴⁰. E, o que causa maiores preocupações, muitas vezes o comportamento violento por parte dos homens da família são apoiados e encorajados pela mãe⁴¹.

4. *Diversidade como expressão do direito à identidade pessoal*

Todos esses aspectos são fundamentais em uma ordem democrática. Todavia, gostaria de retomar a questão que diz respeito ao que eu chamei de vertente individual e positiva da diversidade, ou seja, quando ela se relaciona à liberdade de expressão, nos seus múltiplos significados; à orientação sexual; ao direito de ser si mesmo em toda sua complexidade, incluída a diversidade em relação à manifestação de pensamento e ideias, ou mais especificamente, à forma de manifestar o pensamento e as ideias.

Para tanto, temos de verificar em que consiste o direito à identidade pessoal⁴²: No direito à identidade pessoal indicou-se o direito de cada um de ser indentificado mediante os próprios sinais distintivos, e principalmente o direito do indivíduo de ser representado, na sua vida de relação, no respeito das suas ideias e convicções⁴³. É um direito de construção jurisprudencial que se afirmou, na Itália, a partir de 1974 com uma sentença de

vigentes, não se podendo admitir qualquer interpretação que pretenda excluir a existência do elemento subjetivo do crime, invocando as convicções religiosas e o patrimônio cultural do acusado, porque tal interpretação contrastaria com as normas fundamentais que informam e fundamentam o ordenamento jurídico italiano e a regulação concreta das relações interpessoais.

⁴⁰ Em relação à diversidade cultural, os problemas mais complexos surgem quando o modelo cultural que pretende ser reconhecido for caracterizado pela negação de direitos fundamentais da pessoa, como nas hipóteses de graves discriminações contra a mulher por motivos culturais. Nesse caso, indaga-se se o imperativo do multiculturalismo possa ser levado «*fino a legittimare violazioni che ci appaiono intollerabili*»: S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 135.

⁴¹ Sobre esse aspecto, v. L. MORMILE, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: Il diritto all'identità culturale*, em *Família*, 2004, p. 57 ss., que recorda as preocupações do mundo feminino e dos movimentos feministas «che temono che la promozione di una politica multiculturale porti all'indifferenza verso il benessere dei singoli individui, e specificatamente [sic!] delle donne, spesso vittime delle loro stesse culture (p. 68, nota 18 in fine). Cfr. também S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 125 ss., espec. p. 137, o qual coloca em evidência o caso egípcio (sobre mutilações geniais femininas) e o caso indiano (sobre seleção do sexo do nascituro) que «*mostrano con chiarezza l'affiorare e il diffondersi di criteri universali, il rifiuto di considerare il multiculturalismo come una resa a tradizioni che si presentano ormai come violazioni di diritti primari*».

⁴² Para uma reconstrução histórica do direito à identidade pessoal, v. E.C. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, disponível em www.forumcostituzionale.it.

⁴³ Sobre um perfil específico do direito à identidade pessoal cfr. também A. GAMBARO, *Falsa luce agli occhi del pubblico*, em *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 90 ss.; evidencia que o direito à identidade pessoal não se identifica com o direito à reputação porque «*concerne le deformazioni e non le deturpazioni della personalità*», A. FALZEA, *Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità*, cit., p. 88.

um Tribunal de mérito de Roma, confirmando-se depois na jurisprudência da Corte de Cassação e mais tarde nas decisões da Corte Constitucional, que o consagrou definitivamente como «um bem em si mesmo», independentemente da condição pessoal, das virtudes e dos defeitos do sujeito, de maneira que sua individualidade seja preservada⁴⁴.

A identidade pessoal, então, traduz o direito de ser si mesmo compreendido como o conjunto de características físicas, convicções religiosas, ideológicas e morais que servem para individualizar e distinguir as pessoas perante o meio social. Isso quer dizer que os indivíduos são livres para criar sua identidade e a forma pela qual serão representados perante a sociedade⁴⁵.

O conteúdo do direito à identidade pessoal pode ser individuado também como direito à integridade da esfera individual da pessoa, assumindo significado não somente através dos sinais que representam a pessoa na sociedade em que vive e da paternidade das próprias ideias e convicções, mas também em relação ao patrimônio constituído por uma ampla gama de características pessoais das quais cada um é portador⁴⁶. Para confirmar essa assertiva é interessante citar a decisão da Pretura de Roma de 1974⁴⁷. O caso dizia respeito à difusão de um cartaz de propaganda do Comitê Nacional para o Referendum sobre o Divórcio para sustentar o voto a favor do referendun, que reproduzia a foto de um homem e uma mulher, capturada sem o consentimento deles, os quais não compartilhavam a ideia da ab-rogação da referida lei. O juiz reconheceu a tutela pela utilização abusiva da imagem, mas o que é mais importante, assegurou tutela também aos interesses do casal lesados pelo correlação das finalidades políticas do cartaz às opiniões dos sujeitos

⁴⁴ Corte cost., 3 de fevereiro de 1994, n. 13, disponível *on line* em www.giurcost.org, para quem «a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata».

⁴⁵ Para a Suprema Corte italiana, «Ciascun soggetto ha interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale e particolare, è conosciuta o poteva essere conosciuta con l'applicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede soggettiva; ha, cioè, interesse a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale»: Cass., 22 de junho de 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2211.

⁴⁶ Para uma análise da jurisprudência da Corte Costituzionale italiana sobre o direito à identidade pessoal, v., L. VALLE, *Il diritto all'identità personale*, in M. Sesta e V. Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 75 ss.

⁴⁷ Pret. Roma, 6 de maio de 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 514 ss., onde se afirma que «costituisce violazione del diritto all'identità personale, inteso quale diritto a non vedere travisare la propria personalità individuale, l'affissione di un manifesto per la propaganda a favore dell'abrogazione della legge sul divorzio, nel quale sia ritratta l'immagine di persone che, pur essendo fautori dell'istituto del divorzio, vengono fatte apparire quali esponenti abrogazionisti».

retratados, os quais tinham afirmado expressamente a própria opinião a favor do divórcio e portanto opostas àquelas afirmadas pela mensagem do cartaz de propaganda. O juiz operou uma distinção, pela primeira vez, entre a tutela do mero direito à imagem e a tutela da identidade pessoal, colocando em evidência a necessidade de garantir «a verdade sobre a pessoa».

A mesma jurisprudência que afirmou a autonomia do direito à identidade pessoal não deixou de indicar na sua intrínseca modificabilidade, o aspecto fundamental desse direito, já que no decorrer da vida, a identidade pessoal frequentemente muda com o evoluir da pessoa⁴⁸. Um direito, o da identidade pessoal, portanto, que se identifica no direito à verdade, à própria verdade.

Ao analisar a questão devemos levar em conta que a identidade pessoal, no tempo, enriqueceu-se de novos contornos, como o direito de conhecer a própria origem, a identidade biológica, o direito ao esquecimento, a identidade digital, a identidade sexual e, agora, diria também o direito à diversidade.

Como foi afirmado, a diversidade é o que nos torna *únicos* e que nos define como tais. Assim, se o direito à identidade pessoal é o direito de ser si mesmo e se esse direito se encontra embasado no princípio da dignidade humana, então a negação do meu ser diverso lesa a minha dignidade.

5. O caso da bodyart e da body modification

Um exemplo de direito à diversidade como expressão do direito à identidade pessoal é representado por uma forma de dispor sobre e do próprio corpo⁴⁹ na medida em que este, afastando-se da lógica proprietária, permite à pessoa usá-lo como instrumento de expressão para realizar protestos ou mesmo manifestar a própria posição diante da vida. Nessa perspectiva, o corpo passa a ser visto e entendido como instrumento de manifestação da personalidade, conjugando a liberdade de expressão, constitucionalmente

⁴⁸ Essa característica da modificabilidade é bem resumida por D. LE BRETON, *La pelle e la traccia. Le ferite del sé*, trad. di A. Perri, Roma, 2005, p. 20, quando afirma que «l'identità personale non è mai data una volta per tutte, non è un recinto chiuso ma un tessuto la cui trama – mai completa – evolve sempre, incessantemente».

⁴⁹ Sobre os atos de disposição do corpo v., na perspectiva da valorização da pessoa humana della persona umana, V. RIZZO, *Atti di «disposizione» del corpo e tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 618 ss.

garantida, com o princípio da autodeterminação, no prisma do personalismo, da dignidade e da solidariedade constitucionais⁵⁰.

A referência é ao fenômeno da *bodyart*⁵¹ e da *body modification*. A *bodyart* é um antigo método de manifestação cultural, política e intelectual que utiliza o corpo para veicular ideias, como o caso da estudante de artes plásticas que decidiu tatuar o próprio corpo com manchas pretas, imitando uma vaca malhada holandesa com o intuito de protestar contra a incapacidade de ser humano de digerir ideias novas e diferentes⁵².

A *body modification*, ao contrário, concerne às modificações deliberadas sobre o próprio corpo por razões não terapêuticas. O exemplo mais conhecido é o do homem lagarto⁵³, um indivíduo que se submeteu, com sucesso, a intervenções cirúrgicas sucessivas com a finalidade de se assemelhar a um lagarto. O seu objetivo era levar as pessoas a refletir sobre a condição humana..

Na esteira do conceito de direito à identidade pessoal indicado pelo Tribunal constitucional italiano, a prática da *body modification* pode ser considerada como uma forma de expressão dessa identidade na medida em que a manifestação da individualidade e da subjetividade acontece através do corpo. Configura-se, portanto, como instrumento de uma ampla promoção e desenvolvimento da personalidade⁵⁴.

⁵⁰ M. C. DE CICCO, *Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana*, in *www.civilistica.com*, 2013, a. 2, n. 2.

⁵¹ V. sobre o tema e sobre a concepção do «corpo como obra de arte», v. D. LE BRETON, *La pelle e la traccia*, cit., p. 114 ss.

⁵² Trata-se de Priscilla Davanzo, que em uma entrevista reclama «A condição humana é muito superficial, fútil». «É muito chato ser humano, entediante». Segundo a sua opinião, «Não digerimos bem as idéias que recebemos de filmes, livros, jornais». Daqui a decisão de homenagear as vacas, porque. «Elas digerem o bolo alimentar duas vezes»: *www.terra.com.br*.

⁵³ V. *www.absurdityisnothing.net*. V. também o site oficial de Erik Sprague: *www.thebigardman.com*.

⁵⁴ Sobre o assunto merece um aceno o fenômeno das tatuagens, que também representa uma forma de expressão da própria personalidade e da liberdade de autodeterminação do e sobre o próprio corpo (inclui a faculdade de alterar o próprio corpo no direito de liberdade pessoal *ex art. 13 cost.*, G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. trim.*, 1977, p. 254), se bem, no caso, trate-se de embelezamento do corpo e não especificamente de uma forma de protesto ou de expressão de uma determinada concepção de vida. A diferença de finalidade em relação à *bodyart* e à *body modification* provavelmente justifica a maior difusão da tatuagem, reconhecida hoje como uma forma de arte apesar de n ainda alcançado plena aceitação social (M. PICCINI, *Il corpo artefatto: le «marchiature artistiche» tra integrità e autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, III, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 603 ss.). A questão invoca o problema do acesso ao emprego público nas forças armadas que ainda apresenta limitações devidas à presença de tatuagens no corpo. Na Itália, a tatuagem representa motivo de exclusão nos concursos para as Forças Armadas quando, «pelo lugar onde estão situadas e pela natureza delas, sejam deturpantes, ou, seu conteúdo sejam índices de personalidade aberrante», ou então, quando se encontram em partes do corpo não cobertas pelo uniforme

Não se pode negar que os adeptos da *body art* e da *body modification* sejam, por assim dizer, diversos dos não-adeptos, seja fisicamente, seja na maneira de conceber a vida e a forma de se expressar. É verdade que a diversidade, por vezes, assusta e, em muitos casos, o conteúdo dos variados projetos de vida individuais possam parecer estranhos e sem sentido. Contudo, no respeito do princípio da dignidade humana, eles devem ser inseridos nos espaços destinados ao pluralismo democrático consagrados na Constituição, que proclama o respeito pela alteridade, pela tolerância e a não discriminação. O fenômeno da *bodyart* e da *body modification* obriga a considerar os valores jurídicos particularmente importantes que, por vezes, se sobrepõem e que, portanto, devem ser ponderados em vista da concretização da dignidade humana; valores que, em definitivo, devem se compor na

[d.m. (Interno), 30 de junho de 2003, n. 198, *All. I*, ponto 2, let. *b*]. Como estabelecido pela jurisprudência administrativa, «a mera presença de uma tatuagem não pode constituir causa automática de exclusão do concurso por não idoneidade, sendo necessário que tal alteração adquirida pela cute apresente um caráter “relevante” e que seja idônea a comprometer o decôro da pessoa e do uniforme, com consequente ônus para a administração de especificar, com motivação adequada, as razões com base nas quais a presença da tatuagem possa configurar causa de não idoneidade ao alistamento, tendo em consideração os parâmetros específicos de avaliação indicados na normativa de referência»: TAR Lazio, Sez. II, 30 de setembro de 2010, n. 32617, in *Pluris on line*, que invoca os próprios precedentes nessa matéria.

No Brasil a questão adquiriu repercussão geral, em um caso decidido pela Corte suprema (STF), em 17 de agosto de 2016, RE 898450, restando estabelecida a seguinte tese: Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898450%2EENUME%2E+OU+898450%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/hwez8hy>.

O caso dizia respeito a um candidato excluído de um concurso público para o preenchimento de vagas de Soldado PM de 2ª Classe non Estado de São Paulo, por possuir uma tatuagem na perna, o que estaria em desacordo com as normas do edital do concurso. O STF reconheceu que a restrição imposta configurava uma violação das normas e princípios constitucionais, argumentando do fato que O Estado não pode querer desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente, ainda que por imagens estampadas definitivamente em seus corpos. O direito de livremente se manifestar é condição mínima a ser observada em um Estado Democrático de Direito e exsurge como condição indispensável para que o cidadão possa desenvolver sua personalidade em seu meio social.

O eminente relator, Min. Luiz Fux, bem argumentou, com um discurso generalista que, identificando a tatuagem como modalidade de exercício da liberdade de expressão, reconhece ampla liberdade à pessoa, com o único limite do conteúdo constituir violação a valores constitucionais.

Por essa tese, em qualquer concurso público, e portanto, exemplificativamente, também no da Magistratura, candidato algum poderá ser excluído por apresentar tatuagem no corpo, visível ou não, independentemente do tamanho e lugar da sua colocação e, portanto, também no rosto. Na Itália o limite tem sido identificado no decoreto, profissional ou não, sem exasperar o politicamente correto.

individualização das faculdades reconhecidas pelo ordenamento e dos limites que os mesmos encontram no exercício da autonomia privada⁵⁵.

6. ...e da identidade de gênero

Outro exemplo emblemático do direito à diversidade como expressão do direito à identidade pessoal é o chamado direito à identidade sexual, inicialmente negado pela Corte Constitucional (n. 98/1979⁵⁶), mas sucessivamente previsto expressamente na lei n. 164 de 1982⁵⁷ que consentiu a retificação do sexo de um indivíduo, reconhecendo todos os fatores que concorrem a formar a identidade sexual da pessoa, seja físicos, seja psicológicos⁵⁸. O ordenamento portanto estabeleceu que o sexo da pessoa deva ser definido e eventualmente modificado quando mudarem os elementos de fato físicos, especialmente o aspecto externo dos órgãos genitais. O Tribunal constitucional, com sentença n. 161 de 1985⁵⁹, estendeu o âmbito de aplicação da lei ao afirmar que a identidade sexual deve ser determinada também

⁵⁵ V. as interessantes páginas de P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 1 ss., spec. p. 4, o qual adverte, em relação à extensão do direito à saúde no âmbito da relação médico-paciente, que, quando são feitas escolhas concernentes, entre outras, à modificação do próprio corpo sucede un «involupamento di libertà, identità, salute». No mesmo sentido, mas em relação à configuração jurídica de marcas artísticas sobre o corpo vistas no âmbito de uma relação jurídica, v. M. PICCINI, *Il corpo artefatto: le «marchiature artistiche» tra integrità e autodeterminazione*, cit., p. 601 ss., para quem «Quando si operano scelte volte alla costruzione o alla modifica del proprio corpo, valori quali l'integrità fisica, l'integrità della persona, l'autodeterminazione e la salute si «involupano» e richiedono delicate operazioni di bilanciamento laddove vengano a trovarsi in concreta antinomia».

⁵⁶ Corte cost., 1 de agosto de 1979, n. 98, in *DeJure on line*.

⁵⁷ Em contra tendência à jurisprudência prevalecente que não admitia a retificação do sexo, colocava-se uma orientação minoritária (por todos, Trib. Napoli, 9 de novembro de 1977, em *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 540), a qual, com base no art. 165 ord. st. civ. que previa a possibilidade, para o Ministério Público, de requerer as retificações «no interesse público», afirmava que incluía-se nessa categoria a adequação da situação efetiva àquela legal, ou seja, do sexo real àquele legal, como resultava dos atos do registro público, em uma perspectiva tendente a eliminar qualquer obstáculo ao pleno desenvolvimento da pessoa humana ai sensi dell'art. 3, comma 2, cost.

⁵⁸ Relacionado à questão da identidade sexual é o problema do nome da pessoa que se submete à mudança de sexo. A jurisprudência prevalectente, sobre esse ponto, demonstrou-se favorável em reconhecer o novo nome já com a sentença de retificação, com base n. indicações do sujeito interessado. Na doutrina, favorável à possibilidade de escolha do novo nome por parte do sujeito, mostram-se U. BRECCIA, em *Comm. c.c. Scialoja e Bianca*, a cura di F. Galgano, sub art. 6, Bologna-Roma, 1988, p. 432; P.M. VECCHI, *Transessualismo*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1994, p. 8. Sobre a necessidade de recorrer ao procedimento previsto no art. 158 ss. ord. st. civ. quando o novo nome não for a transposição no gênero oposto ao atual, S. PATTI, «Attribuzione» di sesso e «mutamento» di nome: lacune della legge e soluzioni giurisprudenziali, em S. PATTI e M.R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona. Saggi di diritto civile e comparato*, Padova, 1986, p. 90; M. DOGLIOTTI, *Transessualismo (profili giuridici)*, em *Noviss. Dig. it., App.*, Torino, 1987, p. 790.

⁵⁹ Corte cost., 6 de maio de 1985, n. 161, em *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 806, com nota de M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, *ivi*, 1987, I, 1, c. 235 ss. Sobre esse ponto v. P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso* (1970), agora em ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 151 ss.

com base em uma declarada psico-sexualidade, ainda que em contraste com a presença de órgãos do outro sexo, como no caso dos transexuais. A tutela à identidade sexual da pessoa foi ampliada ainda mais depois da sentença n. 221 de 2015⁶⁰ com a qual o Tribunal Constitucional estabeleceu não ser mais necessária a cirurgia de retificação de sexo para modificar o próprio gênero e o próprio nome no registro civil⁶¹, afirmando expressamente que o art. 1, par. 1, da lei n. 164 de 1982 «constitui o culminar de uma evolução cultural e ordenamental voltada ao reconhecimento do direito à identidade de gênero como elemento constitutivo do direito à identidade pessoal, que passa a fazer parte a pleno título dos direitos fundamentais da pessoa (art. 2 cost. e art. 8 CEDH)»⁶².

A Corte reconheceu também o direito de realizar, na vida de relação, a própria identidade sexual, como aspecto e fator de desenvolvimento da personalidade que encontra fundamento no art. 2 da Const., individuando mesmo um dever dos outros membros da coletividade de reconhecê-lo, em razão do dever de solidariedade social.

Ao colocar em primeiro plano o elemento psicológico respeito àquele físico, o Tribunal constitucional sustentou a tese pela qual a identidade sexual deve ser entendida como uma parte relevante da pessoa, da sua identidade, da sua verdade, para além das aparências físicas⁶³.

⁶⁰ Corte cost., 5 de novembro de 2015, n. 221 (in www.cortecostituzionale.it), que declara não fundada a questão de legitimidade constitucional do art. 1 par. 1, da l. n. 164/1982 (sobre retificação da atribuição do sexo), especificando que o tratamento cirúrgico não deve ser considerado como pré-requisito para o acesso ao procedimento de retificação, mas como possível meio, funcional à obtenção de um bem estar psíquico-físico total, reconhecendo à norma impugnada «il ruolo di garanzia del diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU) e, al tempo stesso, di strumento per la piena realizzazione del diritto, dotato anch'esso di copertura costituzionale, alla salute». No mesmo sentido, Cass., 20 de julho de 2015, n. 15138, disponível em www.foroitaliano.it.

⁶¹ No Brasil, na ausência de uma legislação específica sobre mudança de sexo e para fins de tutelar o direito à identidade pessoal e sexual das pessoas, a prática introduziu o chamado «nome social», que é aquele com o qual as pessoas trans preferem ser chamadas na cotidianidade, em contraste com o nome oficialmente registrado e que não reflete a sua identidade de gênero. A consolidação de tal prática verificou-se com a aprovação do Decreto 28 de abril de 2016, n. 8727, que Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em www.planalto.gov.br.

A própria Ordem dos Advogados do Brasil emanou a Resolução, n. 5/2016, de 7 de julho de 2016, reconhecendo o direito de travestidos e trans a usar o nome social nos próprios documentos de identificação como advogados e advogadas.

⁶² Trad. do autor

⁶³ No mesmo sentido coloca-se a decisão da Suprema Corte italiana: Cass., I sez. civ., de 20 de julho de 2015, n. 15138 segundo a qual, «la percezione di una disforia di genere determina l'esigenza di un percorso soggettivo di riconoscimento di questo primario profilo dell'identità personale né breve né privo d'interventi modificativi delle caratteristiche somatiche ed

A questão da identidade pessoal é tão evidente que hoje se reconhece formalmente o sexo neutro. Um caso conhecido deu-se na Austrália. Trata-se de uma pessoa, Norrie May-Welby, nascida homem mas que aos 28 anos mudou de sexo. Todavia, mesmo com tal mudança, Norrie não conseguia se realizar como pessoa. Submetida a diversos exames médicos, resultou impossível determinar exatamente o seu sexo e assim, aos 48 anos foi declarada, primeira vez no mundo, como pessoa de sexo neutro. O Cartório de Registros, todavia, voltou atrás na sua decisão e anulou a certidão de nascimento com a indicação de “sexo não especificado”, sob a alegação da impossibilidade jurídica em admitir a neutralidade do sexo. Norrie apresentou recurso à Comissão de direitos humanos e conseguiu finalmente que fosse reconhecida a “sua verdade” em relação à sua identidade sexual.

Seguindo a mesma orientação, a Alemanha, recentemente, aprovou uma lei⁶⁴ dando a possibilidade aos pais de crianças das quais, no momento do nascimento, não for possível determinar com exatidão a qual sexo pertence, de registrá-la como sendo de sexo neutro até que se possa, com certeza, identificar o sexo correto. Uma vez adultos, as pessoas intersexuais poderão optar por um dos dois sexos ou permanecerem «indeterminados». A solução alemã sintetiza o problema da classificação dos critérios sociais e jurídicos que definem sexo e identidade sexual⁶⁵. A esse propósito, afirmou-se, justamente que a melhor opção para fins de tutela da pessoa seja conceber o sexo não como um atributo adquirido instantaneamente no momento da concepção (visão biomédica), mas como um aspecto que se forma sucessivamente até o início da vida adulta, reconhecendo-se, assim, a justa relevância à esfera psíquica da pessoa⁶⁶. É, portanto, limitativo identificar a identidade

ormonali originarie. Il profilo diacronico e dinamico ne costituisce una caratteristica ineludibile e la conclusione del processo di ri-congiungimento tra "soma e psiche" non può, attualmente, essere stabilito in via predeterminata e generale soltanto mediante il verificarsi della condizione dell'intervento chirurgico».

⁶⁴ Lei 7 de maio de 2013. Art. 1. O teor da lei deixava aberta a questão sobre a possível aplicação também às pessoas nascidas anteriormente à sua entrada em vigor.

A Corte federal alemã (*Bundesgerichtshof*), em 22 de junho de 2016, em uma importante decisão sobre a questão do sexo neutro na Alemanha, deu resposta positiva ao problema: www.juris.bundesgerichtshof.de.

⁶⁵ Cfr. S. RODOTÀ, *Présentation Générale des problèmes liés au transsexualisme*, in *Transsexualisme, médecine e droit*. Actes XXIII Colloque de droit européen. Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 avril 1993, Strasbourg, 1995, p. 17.

⁶⁶ S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 20 ss.: *«l'état des personnes qui résulte des registres de l'état civil est une description du rôle social liée à une donnée biologique présumée immuable. Mais vous savez bien et on l'a déjà dit que cette présomption, cette fiction juridique, ne peuvent pas être considérées aujourd'hui avec la même certitude que dans le passé»* (p. 21).

sexual, ou melhor, de gênero, com os fatores estáticos e imutáveis da pessoa, na medida em que torna-se cada vez mais importante fazer referência principalmente aos elementos dinâmicos da identidade, como os psicológicos, sociais e culturais. No mesmo sentido posiciona-se a justiça francesa que reconheceu o direito de um indivíduo intersexual, ou seja, com cromossomos sexuais, genitais e/ou caracteres sexuais secundários não definíveis como exclusivamente masculino ou feminino, a escrever “sexo neutro” no seu registro civil⁶⁷.

Vê-se, portanto que a evolução do direito à identidade pessoal leva-o a identificar-se, cada vez mais, no direito à verdade, à própria verdade.

7. O outro lado da medalha: aceno à tolerância

Os exemplos trazidos servem para demonstrar que a diversidade deve ser vista como um valor, um recurso, um direito, uma riqueza que não permite a sua anulação em benefício de uma homologação que torne todos iguais, onde o indivíduo deva necessariamente se identificar com o grupo dominante.

Eu acredito na reciprocidade, por isso, concordo com quem afirma que o reconhecimento da diversidade e da diferença implica a reciprocidade: se a uma pessoa foi reconhecida a diversidade, a diferença, ela por sua vez deve reconhecer quem a reconheceu⁶⁸. Correto também afirmar que o respeito à diversidade e à diferença não significa recusar qualquer possibilidade de juízo moral sobre tal diferença ou diversidade. Não se é obrigado a aceitar a diferença ou a diversidade do outro, mas deve-se respeitá-las.

⁶⁷ TGI de Tours, 20 de agosto de 2015, para quem «Não se trata de reconhecer a existência de um “terceiro sexo, mas de tomar consciência da impossibilidade de indicar o interessado como deste ou daquele sexo». Para os juízes, o sexo imposto a essa pessoa no momento do nascimento «apresentava-se como uma pura ficção» (*www.20minutes.fr*).

Infelizmente a decisão foi revista pelo Tribunal de Apelação de Orléans, 22 de março de 2016 (disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032317554>), o qual, justificando a decisão *sur les faits de l'espèce*, afirma que «la demande ne peut être accueillie en ce qu'elle est en contradiction avec l'apparence physique et le comportement social du requérant». Para os juízes, a clareza do art. 57 c.c. impede a sua interpretação e além disso, «permettre l'inscription d'un sexe neutre dépasse le pouvoir dévolu aux juges et que la création d'une autre catégorie sexuelle relève de la seule appréciation du législateur». A decisão enfatizou também os possíveis riscos de estigmatização que a pessoa poderia sofrer caso fosse reconhecida uma nova categoria de sexo neutro. Em definitiva, deu-se prevalência ao princípio da indisponibilidade do *status personae* sobre o direito ao respeito da vida privada ex art. 8 CEDH.

⁶⁸ Assim, A. DE BENOIST, *Il diritto alla differenza non può essere negato*, cit.

Corolário ao direito à diversidade é a questão da tolerância que, atualmente, ocupa um papel central no debate político, interno e internacional, principalmente em relação aos conflitos com motivações religiosas.

De acordo com Rainer Forst⁶⁹, a tolerância é um conceito normativamente dependente porque não pode ser preenchido sem que se recorra a outros fundamentos normativos, que não são dependentes no mesmo sentido. Por esse motivo, não se reconhece a tolerância como um valor em si mesmo. É necessário analisar o seu núcleo para que se possa verificar quais são os limites da tolerância no contexto da atual sociedade, marcada por profundas diferenças culturais, religiosas, políticas, morais e ideológicas que se diferenciam e ao mesmo tempo qualificam o indivíduo dentro dessa sociedade. A tal fim, Rainer evidencia duas concepções diferentes de tolerância aplicáveis no contexto desse tipo de sociedade: tolerância como permissão, caracterizada pela não reciprocidade e que influencia ainda hoje a nossa ideia de tolerância⁷⁰ e tolerância como respeito, que parte de uma consideração recíproca dos atores que se toleram. Em extrema síntese, essa concepção parte de considerações de justiça, ou seja, nem a maioria, nem a autoridade política poderão ter jamais o direito de projetar as instituições do Estado a partir das próprias convicções éticas. De fato, é característica da democracia reflexiva o fato que todas as instituições condicionantes a vida da sociedade e dos indivíduos devem se justificar à luz de normas que os cidadãos não podem recíproca e geralmente rejeitar. Seria como um “direito a se justificar”.

Nessa concepção, os limites da tolerância são ultrapassados quando o respeito do outro é negado. E negar esse respeito é uma forma de intolerância intolerável. Não é suficiente tolerar quem pensa diversamente de nós ou mostra um aspecto estranho e diverso do nosso. A tolerância tem sentido somente se determinadas convicções ou práticas puderem ser criticadas ou recusadas de maneira fundada. A recusa infundada que se verifica na reação diante de tudo o que for meramente diverso, estranho, não será

⁶⁹ R. FORST, *Os limites da tolerância*, tradução de Mario Victoria Soares, in *Novos Estudos CEBRAP*, n. 84, São Paulo, 2009, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000200002, acesso em 8 de dezembro de 2015. O autor indica seis características que devem ser observadas ao se analisar o núcleo (*hardcore*) da tolerância: o contexto, a recusa, a aceitação, os limites, a espontaneidade e as praxes.

⁷⁰ Nessa concepção, a maioria ou a autoridade podem sempre se intrometer nas práticas de uma minoria, mas não o faz, enquanto esta última aceita viver em submissão. Aqui a autoridade é quem define arbitrariamente os limites da tolerância, inexistindo, portanto igualdade entre os grupos: maioria e minoria.

tolerância, mas provavelmente prejuízo, fanatismo ou ressentimento. Nessas situações não se faz apelo à tolerância, sendo necessário simplesmente fazer apelo ao respeito e à superação do prejuízo.

Aqueles que se toleram entre si podem considerar erradas as opiniões do outro, mas, com base em razões que o outro pode recusar a partir da sua concepção diversa do bem, que deve ser respeitada. A tolerância como respeito resulta da visualização da diversidade dentro da igualdade, quando todas as pessoas se reconhecem como pessoas equiparadas.

8. Conclusão

A esse propósito, como foi muito bem enfatizado, «afirma-se que “ser normal” signifique respeitar seja as leis oficiais, seja as leis não-escritas que controlam a nossa vida moral, estabelecendo a distinção entre o bem e o mal, vício e virtude, sucesso e falência. Quem se afasta da norma, ao contrário, é anormal, diverso dos outros. É diverso quem assim se sente: quem não consegue entrar na norma porque incapaz de se comportar e de viver como os outros ou porque crê em outros valores e em outros modelos de vida. É diverso quem é considerado assim e, portanto, é marginalizado, excluído. Os outros são, ao contrário, aqueles que são ou se creem “normais”, que respeitam as regras do jogo, que em virtude da posição que ocupam, determinam a diversidade»⁷¹. Nessa perspectiva, quando a exclusão e a emarginação acontecerem em ambiente de trabalho talvez seja possível configurar uma hipótese de assédio moral. Quando, isto é, a diversidade depender do fato, por exemplo, de a pessoa se manifestar segundo as próprias convicções, sem levar em conta a posição oficial do grupo dominante⁷² o qual, por esse motivo a exclui, a marginaliza, nem sempre, ou quase nunca, de forma explícita⁷³. Quando, em definitiva, a diversidade for expressão da identidade pessoal do sujeito na medida em que a diversidade

⁷¹ M. ANTONELLO, *Diversità e differenza. La diversità come valore*, in M. ANTONELLO, P.P. ERAMO e M. POLACCO, *Le voci dell'altro: materiali per un'educazione alla differenza*, Torino, 1995.

⁷² V. sobre esse ponto, M. R. MARELLA, *L'integrazione sociale delle persone disabili fra normalità e differenza*, em *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 183 ss., a qual, analisando a posição das pessoas com deficiência, afirma que a legislação especial a favor das pessoas vulneráveis, mostra como a diversidade reflita uma distribuição de poder na sociedade na medida em que permite à maioria que encarna o modelo cultural dominante - e que por esse motivo coloca as regras - «de considerar o próprio ponto de vista como objetivo e a partir daí traçar o divisor de águas entre quem é normal e quem é diverso».

⁷³ Assim, M. ANTONELLO, *Diversità e differenza. La diversità come valore*, in M. Antonello, P. P. Eramo, M. Polacco, *Le voci dell'altro: materiali per un'educazione alla differenza*, Torino, Loescher, 1995, trad. livre.

não deveria mais representar «um elemento a ser tolerado, mas sim, um bem a ser tutelado»⁷⁴.

Camerino, aprile 2017.

⁷⁴ A. DE BENOIST, *op. cit.*

MARIA PAOLA MANTOVANI*

*La tutela dei segni distintivi in internet***

Sommario: 1. Lo sviluppo dei diritti della proprietà intellettuale in *internet*. – 2. Le funzioni del marchio: profili evolutivi. – 3. Il marchio come strumento comunicativo e di *marketing*. – 4. La tutela dei segni distintivi in *internet*. – 5. Il *domain name*: fondamento e disciplina di tutela.

1. *Lo sviluppo dei diritti della proprietà intellettuale in internet*

Lo studio del diritto della proprietà intellettuale rappresenta, attualmente, un passaggio cruciale della riflessione scientifica, ed è «il cuore stesso dello sviluppo del mondo»¹, in quanto spesso precede le linee di tendenza e i cambiamenti che, nell'epoca della *new economy*, sono sempre più intensi e rapidi².

* Dottore di ricerca in Diritto privato comparato.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *double blind peer-review*.

¹ C. GALLI, *Proprietà intellettuale, un diritto per il futuro*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 105 ss., secondo cui, probabilmente, «il punto di svolta di questa evoluzione è rappresentato dal TRIPs Agreement (*Agreement Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), adottato a Marrakech nel 1994 contestualmente all'adozione del *World Trade Organization*». Già presagiva la profonda e rapida evoluzione del diritto industriale: G. GHIDINI, *Prospettive «protezioniste» nel diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, p. 73 ss.: «nel secondo dopoguerra - e con particolare intensità nell'ultimo trentennio - il diritto industriale ha sperimentato, su scala internazionale, una profonda evoluzione, tuttora in corso, rispetto al modello classico, nato con la prima rivoluzione industriale e sostanzialmente conservato sino alle soglie dell'attuale - contrassegnata, sul piano produttivo, dal rilievo assunto da nuove tecnologie, in particolare quello dell'informatica e delle c.d. biotecnologie; e, sul piano commerciale, dal rilievo assunto dal fenomeno pubblicitario nella circolazione dei beni di consumo».

² G. FLORIDIA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 5 ss., secondo cui «la straordinaria ricchezza delle regole e dei principi che fanno del diritto industriale un diritto speciale, certamente fra i più dotati di coerenza interna e di preordinazione funzionale rispetto all'attuazione dell'economia di mercato, non conduce di certo ad una totale autosufficienza perché esso è e rimane un «diritto secondo» da ricondurre pur sempre al «primo» costituito dalla generale disciplina dei rapporti privatistici».

Costituisce un dato ormai acquisito, come, nell'era presente, il luogo privilegiato delle relazioni e degli scambi commerciali non sia più esclusivamente quello del mondo reale, ma sia sempre più filtrato dal mondo di *internet*³.

In tale prospettiva, il rapporto tra *internet* e diritti della proprietà intellettuale presenta aspetti di notevole interesse, anche alla luce della progressiva attenzione riservata al tema della tutela dei segni distintivi in *internet*.

La rete *internet* è frequentemente percepita dalle imprese come un'opportunità in termini di implementazione del proprio volume di affari, oltre che un'efficace mezzo comunicativo e conoscitivo⁴. La rapida e ponderosa evoluzione di *internet* non solo ha determinato la creazione di nuove occasioni per le aziende di pubblicizzazione dei prodotti e servizi ma, nel contempo, ha agevolato lo sviluppo di un mercato dei consumi telematico⁵.

Tale stato di cose incide, inevitabilmente, sui comportamenti dei consumatori, sempre più inclini ad utilizzare le nuove tecnologie per la conclusione delle transazioni commerciali, si pensi all'emersione e alla rapida diffusione del fenomeno degli acquisti *on line*⁶, nonché sull'agire imprenditoriale, ove è sempre più diffusa la tendenza ad utilizzare la tecnologia di *internet* sia a scopo di comunicazione che pubblicitario, al fine di far conoscere e

³ In generale, G. PASCUZZI, *Internet*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2000, p. 225 ss.; V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'internet*, in *Dir. inf.*, 2000, p. 271 ss.; C. GALLI, *I diritti IP nel mercato globale e nella nuova economia digitale: le ragioni di un Convegno*, in *Dir. ind.*, 2015, p. 105 ss., secondo cui l'evoluzione della rete *Internet* «se da un lato costituisce una delle manifestazioni più evidenti e clamorose della nuova economia digitale, con cui le imprese di tutti i settori devono fare i conti, dall'altro pone anche una serie di problemi completamente nuovi, che comportano l'interazione di discipline diverse ed anche la necessità di confrontare ed integrare le competenze dei giuristi e dei consulenti in proprietà industriale».

⁴ A. FRIGNANI e A. SONNATI, *La distribuzione via internet nell'Unione europea prima e dopo il regolamento 330/2010: i giudici hanno compreso l'economia di internet?*, in *Dir. comm. int.*, 2016, p. 665 ss.

⁵ Ne deriva la natura sempre più internazionale e globale della riflessione in tema di diritti della proprietà intellettuale, anche alla luce della rapida evoluzione del fenomeno *internet*. G. FLORIDIA, *La disciplina del "Made in Italy": analisi e prospettive*, in *Dir. ind.*, 2010, p. 338 ss., avverte come «la globalizzazione ha comportato la crescente integrazione ed interdipendenza delle economie nazionali le quali, negli ultimi vent'anni, si sono progressivamente evolute passando da mercati protetti a mercati aperti».

⁶ M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. inf.*, 2004, p. 805 ss., secondo cui «il contratto, quale raffinata tecnica di circolazione della ricchezza, si apre necessariamente agli strumenti informatici, alla c.d. multimedialità e, in particolare, al nuovo spazio "cibernetico" offerto da *Internet*, la Rete globale di reti di telecomunicazioni, in grado di agevolare enormemente le negoziazioni, connettendo in "tempo reale" più *computers* tra loro, annullando le distanze e riducendo al minimo i costi»; altresì, R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2553 ss.

dare visibilità ai beni e servizi offerti, oltre che, naturalmente, a scopo di allocazione e vendita dei prodotti medesimi⁷.

L'aumento esponenziale di *internet*⁸, assume rilievo anche in termini di rapporti tra consumatore e mercato⁹. «Poiché mercato e consumatore fanno riferimento ad un binomio inscindibile, nel senso che la piena attuazione del primo presuppone necessariamente una adeguata e uniforme protezione del secondo, come dei soggetti deboli che in esso operano, appare evidente che maggiore è la uniformazione delle regole, più ampia è la possibilità che gli interessi in gioco trovino soddisfacimento»¹⁰.

Allo stato attuale, tenuto conto della sempre maggiore complessità e delle peculiarità che interessano la rete¹¹, il fulcro del dibattito dottrinale si è incentrato sull'opportunità di favorire un'eteroregolamentazione o un'autoregolamentazione per governare il complesso mondo di *internet*¹² e degli acquisti *on line*.

⁷ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico, tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 540.

⁸ G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 199, spec. 200, secondo cui l'avvento e il rapido evolversi del fenomeno *internet*, collegato all'assenza di un quadro di regole condivise, specie riferite alle nuove sfide che il fenomeno di *internet* pone, e in assenza di strumenti che garantiscano l'attuazione di una tutela *ex post*, ha condotto taluni, non senza riserve, a propiziare l'adozione di un sistema basato su meccanismi di monitoraggio *ex ante*. In tale prospettiva, sulla scorta di studi effettuati nel modello nordamericano, si discute dei sistemi c.d. reputazionali, basati su *rating e feedback*, da parte dei privati, quali «strumenti di verifica preventiva della reputazione, in modo da stabilire la credibilità del singolo e contenerne i rischi di inadempimento», per alleviare i problemi legati all'assenza di fiducia, specie negli acquisti effettuati mediante l'uso di *internet*. Recentemente è stato sollevato il problema relativo all'affermarsi di un'architettura di *Internet* in cui è difficile garantire il rispetto del principio di accessibilità, inclusività e partecipazione. In argomento, R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 451 ss.

⁹ Fondamentali, in una prospettiva generale, le osservazioni di S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 331, secondo cui «territorio e confini si indeboliscono. Le comunicazioni superano i territori e non possono essere tenute completamente sotto controllo dagli Stati (Internet), alcuni beni e servizi circolano liberamente grazie al mutuo riconoscimento, il potere di regolazione si distacca da uno specifico territorio».

¹⁰ M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 83 e d. lgs. 21-2-2104 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard e i servizi di assistenza legale*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 671.

¹¹ V. ZENO ZENCOVICH e F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Dir. inf.*, 2008, p. 141 ss., secondo cui i «c.d. *intellectual property rights* sono forme di monopolio legale sulla conoscenza che assicurano un innalzamento del livello di escludibilità, così garantendo alle imprese la possibilità di internalizzare i benefici derivanti dalla propria attività innovativa. L'individuazione di regimi di privativa attraverso la disciplina della proprietà intellettuale o industriale assolve quindi una funzione di carattere incentivante e transattivo: il diritto di esclusiva conferito all'innovatore permette la moltiplicazione degli investimenti e delle relazioni giuridiche aventi ad oggetto la conoscenza, e ne assicura lo scambio al prezzo determinato *ex ante* dal detentore».

¹² F. ASTONE, *L'enforcement privato in Italia*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2014, p. 59 ss., precisa che «i fenomeni di autoregolamentazione hanno avuto, quantomeno da due decenni a questa parte, grande sviluppo».

Così, è stato rilevato come sia fondamentale, da un lato, non frustrare l'autonomia dei consumatori¹³ e degli utenti attraverso un intervento regolatorio eccessivamente pervasivo¹⁴ e, dall'altro, come sia necessario superare la diffidenza dei consumatori nei confronti delle transazioni *on line*¹⁵.

Sulla scorta dei rilievi formulati, le ragioni che fanno di *internet* un contesto particolarmente orientato verso l'autoregolazione possono facilmente intravedersi nel fatto che la rete *internet* tende, per sua natura, a non avere confini geografici e fisici e, dunque, appare difficile applicare una disciplina di matrice statale, oltre alle evidenti difficoltà in ordine all'individuazione della disciplina stessa¹⁶.

2. *Le funzioni del marchio: profili evolutivi*

Il presente contributo intende compiere una riflessione tesa, in particolar modo, ad approfondire il tema dell'uso dei segni distintivi in *internet*, mettendo in rilievo la progressiva valenza comunicativa e commerciale, oltre che distintiva, del marchio¹⁷, sia nel mondo reale

correlativamente, si è iniziato a parlare di crisi degli stati nazionali e progressiva privatizzazione del diritto. [...] Storicamente, questi processi sono ricollegati alla globalizzazione dell'economia e quindi al grado di sempre maggiore integrazione tra sistemi giuridici che, per il solo fatto di essere fondati su base territoriale, sono apparsi inadeguati. Le difficoltà legate agli interventi legislativi statali o sovranazionali sono, anche a voler prescindere dalla crisi della politica, ugualmente evidenti in punto di tempi, costi e, non da ultimo, di tecnica normativa. È per questo insieme di ragioni che, sul piano del diritto sostanziale, i modelli di regolamentazione di provenienza non statale (si pensi ai Principi Unidroit, ai Principi Lando e ad altre raccolte di questa natura) hanno ricevuto una crescente attenzione».

¹³ Per G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *Contratti*, 2008, p. 733, «qualche dubbio sulla centralità di un diritto uniforme dei contratti per la promozione di un mercato unico, dunque, resta».

¹⁴ F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto fra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 298.

¹⁵ C. GALLI, *La revisione del Codice della proprietà industriale: da un'impostazione «proprietaria» a un approccio market oriented*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 277, secondo cui il nuovo Codice della proprietà industriale è caratterizzato da «un approccio realistico che tende a commisurare la protezione dei diritti della proprietà industriale a ciò che ciascuno di essi rappresenta sul mercato e, prima ancora, nel “mondo della vita”, delineando in questo modo un equilibrio tra esclusive e concorrenza, che si distacca decisamente dall'impostazione “proprietaria” a cui la Relazione al testo originario del Codice dichiarava di ispirarsi».

¹⁶ G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale*, Bologna, 2010, p. 278.

¹⁷ G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale. Innovazione-Creatività-Informazione. Dinamiche conflittuali, esperienze di condivisione*, 3ª ed., Milano, 2015, p. 309, secondo cui è consustanziale alla disciplina dei segni distintivi, la «tutela della funzione distintiva del marchio, la quale, a presidio della trasparenza del mercato minacciata da confusioni [...], consente al titolare di vietare a terzi non autorizzati l'uso di segni uguali o simili al suo ove appunto ciò determini rischi di equivoci identitari».

che in quello di *internet*. Ulteriore profilo di indagine investe il tema del *domain name* che ha assunto una rilevanza giuridica ed economica assimilabile a quella del marchio¹⁸.

Le nuove prospettive dischiuse dal commercio elettronico hanno condotto ad interrogarsi sul rapporto esistente fra marchio, inteso come segno materialmente apposto su un prodotto, e gli altri segni distintivi, i cc.d. nomi a dominio che nelle offerte *on line*, frequentemente corrispondono ai primi. Da ciò discende che il segno che contraddistingue un sito può frequentemente assumere rilievo come segno distintivo d'impresa.

I *domain names*, concepiti inizialmente come strumenti per agevolare la memorizzazione degli indirizzi in *internet*, hanno progressivamente assunto una valenza distintiva¹⁹ e identificativa²⁰. In termini diversi, anche dietro a un *domain name*, come rispetto ad un marchio, c'è sempre un segno distintivo.

Alla luce dell'itinerario delineato, particolare attenzione riveste la questione fondata sulla valenza distintiva del marchio²¹, da intendersi come segno distintivo di beni o servizi prodotti o venduti dall'imprenditore. «Il codice non contiene una definizione di marchio, ma è possibile al riguardo fare riferimento alla normativa comunitaria. Ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2008/95/CE: “possono costituire marchi di impresa tutti i segni che possono essere riprodotti graficamente, in particolare le parole, compresi i nomi di persone, i disegni, le lettere, le cifre, la forma del prodotto o il suo confezionamento, a condizione che tali

¹⁸ Sul marchio, anche nella prospettiva di delinearne la genesi storica, M. RICOLFI, *I segni distintivi di impresa. Marchio, ditta, insegna*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2009, p. 45. N. ABRIANI, *I segni distintivi. La tutela del marchio. Il giudizio di contraffazione*, in *Diritto industriale*, in *Tratt. dir. comm.* Cottino, II, Padova, 2001; C. GALLI, *Diritti IP e risarcimento dei danni: un rapporto difficile che sta cambiando*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 105 ss.

¹⁹ Secondo S. GALLI, *Lo pseudonimo artistico, individuale e collettivo: un'evoluzione nei suoi usi, e tutele ancora in discussione dopo mezzo secolo*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, p. 246 ss., «ormai i marchi e i patronimici rinomati godono, in ogni settore, di grande protezione e che in situazioni limite si potrebbe essere indotti a stigmatizzare un eccesso di effetti della tutela quanto ai nomi a dominio (o *domain name*)».

²⁰ A. MAIETTA, *I segni distintivi nell'era internet*, in *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie telematiche*, in G. CASSANO e I.P. CIMINO (a cura di), Padova, 2009, p. 361, per i quali la questione circa la qualificazione giuridica dei *domain names* «ha ricevuto, a seconda dei casi, le risposte più svariate, essendo stato inquadrato il nome di dominio ora come semplice indirizzo telematico del sito a cui si riferisce, ora ritenendosi applicabile la disciplina sui segni distintivi, imprenditoriali [...] o solo personali». In argomento anche, G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti di esclusiva*, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, p. 397; P. SAMMARCO, *Il regime giuridico dei nomi a dominio*, Milano, 2002.

²¹ Sulla capacità distintiva, e sulla sua perdita dovuta alla variabilità nel tempo della percezione di un segno come marchio, G.E. SIRONI, *La percezione del pubblico nel diritto dei segni distintivi*, Milano, 2013, p. 172 ss.; D. SARTI, *Segni distintivi e denominazione di origine*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale*, in *Tratt. dir. priv. Un. eur.* Ajani e Benacchio, Torino, 2011, p. 30 ss.

segni siano adatti a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese»²².

In tal senso, vi è chi ha osservato che se non esistessero i marchi, e «chi acquista i beni sul mercato non avesse quindi modo di riferirli ad una specifica fonte, l'operatore economico razionale avrebbe buone ragioni per immettere sul mercato beni di qualità inferiore alla media»²³.

Ne deriva la funzione identificativa e distintiva che il marchio svolge sul mercato, in quanto segno idoneo a contrassegnare, da parte dell'impresa, i beni messi in commercio, nonché la valenza comunicativa e attrattiva dello stesso, in quanto idoneo ad identificare e differenziare i beni e, di conseguenza, in un'ottica concorrenziale, orientare le scelte di acquisto, anche successive, da parte dei consumatori. Nel quadro del discorso si innesta la questione relativa al peso rivestito dalle informazioni circa le caratteristiche dei prodotti e dei servizi offerti, in parte veicolate e trasmesse mediante la funzione distintiva del marchio, che diviene uno strumento fondamentale di comunicazione fra le imprese e i consumatori. In tale prospettiva, si può ritenere un dato ormai acquisito, nell'economia contemporanea, la natura comunicativa, oltre che di indicatore di provenienza, del marchio²⁴.

In tal guisa, «un sistema informativo sviluppato favorisce scelte ponderate da parte dei consumatori e contemporaneamente fornisce alle imprese incentivi per innalzare la qualità e la gamma dei servizi offerti e agevolare un abbassamento dei prezzi, così da semplifi-

²² S. LANDINI, *Tutela della proprietà intellettuale tra forma e sostanza. Ancora sul concetto di preuso in materia di marchi di fatto*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, p. 379 ss., secondo cui «tra i prodotti tutelati dal codice della proprietà intellettuale rientrano i marchi e i segni distintivi. Il codice non contiene una definizione di marchio, ma è possibile al riguardo fare riferimento alla normativa comunitaria. Ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2008/95/CE: “possono costituire marchi di impresa tutti i segni che possono essere riprodotti graficamente, in particolare le parole, compresi i nomi di persone, i disegni, le lettere, le cifre, la forma del prodotto o il suo confezionamento, a condizione che tali segni siano adatti a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese”».

²³ G. RESTA, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, I, Torino, 2015, pp. 3, spec. 41, rileva che «in questa prospettiva l'istituto del marchio serve proprio a evitare il circolo vizioso che si è ora descritto e rimpiazzarlo con una sorta di “circolo virtuoso”. Esso infatti consente di istituire una relazione fra certi prodotti e la specifica impresa da cui essi originano».

²⁴ Secondo C. GALLI, *Comunicazione d'impresa e segni distintivi: le linee evolutive*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 119 ss., la natura distintiva del marchio «in termini giuridici, si concreta da un lato nel diritto attribuito al titolare di un marchio di vietare a terzi ogni forma di agganciamento parassitario ai “messaggi” di cui ciascun singolo marchio è portatore, realizzata mediante l'uso di segni eguali o simili ad esso, e dall'altro nella previsione a carico del medesimo titolare, di un'articolata posizione di responsabilità in ordine alla rispondenza al vero di tali messaggi».

care l'ingresso sul mercato di nuovi soggetti imprenditoriali ed aumentare la competizione»²⁵.

3. Il marchio come strumento comunicativo e di marketing

Il mercato rappresenta il luogo in cui le imprese svolgono la propria attività, e solo attraverso l'osservanza delle regole che disciplinano il corretto funzionamento delle imprese nel mercato si può garantire la corretta operatività della disciplina della concorrenza²⁶. Così, regolamentazione e concorrenza non si presentano come due elementi alternativi ma complementari²⁷, nel senso di attribuire alla funzione regolativa uno strumento per favorire il corretto funzionamento della disciplina della concorrenza nei diversi ambiti e settori di mercato²⁸.

In linea con tali premesse, è fondamentale mettere in evidenza la relazione funzionale che corre fra la tutela della proprietà intellettuale e la tutela del mercato concorrenziale²⁹.

²⁵ G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, cit., p. 201.

²⁶ G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., p. 31, osserva, a proposito del diritto dei marchi che «anche in questa materia, e ancor più manifestamente, non è in gioco il profilo della mera conoscenza del bene immateriale, il marchio essendo, per definizione, pubblico vettore di informazione. [...] Si tratta quindi di conflitti di natura prettamente concorrenziale. Rispetto ai quali il carattere eminentemente privato del confronto non osta alla produzione di effetti incidenti su interessi d'ordine generale, come quello alla libertà di concorrenza, ovvero alla tutela della c.d. buona fede commerciale (cioè all'affidamento del pubblico dei consumatori)».

²⁷ Significativo della centralità della questione segnalata, è l'attenzione che la riflessione dottrinale ha riservato a tale profilo, in particolare all'individuazione della disciplina più idonea al corretto funzionamento del mercato, in tale direzione, V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 390: «orbene, l'intervento regolatore sul mercato generale ha come obiettivi generali, da un lato, quello di impedire che i fenomeni distorsivi della concorrenza [...] ledano il fondamentale principio della libertà di concorrenza fra le imprese in omaggio al precetto contenuto all'art. 41 Cost., e dall'altro, quello di tutelare una serie di diritti del consumatore in quanto acquirente o fruitori di prodotti».

²⁸ P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 103, secondo cui «la funzione del mercato si desume dagli stessi valori che, immanentemente, dall'interno, vincolano la libertà economica legittimandola come potere di rilevanza costituzionale. In questo consiste il nesso decisivo tra libertà di iniziativa economica e valori personalistici e solidaristici della Costituzione».

²⁹ G. FLORIDIA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, cit., p. 5 ss., secondo il quale va ricordato che una delle direttrici investe più specificamente le norme poste a disciplina della concorrenza, «nella duplice configurazione della disciplina della concorrenza sleale e della disciplina antitrust. La validità della proposta metodologica formulata originariamente da Ascarelli è stata confermata nei cinquant'anni successivi nei quali l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha sempre tenuto presente, ed anzi progressivamente enfatizzato, la relazione funzionale che intercorre fra la tutela della proprietà intellettuale e la tutela del mercato concorrenziale».

Da ciò discende la crescente esigenza di registrare un segno distintivo, resa ancora più forte dalla rapida evoluzione del fenomeno *internet*, al fine di elaborare un sistema di presidi e di tutele che garantiscano le imprese ed i fruitori di beni e servizi³⁰.

Sulla scorta delle osservazioni formulate, non ci si può limitare a segnalare una generica funzione concorrenziale della proprietà intellettuale dovendosi, piuttosto, delineare il percorso che ha condotto a fondare lo stretto legame fra tutela dei segni distintivi e tutela del mercato concorrenziale³¹.

In tal senso, si pensi all'evoluzione della funzione distintiva del marchio passata dalla tutela in senso stretto del diritto all'identità e alla differenziazione nel mercato, alla tutela – ben più ampia – del marchio come strumento di *marketing*, «capace di incorporare importanti valori di avviamento, e perciò la tutela contro l'agganciamento e il parassitismo»³².

Come osservato, una delle funzioni essenziali svolte dal marchio è quella di favorire la concorrenzialità, in quanto il bene contrassegnato da un marchio che il consumatore, mediante l'atto di acquisto, ha preferito, costituisce una misura premiale per le imprese, e quindi consente al meccanismo concorrenziale di selezionare le iniziative imprenditoriali più virtuose ed efficienti³³.

Dal punto di vista del consumatore, la circostanza che i beni e i servizi possano essere contraddistinti non solo dalla loro denominazione generica ma anche da un segno ulteriore, il marchio, può comportare benefici notevoli³⁴, in quanto idoneo ad attrarre clientela e a captarne il consenso

³⁰ D. SCARPA, *Valore industriale dell'informazione societaria nel mercato*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, p. 71 ss.

³¹ Oltre che intravedere nei segni distintivi uno strumento di tutela della concorrenza, è diffusa anche l'idea della stretta connessione funzionale tra proprietà intellettuale e impresa, in tal senso, M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2014, p. 299 ss., secondo cui «la tutela della p.i. è dunque, in questa prospettiva, un capitolo della tutela della libertà d'impresa; è uno strumento di tutela della libertà d'impresa e della concorrenza dinamica nei mercati».

³² G. FLORIDIA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, cit., p. 5. C. GALLI, *Proprietà intellettuale, un diritto per il futuro*, cit., p. 105 ss., secondo cui al «sistema nel quale al diritto del titolare di vietare a terzi ogni forma di agganciamento parassitario ai “messaggi” di cui il suo marchio è portatore, fa da contraltare da parte sua di un'articolata posizione di responsabilità in ordine alla corrispondenza al vero di tali “messaggi”».

³³ G. RESTA, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, cit., p. 45, approfondisce la questione circa la valutazione del marchio, e afferma che tale segno distintivo «soddisfa due serie di interessi individuali: quello dei consumatori, a reperire più agevolmente (o come anche si dice, a costi minori) i beni preferiti, e quello delle imprese di vedersi attribuiti i meriti che loro competono».

³⁴ G. RESTA, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, cit., p. 3, secondo cui, così, «da presenza di un marchio consente, in molti casi, la marcata riduzione dei costi di ricerca del bene corrispondente ai desideri del sogget-

Ne deriva, il valore strumentale molto elevato che il marchio può acquisire nei rapporti commerciali, nonché in termini competitivi³⁵, tanto da costituire un elemento fondamentale dell'avviamento e di strumento di creazione di valore per l'impresa³⁶.

Costituisce, tuttavia, un elemento indefettibile connesso alla disciplina del marchio, affermarne la fondamentale funzione distintiva, e ciò nell'ottica di tutela tanto del consumatore, che ha diritto ad acquistare beni non contraffatti, quanto del titolare del marchio. In tal senso, particolarmente avvertito non solo a livello domestico³⁷, è il problema della con-

to interessato all'acquisto: quando l'ordinamento assicuri che solo al titolare del marchio compete la scelta di decidere su quali beni apporre il segno, il potenziale acquirente potrà indirizzare la sua scelta. [...] E ciò significa, questa volta dal punto di vista del sistema economico nel suo complesso, che il marchio può anche dare un secondo contributo all'ottimalità allocativa, premiando le scelte di titolari del marchio gradite dal mercato e penalizzando quelle sgradite».

³⁵ Si veda G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., pp. 348, spec. 355, secondo cui il marchio offre un vantaggio competitivo per i titolari, anche sul piano della «possibilità di riservarsi di sfruttare in futuro il *selling power* in settori non ancora investiti dall'attività dell'impresa (o gruppo)»; M.P. MANTOVANI, *Marchio e uso dei segni distintivi in Internet: fra etica del mercato e prospettive di responsabilizzazione delle imprese*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, p. 1 ss., secondo cui «la funzione attrattiva del marchio connessa agli investimenti pubblicitari e di natura promozionale svolge, nell'attuale assetto economico-produttivo, un ruolo centrale in quanto apre la via al riconoscimento di un'autonoma tutela al valore commerciale del segno (c.d. *selling power* del marchio)».

³⁶ G. SENA, *Il diritto dei marchi. Marchio nazionale e marchio comunitario*, 4^a ed., Milano, 2007, p. 515, secondo cui il marchio, visto isolatamente, non presenta alcuna utilità ed in sé non ha alcun interesse.

³⁷ A livello di diritto comparato, interessante il problema della contraffazione del marchio, in modo particolare nel sistema giuridico cinese: D. SARTI, *La registrazione dei marchi di forma in Cina*, in *Dir. ind.*, 2014, p. 245 ss., secondo cui l'esperienza cinese pur se, *prima facie*, non è costruita in modo sostanzialmente diverso rispetto agli schemi giuridici tradizionali dell'esperienza europea, in particolare il diritto cinese appare ispirato proprio alla direttiva marchi, anche se, «ad una più attenta lettura, emergono nell'esperienza cinese alcuni spunti “eccentrici” rispetto all'esperienza tradizionale dell'UE. In particolare, la tradizionale prospettiva europea appare in via generale ispirata a criteri di valutazione della contraffazione tendenzialmente rigidi, che non lasciano spazio ad una comparazione degli interessi in gioco. [...] La prospettiva cinese lascia invece trasparire valutazioni più articolate». Per C. GALLI e A. FRATTI, *La contraffazione dei segni distintivi registrati e non registrati in Cina: la lunga marcia dalla tutela contro la confondibilità a quella contro il parassitismo*, in *Dir. ind.*, 2014, p. 219 ss., «anche in Cina il marchio da “carta di identità” del prodotto e dell'impresa inizia sempre più ad essere percepito dai consumatori, e seppur con più fatica, anche dalle autorità amministrative e giudiziarie, come vero e proprio strumento di comunicazione e quindi come veicolo di un messaggio complesso che non si limita alla sola indicazione di una determinata origine imprenditoriale di un prodotto o servizio, ma trasmette sensazioni, valori, conoscenze, idee di cui diventa il simbolo». Per un'analisi del percorso giurisprudenziale nel modello giuridico cinese, A. FRATTI, *La cultura del falso in Cina: un'analisi comparativa della parodia del marchio in Cina, negli Stati Uniti e in Italia*, in *Dir. ind.*, 2013, p. 551 ss.; A. CARPI, *La disciplina di marchi, brevetti e diritto d'autore in Cina nel ventennale dei Trips*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1435 ss., che rileva come «dall'ingresso della Cina nell'Organizzazione mondiale del commercio sono trascorsi 13 anni. In questo lasso temporale il diritto cinese delle privative industriali ha conosciuto una profonda e continua trasformazione, sia con riferimento alle specifiche discipline dettate in materia, sia in relazione alle dinamiche di *legal process* che incidono sulle suddette discipline, sul fronte dell'applicazione normativa». L. HO, *L'enforcement in Cina contro le violazioni del diritto sul design*, in *Dir. ind.*, 2014, p. 273 ss.; F. CALDA, *Giurisprudenza italiana e cinese in materia di imitazione delle forme*, in *Dir. ind.*, 2016, p. 24 ss.

traffazione³⁸, quale caso tipico di violazione del diritto di marchio, in quanto il contraffattore usa il marchio registrato da un'impresa concorrente od un segno ad esso assai simile per beni dello stesso genere.

Tuttavia, come affermato dalla giurisprudenza, il titolare del marchio previamente registrato non può vietare di per sé l'uso del segno distintivo in qualsiasi forma, e quindi anche come *domain name*, ove non sussista la confondibilità dei prodotti o servizi³⁹.

Fondamentale, in tale ottica, è la funzione che i segni distintivi assolvono, in particolare modo nel rapporto fra l'imprenditore e la massa dei consumatori⁴⁰. «Essi sono, secondo una formula corrente dei “collettori di clientela”: permettono ai consumatori di identificare e distinguere, fra loro, i diversi imprenditori, le loro rispettive aziende e i loro rispettivi prodotti, garantiscono così all'imprenditore di godere, con esclusione degli altri, del proprio successo imprenditoriale»⁴¹.

In tale prospettiva, alla luce dei profondi mutamenti dei modelli dell'agire imprenditoriale, oggi molto distanti dall'economia di tipo artigianale, è fondamentale per l'impresa che i propri prodotti divengano o restino oggetto di scelte preferenziali dei consumatori, e dunque, in tale prospettiva, è necessario evitare, attraverso un codice identitario – il marchio – che quei prodotti possano essere confusi con prodotti di altre imprese concorrenti. Ne consegue che il marchio assurge ad una funzione di identificazione dell'impresa e dei prodotti e servizi offerti nel mercato, oltre che, come rilevato, svolge una funzione informativa e, non da ultimo, anche ad una finalità di natura merceologica e di *marketing* commerciale.

³⁸ M. RICOLFI, *La tutela del marchio*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, 5ª ed., Torino, 2016, p. 132, osserva che «la legge riserva al titolare del marchio il diritto di vietare come anche di consentire l'uso del suo marchio (artt. 20 c.p.i. [...]), in presenza del consenso del titolare del marchio l'uso del segno da parte di un terzo non può qualificarsi come contraffattorio».

³⁹ Secondo Cass., 13 marzo 2009, n. 10218, in *www.dejure.it*, «l'apprezzamento sulla confondibilità va compiuto dal giudice di merito accertando, non soltanto l'identità o almeno la confondibilità dei due segni, ma anche l'identità e la confondibilità tra i prodotti, sulla base quanto meno della loro affinità. Tali giudizi, infatti, non possono essere considerati tra loro indipendenti, ma sono entrambi strumenti che consentono di accertare la cosiddetta “confondibilità tra imprese”». Recentemente, Cass., 18 agosto 2017, 20189, in *www.dejure.it*.

⁴⁰ G. GHIDINI e G. CAVANI, *Presupposti e portata della tutela dei marchi dotati di rinomanza*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, p. 69 ss., secondo cui è da «criticare la recente ripetuta affermazione della Corte di giustizia europea circa una funzione di “investimento” (talora sovrapposta ad una “pubblicitaria”) della tutela dei marchi rinomati: funzione che si aggiungerebbe, con proprio giuridico rilievo, a quella distintiva».

⁴¹ F. GALGANO, *Diritto privato*, 15ª ed., Padova, 2010, p. 240.

4. La tutela dei segni distintivi in internet

Particolare interesse suscita la questione relativa alla tutela dei segni distintivi all'interno della rete *internet*, quasi a suggerire il profilarsi «di regole che aspirano ad un'applicazione insensibile alle frontiere (come la *lex mercatoria* e, per quanto qui più interessa, la c.d. *lex mediatica*)»⁴².

«Posto che la rete è presente in ogni luogo e in nessun luogo specificamente»⁴³, fondamentale rilievo assume, nel quadro del discorso, il c.d. principio di territorialità⁴⁴, quale regola che determina l'ambito di applicazione – *ratione loci* – di una legge⁴⁵.

Tale principio⁴⁶, si riferisce all'effetto estensivo della tutela del marchio entro i confini dell'ordinamento giuridico cui il segno distintivo afferisce, e muove dal postulato della natura territoriale del diritto di marchio⁴⁷.

La finalità precipua del principio di territorialità è di dirimere eventuali conflitti che possano sorgere, in relazione a fattispecie che abbiano punti di contatto con più ordinamenti, in quanto tale principio fissa i criteri in base ai quali viene fatta la scelta della legge applicabile, sia essa italiana o straniera, e «in questo caso la individua con riferimento al Paese in cui avviene l'uso del bene immateriale per il quale viene richiesta la protezione»⁴⁸.

Tale principio, tuttavia, non è esente da critiche, sulla scorta di argomentazioni fondate sul rischio di possibili effetti anticompetitivi, alla luce della dimensione sempre più globalizzata dell'economia e dei flussi commerciali⁴⁹.

⁴² R. ROMANO e P. SPADA, *Parte generale*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, 5ª ed., Torino, 2016, p. 44.

⁴³ G. RESTA, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, cit., p. 32.

⁴⁴ N. BOSCHIERO, *Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale: conflitti e giurisdizione*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2007, p. 34 ss.

⁴⁵ R. SACCO, *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 16, secondo cui «è molto facile enumerare le ragioni che sono a favore dell'unificazione e dell'uniformazione. I conflitti di diritto (tra ordinamenti nazionali) ostacolano, senza dubbio, gli scambi».

⁴⁶ P. SPADA, *Il paradigma proprietario e la protezione giuridica dell'innovazione e della nomenclatura commerciale*, in *Dir. ind.*, 2007, pp. 269 ss., spec. 271, osserva che «quando l'art. 54, L. n. 218/1995 (riforma del diritto internazionale privato) dispone che “i diritti sui beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione” compendia nel sintagma un foltissimo materiale normativo, perimetrato grazie ad una ormai remota concettualizzazione (invenzioni, opere artistiche e letterarie, segni distintivi e oltre) e pone una norma di selezione territoriale della regola di giudizio applicabile a tutte le liti rilevanti per quel materiale normativo».

⁴⁷ R. ROMANO e P. SPADA, *Parte generale*, cit., p. 45, secondo cui «a questa territorialità si lascia ricondurre il dettato dell'art. 54 della legge italiana di “riforma del diritto internazionale privato” (l. n. 218/1995): “i diritti sui beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione”».

⁴⁸ G. RESTA, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, cit., p. 28.

⁴⁹ G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., p. 334.

Costituisce ulteriore profilo problematico, nel caso di controversie in materia di diritti di proprietà intellettuale che presentino punti di collegamento con una pluralità di ordinamenti, quello relativo all'individuazione del giudice legittimato a conoscere la controversia⁵⁰.

In linea di principio, anche in questa situazione, continua a trovare applicazione il c.d. principio di territorialità, anche se non mancano perplessità rispetto a questa soluzione, alla luce del fatto che un unico atto può avere ripercussioni in un numero molto elevato di ordinamenti.

Sul piano normativo, la direttiva *e-commerce* (Dir. 2000/31/CE)⁵¹, attuata in Italia con il d.lgs. n. 70/2003⁵², ha introdotto la regola (*ex art. 3, par. 1*) secondo la quale, per coloro che operano in rete, vale il diritto del Paese della sede (c.d. *home country*) del *provider*. Tuttavia, la disciplina europea ha esplicitamente escluso dall'applicazione della regola suddetta, le fattispecie che attengono ai diritti di proprietà industriale (art. 3, par. 3)⁵³.

La tutela della proprietà intellettuale ha registrato, dal punto di vista normativo, una significativa evoluzione, fra cui si segnala, in particolare, il Regolamento n. 2015/2424⁵⁴, rilevante, ai fini della nostra riflessione, in quanto – nel Considerando n. 7 – viene specificato che la normativa europea muove dall'esigenza di adeguare il sistema del marchio europeo «all'era di internet»⁵⁵. In tal senso, può affermarsi che il diritto europeo⁵⁶ in materia di segni

⁵⁰ Sul tema, si veda, S. BARIATTI, *Internet e diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore*, in *Ann. it. dir. aut.*, 1996, p. 59 ss.

⁵¹ *Ex multis*, P. LEOCANI, *La Direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, pag. 615.

⁵² La Direttiva 2000/31/CE è stata attuata in Italia dal d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70. Si veda, *ex multis*, S. SICA, *Il Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70: autoregolamentazione e codici deontologici nei contratti telematici*, in *Dir. informazione e inf.*, 2003, p. 881 ss.

⁵³ G. RESTA, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, I, cit., p. 32.

⁵⁴ Regolamento (UE) n. 2015/2424, recante modifica del regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio sul marchio comunitario, che modifica il regolamento (CE) n. 2868/95 della Commissione, recante modalità di esecuzione del regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio sul marchio comunitario, in G.U.U.E. L 341 del 24 dicembre 2015 (entrata in vigore 23 marzo 2016). In argomento, si veda, M. GNES e E. CHITI, *Cronache europee 2015*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 1113.

⁵⁵ S. CASELLI, *La riforma europea dei marchi: una prima lettura*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, p. 3 ss.

⁵⁶ Per una lettura del rapporto tra fonti interne e ordinamento comunitario si rinvia a: P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, pp. 16 ss. spec. 61, secondo il quale «come altre fasi della storia, il nostro tempo conosce, anche se in forma rinnovata, la problematica del pluralismo delle fonti e quella del pluralismo dei poteri legislativi e in senso ampio normativi. [...] Il pluralismo delle fonti oggi si scontra con due forme di decentramento: quello infrastatale ed infranazionale e quello sovranazionale».

distintivi ha registrato una progressione, per certi versi, più intensa di quella che ha interessato le convenzioni internazionali in materia⁵⁷.

Una delle novità più rilevanti della normativa europea è l'introduzione del principio in base al quale non si richiede più un'obbligatoria rappresentabilità grafica del segno, ai fini di una sua attitudine distintiva. Ne deriva che il segno deve, necessariamente, e a pena di nullità della registrazione, essere rappresentato, ma non deve esserlo obbligatoriamente in una forma grafica, essendo ora espressamente riconosciuta la possibilità di individuare una qualsiasi forma di rappresentazione, ammettendosi così l'uso di ogni nuova tecnologia disponibile, purché idonea a «consentire alle autorità competenti e al pubblico di determinare precisamente ed esattamente l'oggetto della protezione garantita al suo titolare» (cfr. art. 4.1 lett. b Regolamento n. 2015/2424)⁵⁸.

5. Il domain name: fondamento e disciplina di tutela

Il rapido evolversi delle nuove tecnologie e del fenomeno *internet* ha dischiuso nuove prospettive evolutive in materia di segni distintivi⁵⁹.

Significativa, in tale prospettiva, è l'attenzione riservata dal dibattito scientifico ai c.d. *domain names*⁶⁰, elaborati, inizialmente, per agevolare l'accesso alla rete *internet* da parte degli

⁵⁷ M. RICOLFI, *I marchi. Nozione. Fonti. Funzioni*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, 5^a ed., Torino, 2016, p. 76: «Il Regolamento [...] tiene a battesimo un istituto nuovo, il marchio EU, che si ottiene mediante un unico procedimento di registrazione ed il cui carattere unitario è scolpito dal §2 dell'art. 1. Secondo questa disposizione, infatti, in linea di principio il marchio EU “produce gli stessi effetti in tutta l'Unione”».

⁵⁸ Nella Direttiva 2015/2436/UE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in G.U.U.E. L 336 del 23 dicembre 2015, è particolarmente avvertita l'esigenza di armonizzare ulteriormente le varie normative nazionali, che non sono ancora totalmente armonizzate, incidendo anche sulla prassi, per meglio allineare le normative interne al marchio UE assicurando, per quanto possibile, parità di condizioni in materia di registrazione e protezione dei marchi. Sul tema, S. GIUDICI, *Osservazioni sulla nuova disciplina europea dei marchi*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, p. 158 ss.

⁵⁹ Per un'analisi dei *domain names* in una dimensione internazionale: G.M. RUOTOLO, *Il sistema dei nomi di dominio alla luce di alcune recenti tendenze dell'ordinamento internazionale*, in *Dir. informazione e inf.*, 2016, p. 33 ss., rileva come, data la centralità della questione, l'analisi prende a modello «i meccanismi di regolamentazione del sistema dei nomi di dominio, il c.d. *domain name system* (DNS) di Internet, il quale, come noto, consente agli utenti di identificare i siti web digitando nomi facili da memorizzare (i nomi di dominio, appunto), invece dei rispettivi indirizzi numerici di rete (gli indirizzi IP), e rappresenta quindi l'indispensabile “elenco telefonico” della Rete».

⁶⁰ Sulla qualificazione giuridica del nome di dominio ed una ricostruzione delle diverse posizioni dogmatiche: A. MAIETTA, *I segni distintivi nell'era Internet*, in *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, in G. CASSANO e I.P. CIMINO (a cura di), Padova, 2009, p. 361; P. VARI, *La natura giuridica dei nomi di dominio*, Padova, 2001; C. GALLI, *I domain names nella giurisprudenza*, Milano, 2001.

utenti⁶¹ – in tal senso, il nome di dominio rappresenta l'indirizzo fisico del *server* in cui risiede la risorsa – ma che, ben presto, hanno assunto una valenza distintiva con riferimento al soggetto a cui il nome a dominio viene assegnato⁶².

In tale ottica, il nome di dominio consente di identificare i servizi disponibili sulla rete informatica aventi ad oggetto l'erogazione e lo scambio di informazioni, ovvero la pubblicazione e l'offerta di altri beni e servizi da parte dell'impresa⁶³.

Il *domain name* ha molto in comune con la categoria giuridica dei segni distintivi⁶⁴, in primo luogo perché è palesemente segno, in secondo luogo perché distingue un determinato sito da altri⁶⁵. Non solo, ma permette a chi non conosce un determinato indirizzo telematico di raggiungere un determinato sito. Si concreta così una delle caratteristiche proprie dei segni distintivi, vale a dire quella di essere indicazione di provenienza di una determinata attività, in questo caso, di un determinato servizio.

⁶¹ G. GARGIULO, *L'ultimo nato tra i segni distintivi: il nome a dominio*, in *Dir. ind.*, 2015, p. 300: «il nome di dominio è costituito da un *Top Level Domain* (TLD) e da un *Second Level Domain* (SLD). [...] Il *Second Level Domain* posto a sinistra del TLD, è sempre costituito da una parola scelta dall'utilizzatore. Questo sistema ha reso più efficace, e soprattutto, più rapida, la ricerca di siti web».

⁶² A. MAIETTA, *I segni distintivi nell'era Internet*, cit., p. 361.

⁶³ Così, Trib. Viterbo, 24 gennaio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1367 con nota di G. CASSANO, *Domain name grabbing: l'incetta del nome di dominio dell'impresa celebre*, Trib. Roma, 9 marzo 2000, in *Dir. inf.*, 2000, p. 360 con nota di A. IMPRODA, *Segni distintivi e domain names: un rapporto conflittuale*.

⁶⁴ G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., p. 316, secondo cui nel mondo virtuale vi sono i «problemi (talora complicati da nuove possibilità di uso informativo di quei segni virtuali, si pensi ad esempio, al c.d. *key advertising*)». In argomento, la sentenza della Corte UE, *Interflora*, 22 settembre 2011, C-323/2009, in *Riv. dir. ind.*, 2012, p. 81, con nota di F. STEFANI, ove il giudice europeo compie interessanti approfondimenti ed introduce due importanti novità: la prima è costituita dalla autonoma rilevanza data alla funzione di investimento rispetto a quella pubblicitaria; la seconda verte, invece, sul diverso atteggiarsi della disciplina dei marchi rispetto al *keyword advertising* nelle ipotesi di marchi che godono di notorietà. Circa la funzione di investimento, la Corte afferma che essa viene caratterizzata dall'uso del marchio per acquisire o mantenere una reputazione idonea ad attirare i consumatori e a renderli fedeli e che viene distinta dalla funzione pubblicitaria *stricto sensu* intesa poiché la reputazione può essere mantenuta o acquisita non solo attraverso la pubblicità ma anche con altre tecniche commerciali. Per un'analisi comparata della giurisprudenza delle Corti federali americane e della Corte di Giustizia sul tema del c.d. *keyword advertising*, v. M. COLANGELO, *Marchi e keyword advertising dopo il caso Interflora: un'analisi comparata della disciplina comunitaria e statunitense*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 78. Nella giurisprudenza domestica: Trib. Milano, 23 aprile 2013, Sez. spec. Impresa, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 193 ss., con nota di D. GUARDÌ, *La responsabilità dell'inserzionista e del service provider nell'ambito del keyword advertising*.

⁶⁵ Per G. RESTA., *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti di esclusiva*, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, p. 397, particolare rilievo riveste la questione relativa alla qualificazione giuridica dei *domain names*, che «ha ricevuto, a seconda dei casi, le risposte più svariate, essendo stato inquadrato il nome di dominio ora come semplice indirizzo telematico del sito a cui si riferisce, ora ritenendosi applicabile la disciplina sui segni distintivi, imprenditoriali [...] o solo personali».

Nel quadro del discorso si innesta la questione relativa all'assegnazione del *domain name*, che si fonda su due principi, quello dell'unicità del nome di dominio, non ammettendosi la possibilità che vi siano due indirizzi *internet* identici; nonché il principio del *first come, first served*, secondo cui l'assegnazione di un nome di dominio non ancora registrato viene effettuata seguendo l'ordine cronologico delle richieste. Soddisfatte queste due condizioni, viene assegnato il nome di dominio, e da ciò discende il diritto di utilizzo in esclusiva, indipendentemente dal fatto che il nome di dominio sia in conflitto con altri diritti di privativa.

In tale ottica, il principio "*first come, first served*", che governa la disciplina della registrazione dei nomi a dominio, si applica ai soli conflitti tra *domain names*⁶⁶, laddove il generale criterio di anteriorità cronologica regola i conflitti tra nomi a dominio e marchi⁶⁷.

Alla luce del quadro delineato, evidenti sono i problemi di natura giuridica che possono sorgere, specie in termini di armonizzazione del regime normativo fra segni direttamente e fisicamente apposti ai prodotti (segni distintivi), e nomi di dominio⁶⁸. L'espansione del fenomeno *internet* ha alimentato la questione fondata sull'assenza di una specifica disciplina normativa in materia di *domain name*.

Tale stato di cose ha favorito il prodursi di un diritto giurisprudenziale che, dapprima, si è mostrato contrario al riconoscimento del nome di dominio quale segno distintivo⁶⁹ e, successivamente, ha assimilato il *domain name* ai segni distintivi e, più frequentemente, al marchio, quale segno distintivo di prodotti e di servizi⁷⁰.

⁶⁶ C.E. MAYR, *Il domain name e i diritti sui segni distintivi: coesistenza problematica*, in *Ann. it. dir. aut.*, 1996, pp. 223 ss, spec. 227, secondo cui, in particolare, la giustificazione della regola del *first come, first served*, «sembra risiedere non in motivi di tipo tecnico, ma nella carenza di strutture presso l'autorità di *naming* che consentano il controllo di eventuali diritti di terzi sulla medesima denominazione».

⁶⁷ L. LIUZZO, *Il principio di unità dei diritti sui segni distintivi e i domain names nel mercato virtuale di internet*, in *Studi di diritto industriale in onore di A. Vanzetti*, I, Milano, 2004, p. 874 ss.; P. SAMMARCO, *Il regime giuridico dei «nomi a dominio»*, Milano, 2002.

⁶⁸ Sul principio generale di unitarietà dei segni distintivi, di cui all'art. 22 c.p.i., S. SANDRI, *Associazione e confondibilità per associazione*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, p. 186.

⁶⁹ Trib. Firenze, 29 giugno 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1902, secondo cui, «non può porsi per il *domain name* un problema di violazione del marchio d'impresa, della sua denominazione, o dei suoi segni distintivi». In argomento, *ex multis*, P. CERINA, *Internet, nuova frontiera per il diritto dei marchi?*, in *Dir. ind.*, 1996, p. 552; P. FRASSI, *Internet e segni distintivi*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, p. 178; A. MANTELETO, *I domain name nella giurisprudenza delle Corti ... fra diritto e tecnologia*, in *Contr. impr. Eur.*, 2005, p. 140 ss.

⁷⁰ Si veda, Trib. Milano, 16 maggio 2003, n. 28691, in *www.dejure.it*, secondo cui: «i nomi di dominio, corrispondenti ai siti della rete *Internet* sono indubbiamente segni distintivi di impresa, avendo la funzione di attrarre l'attenzione di clienti e fornitori a visitare il sito e a mettersi in contatto con l'imprenditore».

Nel caso del *domain name*, si è indotti a ragionare in termini di segno distintivo in quanto tale segno è idoneo, al pari del marchio, ad indicare la provenienza di prodotti e servizi riconducibili ad attività svolte da un imprenditore. Si osservi, infatti, che il nome a dominio rileva come segno distintivo in quanto, alla luce della progressiva «commercializzazione» della rete *internet*, l'imprenditore non si avvale di un indirizzo *internet* qualsiasi, ma richiede un determinato nome di dominio per rendere identificabili ai navigatori i prodotti o servizi offerti dal proprio sito commerciale⁷¹.

Sul piano giurisprudenziale, come rilevato, frequentemente i giudici hanno riconosciuto l'equiparazione del *domain name* al marchio, utilizzato per contraddistinguere prodotti o servizi e, come tale, astrattamente idoneo a creare un effetto confusivo o di associazione sul mercato⁷².

Il riconoscimento di una funzione distintiva del *domain name* ha avuto importanti conseguenze anche sul piano della disciplina del diritto della proprietà intellettuale⁷³.

Pur se la prospettiva da cui si muove quando si discute di tutela dei diritti di privativa in rete è diversa rispetto a quella che interessa il diritto della proprietà intellettuale *tout court*, occorre considerare come «la distintività del segno assurga a valore assoluto, a prescindere dal contesto nel quale la lesione si sia verificata, sia essa il mondo reale o virtuale; in altri termini il nome di dominio, in quanto segno distintivo atipico, è suscettibile di violare la di-

⁷¹ M. FAZZINI, *Il diritto di marchi nell'universo di Internet*, in *Ann. it. dir. aut.*, 1998, p. 594, per cui «benché sotto un profilo strettamente tecnico il domain name identifichi un sito, cioè un luogo virtuale collocato in un server connesso alla rete, e non i prodotti o servizi che nel sito vengono proposti ed offerti, è indiscutibile che l'adozione come nome di dominio di un marchio ha principalmente la finalità di permettere l'individuazione dell'offerta commerciale contenuta nel sito in questione, distinguendola dalle innumerevoli altre; e la distinzione è resa possibile con il ricorso a quel marchio che nel "mondo reale" contraddistingue i prodotti o servizi offerti. L'uso del marchio come nome di dominio è allora un uso del segno "nella pubblicità" od in alternativa un uso del segno in quella particolare forma di "corrispondenza commerciale" che le regole tecniche di Internet impongono, implicante la digitazione in una U.R.L. o l'attivazione di un link per il reperimento di un sito».

⁷² Trib. Roma, 9 marzo 2000, in *Riv. dir. ind.*, 2001, p. 132. Attribuisce al nome di dominio natura di segno distintivo atipico, Trib. Parma, 26 febbraio 2001, in *Riv. dir. ind.*, p. 350 con nota di E. TOSI, «*Domain grabbing*», «*linking*», «*framing*» e utilizzo illecito di metatag nella giurisprudenza italiana: pratiche con fusorie online «vecchie» e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale.

⁷³ Osserva come, nella *new economy*, i *domain names*, oltre ai marchi e ai brevetti, costituiscono il patrimonio di molte imprese: C.M. CASCIONE, *I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia: profili problematici*, in *Dir. inf.*, 2008, p. 25 ss.

stintività del marchio cui corrisponde a prescindere dal contesto di *Internet*, ed a prescindere dalla possibilità per il titolare di registrare o meno un nome di dominio corrispondente»⁷⁴.

L'importanza che nell'attuale contesto giuridico ed economico riveste il nome di dominio, ha reso necessaria l'adozione di una disciplina normativa tesa a regolare la figura dei c.d. *domain names* che, nell'ultimo periodo, hanno registrato una rapida e significativa evoluzione.

Il legislatore domestico ha introdotto, nell'art. 22, comma primo, c.p.i.⁷⁵, la locuzione «nomi a dominio».

Il *conditor iuris* ha, così, proceduto a tipizzare il nome a dominio utilizzato nell'esercizio dell'impresa nel facendolo rientrare in seno agli altri segni distintivi.

Tale scelta normativa appare significativa in quanto fare riferimento ai nomi a dominio di un sito usati nell'attività economica o altro segno distintivo uguale o simile, può produrre possibili interferenze con altrui diritti di marchio, qualora l'uso del nome a dominio sia idoneo a generare una situazione confusiva per il pubblico, che può consistere anche nel rischio di un'associazione tra i due segni⁷⁶.

Sulla scorta del principio di unitarietà dei segni distintivi di cui all'art. 22 c.p.i., vi è una tendenziale equiparazione dei *domain names* agli altri segni distintivi dell'impresa.

Ne deriva che, il *domain name* ha una doppia natura, tecnica, di indirizzo delle risorse logiche della rete *internet* e distintiva. In quanto segno distintivo – costituito dalla parte ca-

⁷⁴ A. PALAZZOLO, *Il diritto industriale nella rete Internet: nomi di dominio, contraffazione, concorrenza sleale*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, X, *Internet*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2004, p. 190.

⁷⁵ Art. 22, comma 1°, c.p.i.: «È vietato adottare come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio di un sito usato nell'attività economica o altro segno distintivo un segno uguale o simile all'altrui marchio se, a causa dell'identità o dell'affinità tra l'attività di impresa dei titolari di quei segni ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è adottato, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni». Art. 22, *Codice della proprietà industriale*, adottato con d. lg. n. 30/2005, e modificato dall'art. 14, comma 1°, co. 1, d. lg. n. 131/2010.

⁷⁶ Trib. Firenze, Sezione proprietà industriale e intellettuale, 13 dicembre 2010, n. 4068, consultabile in *www.dejure.it*, secondo cui: «il “rischio di confusione per il pubblico” può consistere anche nel “rischio di associazione tra i due segni” (v. art. 20, lett. b) c.p.i.), risultato presumibile ove il cliente-consumatore consulti il “domain name”, essendo così indotto a credere e ad attribuire ai prodotti illustrati sul sito le medesime caratteristiche di qualità dei prodotti dell'impresa titolare del diritto di privativa». N. ABRIANI, *I segni distintivi. La tutela del marchio. Il giudizio di contraffazione*, in *Diritto industriale*, in *Tratt.* Cottino, II, Padova, 2001; C. GALLI, *Diritti IP e risarcimento dei danni: un rapporto difficile che sta cambiando*, cit., p. 105 ss.

ratterizzante il nome di dominio, denominata *Second Level Domain*– può entrare in conflitto con altri segni, in ossequio al di unitarietà dei segni distintivi, statuito dall'art. 22 c.p.i.⁷⁷.

In tal senso, il legislatore, muovendo da una prospettiva sistematica unitaria, sembra aver posto il nome di dominio sullo stesso piano dei segni distintivi tipici dell'impresa, collocandolo, in piena simmetria normativa, nell'elenco dei segni per i quali sussiste un divieto di utilizzo, quando essi siano di per sé idonei a ledere la capacità distintiva dell'altrui marchio⁷⁸.

Facendo leva sulla postulata qualificazione giuridica del *domain name* quale segno distintivo, è necessario applicare al *domain name*, in via diretta, e non analogica⁷⁹, la disciplina dei segni distintivi, al fine di poter garantire, in una convergenza di obiettivi, il corretto funzionamento del mercato e delle regole della concorrenza⁸⁰.

Il tema della tutela dei segni distintivi in *internet* assume connotati particolarmente complessi, in quanto è chiamato a confrontarsi con le sfide, sempre nuove, che l'evoluzione tecnologica pone. In tal guisa, per governare la complessità del mondo virtuale, è necessario muovere dalla base normativa esistente (la disciplina di tutela dei segni distintivi) e valorizzare il ruolo della giurisprudenza che, in tema di tutela dei segni distintivi in *internet*, svolge una fondamentale funzione regolativa.

⁷⁷ Trib. Milano, 20 febbraio 2009, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 375, con nota di E. TOSI, *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico «domain grabbing» all'innovativo «key-word» marketing confusorio*.

⁷⁸ A. MAIETTA, *I segni distintivi nell'era internet*, cit., p. 373, secondo cui «la normativa italiana non fornisce una definizione precisa del nome a dominio, ma ne inferisce la tutela laddove lo stesso venga usato in ambito commerciale con pratiche scorrette, autorizzando l'utilizzo di meccanismi di tutela previsti per i segni distintivi tipici e, in particolare, per i marchi d'impresa».

⁷⁹ Sebbene nella diversa prospettiva della tutela del diritto d'autore, propende per un'impostazione unitaria: V. FRANCESCHELLI, *Digital single market, diritto d'autore e «società dell'informazione a pagamento»*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, p. 247 ss.: «a un certo punto qualcuno si può chiedere se, accanto al diritto d'autore d'antan che tradizionalmente conosciamo, non sia opportuno disegnare un diritto d'autore speciale, fatto su misura per il *Digital Single Market*, diritto d'autore speciale che chiameremmo, appunto, *Digital Single Market Copyright*. Non credo sia una buona idea. Innanzitutto perché non amo i «diritti speciali». Ma poi perché credo che la disciplina debba restare unica. È il diritto d'autore in sé che deve, nel suo insieme, rinnovarsi, e adattarsi all'evolversi della creatività umana (i contenuti) e ai mezzi di comunicazione (la rete)».

⁸⁰ G. DE CRISTOFARO, *Le nozioni di pratica commerciale sleale e di pubblicità e il rapporto fra gli artt. 18 cod. cons. e il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, in *Ann. it. dir. aut.*, Milano, 2009, p. 195.

Abstract

The protection of the brand's distinctive function is a guarantee of transparency in the market. This function relies on communicative value and attractiveness of a brand name, as it is able to identify and distinguish goods and consequently, from a competitive point of view, it guides consumer purchase choices. The rapid development of new technologies and internet phenomenon has revealed new evolutionary perspectives on distinctive signs. Hence, there is the need to think about the distinctive function of the domain name that has progressively assumed a legal and economic relevance similar to that of a brand name.

Camerino, novembre 2017.

BARBARA FENNI*

*La gestione delle macerie prodotte dal sisma, tra esigenze di recupero e rischi sanitari***

Sommario: 1. Premessa. - 2. Prime indicazioni sulla gestione dei rifiuti nelle aree di accoglienza. - 3. La gestione delle macerie nelle ordinanze della Protezione civile e nel d.l. n. 189 del 2016. - 4. Le macerie contenenti amianto ed i rischi connessi al loro trattamento. - 5. La risposta della Regione Marche alla gestione dei rifiuti prodotti dal sisma. - 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il verificarsi di eventi catastrofici come il terremoto che a partire dal 24 agosto 2016 ha sconvolto ben quattro Regioni del Centro Italia¹ determina, una volta superata la fase di stretta emergenza², la necessità di gestire l'enorme quantità di macerie derivanti dai crolli e dagli interventi di demolizione che si rendono inevitabilmente necessari. La gestione delle macerie, come fase preliminare rispetto alla successiva di ricostruzione, presenta una serie di criticità, a partire dai tempi e dai costi della rimozione, all'individuazione delle aree di de-

* *Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Camerino.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹ Come noto, a partire dal 24 agosto 2016 le Regioni Marche, Abruzzo, Umbria e Lazio sono state interessate da una lunga sequenza sismica, ancora non del tutto cessata.

² Nella fase di emergenza in senso stretto rientrano, innanzitutto, le operazioni dirette a salvare vite umane e, successivamente, quelle necessarie a mettere in sicurezza i beni pubblici e privati a tutela dall'incolumità pubblica e ripristinare in tempi brevi la normale viabilità. Un riferimento chiaro a quelli che si possono considerare interventi di emergenza è contenuto all'art. 1, comma 2, dell'ordinanza n. 388 del Capo del Dipartimento della Protezione civile, datata 26 agosto 2016.

posito temporaneo, fino alle successive modalità di trattamento, ai rischi della loro movimentazione sull'ambiente e la salute umana, soprattutto per la presenza certa di materiali contenenti amianto. Tale contributo esaminerà le principali disposizioni in materia contenute nelle ordinanze della Protezione civile e nel d.l. n. 189 del 2016, per poi lanciare uno sguardo sui provvedimenti e sulle scelte fin ora effettuate dalla Regione Marche.

2. Prime indicazioni sulla gestione dei rifiuti nelle aree di accoglienza

La prima ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile a dettare alcune disposizioni riguardanti la gestione dei rifiuti legati al sisma è stata la n. 389 del 28 agosto 2016³. Questo provvedimento all'art. 1, comma 2, stabilisce che «al fine di agevolare i flussi e ridurre al minimo ulteriori impatti dovuti ai trasporti conseguenti alle iniziative di cui al comma 2 dell'articolo 1 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 388 del 26 agosto 2016 (...), i rifiuti urbani indifferenziati prodotti nei luoghi adibiti all'assistenza alla popolazione colpita dall'evento potranno essere conferiti negli impianti già allo scopo autorizzati secondo il principio di prossimità (...) in deroga alla eventuale definizione dei bacini di provenienza dei rifiuti urbani medesimi».

La popolazione colpita dal sisma è stata da subito ospitata in centri di accoglienza, in parte sfruttando edifici già esistenti ma normalmente impiegati ad altri scopi, come ad esempio le palestre, in parte procedendo ad appositi allestimenti. In ogni caso, in queste aree si sono riversate improvvisamente centinaia di persone con conseguenti problemi gestionali in relazione all'aumentata quantità di rifiuti urbani prodotti.

Per far fronte a questa situazione l'ordinanza n. 389 ha stabilito che i rifiuti urbani indifferenziati prodotti nelle aree di accoglienza, a prescindere dalla loro destinazione a recupero o smaltimento, vengano conferiti agli impianti già autorizzati secondo il principio di prossimità. Tale principio, in base al quale i rifiuti devono essere trattati nel luogo più prossimo a quello di produzione, ha lo scopo di ridurre gli impatti negativi sull'ambiente deri-

³ Tale ordinanza contiene disposizioni che si riferiscono non alle macerie, ma solo ai rifiuti urbani indifferenziati prodotti dalla popolazione ospitata presso le aree di accoglienza, in attuazione degli interventi previsti dall'art. 1, comma 2, dell'ordinanza n. 388 del 26 agosto 2016.

vanti dalla loro movimentazione. Questa esigenza, emerge dall'ordinanza, è ritenuta di primaria importanza tanto da giustificare una deroga alla definizione dei bacini di provenienza.

L'ordinanza n. 389, dunque, chiarisce il rapporto tra autosufficienza e prossimità quali limiti al principio della libera circolazione delle merci che, sebbene riferibile anche ai rifiuti, va temperato con la necessità di tutelare l'ambiente e la salute umana⁴. Il principio di autosufficienza e di prossimità trovano disciplina nell'art. 16 della Direttiva 2008/98/CE⁵, secondo cui gli Stati membri devono adoperarsi per creare «una rete integrata e adeguata di impianti di smaltimento dei rifiuti e di impianti per il recupero dei rifiuti urbani non differenziati (...)», allo scopo di soddisfare sia al proprio interno che a livello di Comunità il principio di autosufficienza nel loro smaltimento e recupero⁶. A tal fine, prosegue la norma, è necessario tener «conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati» e dell'esigenza, a tutela dell'ambiente e della salute umana, che tali attività si svolgano negli impianti più appropriati e vicini al luogo dove gli stessi rifiuti hanno origine.

Tali principi mirano a raggiungere due diversi obiettivi. Il primo si propone di realizzare, relativamente ai rifiuti urbani non pericolosi⁷, un sistema integrato di gestione dei ri-

⁴ Una prima sentenza della Corte di Giustizia in cui si riconosce che la tutela dell'ambiente può giustificare limitazioni all'applicazione del principio sulla libera circolazione delle merci (art. 30 Tratt. CE) risale al 1988, Commissione delle Comunità europee contro Danimarca, causa C-302/86. Altra sentenza sul tema è quella del 9 luglio 1992, causa C-20/90, Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio, in cui la Corte respinge la tesi del Governo belga secondo cui i rifiuti non riciclabili, come tali non riutilizzabili, non avrebbero alcun valore commerciale e pertanto non sarebbero inquadrabili all'interno della categoria "merci" cui si riferisce l'art. 30 del Tratt. CE. La Corte, al contrario, afferma che «gli oggetti che vengono trasportati al di là di una frontiera per dar luogo a negozi commerciali sono soggetti all'art. 30, indipendentemente dalla natura di questi negozi». Pertanto, una disposizione nazionale che limita o esclude l'importazione o l'esportazione di rifiuti determina una restrizione quantitativa, giustificabile solo a fronte di esigenze imperative di tutela dell'ambiente.

⁵ A livello nazionale entrambi sono disciplinati all'art. 182-*bis* del d.lgs. 152 del 2006.

⁶ Si precisa che mentre l'art. 16 della Direttiva 2008/98/CE riferisce il principio di autosufficienza sia alle attività di smaltimento che di recupero dei rifiuti urbani non differenziati, l'art. 182-*bis* del d.lgs. 152 del 2006 menziona esplicitamente solo lo smaltimento.

⁷ In base all'art. 182, comma 3, del d.lgs. 152 del 2006 è «vietato smaltire i rifiuti urbani non pericolosi in regioni diverse da quelle dove gli stessi sono prodotti, fatti salvi eventuali accordi regionali o internazionali, qualora gli aspetti territoriali e l'opportunità tecnico economica di raggiungere livelli ottimali di utenza servita lo richiedano». Il divieto di smaltimento fuori regione di produzione, limitatamente ai rifiuti urbani non pericolosi, è stato confermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 12 del 26 gennaio 2007, relativamente alla L.R. Sardegna n. 6 del 2001 e, più recentemente, da due sentenze del Consiglio di Stato, la n. 993 del 19 febbraio 2013 (Sez. VI) e la n. 5242 del 23 ottobre 2014 (Sez. V).

fiuti che sia delimitato territorialmente, ovvero strutturare una rete di impianti adeguata ai bisogni del territorio di riferimento⁸. Il secondo, applicabile tanto ai rifiuti urbani quanto a quelli speciali, ha lo scopo di limitarne la movimentazione, attraverso il trattamento «in uno degli impianti più vicini ai luoghi di produzione o raccolta» (art. 182-*bis* d.lgs. 152 del 2006)⁹.

Tuttavia è bene precisare che, per le attività relative ai rifiuti speciali, pericolosi e non¹⁰, tali principi non hanno carattere cogente, in quanto risulta indispensabile tener conto delle caratteristiche del materiale e della conseguente specializzazione dell'impianto. La necessità che tali rifiuti vengano trattati «nella maniera più appropriata in strutture specializzate, non presenti in maniera omogenea sul territorio nazionale»¹¹ determina, quale conseguenza, che la specializzazione dell'impianto, temperato dal criterio della prossimità, diventa il principio di riferimento per la gestione dei rifiuti speciali¹².

Nella situazione di emergenza determinata dai disastrosi eventi sismici la scelta fatta dalla Protezione civile è stata quella di accordare prevalenza al principio di prossimità rispetto a quello di autosufficienza. In base a tale decisione i rifiuti urbani indifferenziati prodotti nelle aree di accoglienza della popolazione devono essere trattati ed eventualmente smaltiti negli impianti idonei già autorizzati che si trovano geograficamente più vicino al luogo di produzione degli stessi, anche se insistenti su una diversa ATO o, addirittura, fuori Regione. D'altra parte che in situazioni di piena emergenza possa applicarsi un regime di eccezione trova conferma nelle stesse parole del legislatore. Stabilisce, infatti, l'art. 182, comma 3-*bis*, del d.lgs. 152 del 2006 che è possibile derogare al principio di autosufficienza

⁸ In base all'art. 200 del d.lgs. n. 152 del 2006 la gestione dei rifiuti urbani è organizzata in ambiti territoriali ottimali (ATO), definiti dalla Regione con apposito Piano (art. 196, comma 1, lett. b, del d.lgs. 152 del 2006).

⁹ Relativamente al principio di prossimità l'art. 182-*bis* del d.lgs. 152 del 2006 fa riferimento esclusivamente alle operazioni di recupero dei rifiuti urbani indifferenziati. Tuttavia l'estensibilità dello stesso anche a quelli speciali, oltre che da considerazioni di carattere logico, trova conferma nel successivo articolo 199, in base al quale i Piani regionali di gestione dei rifiuti devono garantire «lo smaltimento e il recupero dei rifiuti speciali in luoghi prossimi a quelli di produzione al fine di favorire la riduzione della movimentazione dei rifiuti».

¹⁰ Corte cost. 6 luglio 2000, n. 281; Corte cost. 8 ottobre 2001, n. 335.

¹¹ E.MARIOTTI-M. IANNANTUONI, *Il nuovo diritto ambientale*, Maggioli Editore, Rimini, 2011, 348.

¹² Cons. St., Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3215; Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1556.

quando bisogna «fronteggiare situazioni di emergenza causate da calamità naturali per le quali è dichiarato lo stato di emergenza di protezione civile (...)»¹³.

3. La gestione delle macerie nelle ordinanze della Protezione civile e nel d.l. n. 189 del 2016

Della gestione delle macerie si occupa per primo l'art. 3 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 391 del 1 settembre 2016 e la successiva circolare di attuazione¹⁴.

La prima considerazione riguarda la classificazione di tali rifiuti. In deroga all'art. 184, comma 3 lett. b), del d.lgs. 152 del 2006 essi sono qualificati rifiuti urbani, anche se limitatamente alle fasi di raccolta e trasporto verso i siti di deposito temporaneo già esistenti o all'uopo individuati dalle competenti amministrazioni¹⁵.

L'attribuzione alle macerie della qualifica di rifiuti urbani, afferma la circolare, si giustifica con «l'impossibilità di attribuire un codice che possa identificare con certezza la massa eterogenea costituita non solo da rifiuti inerti, ma anche da arredi, apparecchiature elettriche e elettroniche, attrezzature e beni presenti negli edifici al momento del sisma».

I siti di deposito temporaneo sono autorizzati per un termine di sei mesi a ricevere i rifiuti prodotti nella fase di emergenza e, se necessario, presso gli stessi possono essere utilizzati «impianti mobili per le operazioni di selezione e separazione dei flussi omogenei di rifiuti da avviare ad operazioni di recupero/smaltimento» (art. 3, comma 1, ordinanza n. 391).

¹³ Più in generale l'art. 191 del d.lgs. 152 del 2006 dispone che «ferme restando le disposizioni vigenti in materia di tutela ambientale, sanitaria e di pubblica sicurezza, con particolare riferimento alle disposizioni sul potere di ordinanza di cui all'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, qualora si verificano situazioni di eccezionale e urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere, (...), ordinanze contingibili e urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti (...)».

¹⁴ La circolare dell'11 settembre 2016 contiene indicazioni operative per l'attuazione dell'art. 3, comma 1, dell'OCDPC n. 391/2016.

¹⁵ L'art. 184 del Codice dell'ambiente distingue i rifiuti in urbani e speciali (a seconda della loro origine), e in pericolosi e non. Tra i rifiuti speciali la norma include anche quelli derivanti da attività di demolizione e costruzione.

Riguardo la loro localizzazione la circolare la estende a tutta l'area interessata dagli eventi sismici¹⁶, in deroga all'art. 183, comma 1, lett. bb del Codice dell'ambiente (d.lgs. 152 del 2006), ai sensi del quale è deposito temporaneo «il raggruppamento dei rifiuti effettuato, prima della raccolta, nel luogo in cui gli stessi sono prodotti (...)».

La circolare, diversamente dall'ordinanza n. 391, richiama il principio di prossimità, laddove afferma che affinché l'individuazione del sito sia conforme ai principi generali di tutela dell'ambiente e dalla salute pubblica, è opportuno scegliere zone pianeggianti, possibilmente prossime alle aree di intervento, non interessate da fenomeni di dissesto idraulico e idrogeologico e di facile accesso per i mezzi di trasporto. Inoltre, possibilmente, il sito dovrà essere dotato di sistemi di pesatura al fine di tracciare e quantificare i rifiuti conferiti e, comunque, «dovrà essere organizzato al fine di garantire l'univoca attribuzione delle macerie al luogo di raccolta (...)».

Relativamente alle fattispecie escluse l'ordinanza n. 391 stabilisce che non rientrano nella categoria dei rifiuti di cui al comma 1 «i resti dei beni di interesse architettonico, artistico, storico, dei beni ed effetti di valore simbolico, i coppi, i mattoni, le ceramiche, le pietre con valenza di cultura locale, il legno lavorato, i metalli lavorati» (art. 3, comma 3). Laddove possibile questi materiali devono essere selezionati e separati all'origine, secondo le indicazioni del Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo.

Pure esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 3, comma 1, sono i materiali contenenti amianto, la cui rimozione richiede particolari procedure disciplinate nel D.M. 6 settembre 1994 (art. 3, comma 5) e, in base alla richiamata circolare, anche quelli derivanti dalla scelta assunta in via autonoma dai privati di demolire un immobile.

Il trasporto delle macerie, effettuato senza analisi preventive, ai centri di raccolta comunale o ai siti di deposito temporaneo, avviene per mezzo delle aziende che si occupano del servizio di gestione integrata dei rifiuti nei territori interessati, o ad opera dei Comuni

¹⁶ La circolare non limita il territorio in cui si può individuare un nuovo sito di deposito temporaneo a quello del cratere ma fa riferimento, più genericamente, ad un'area che possa dirsi "interessata" dagli eventi sismici. Pertanto, il sito in questione può essere individuato in un'area vicina ad uno o più Comuni del cratere, ovvero in un'area ove sia presente un impianto idoneo al trattamento di rifiuti prodotti dal sisma.

territorialmente competenti o delle Amministrazioni pubbliche a vario titolo coinvolte che possono intervenire direttamente o incaricare una o più imprese¹⁷. Tali soggetti operano in deroga agli articoli 188-*ter*, 190, 193 e 212 del d.lgs. 152 del 2006¹⁸.

La rassegna delle ordinanze della Protezione civile contenenti disposizioni relative alla gestione delle macerie si completa con la n. 394 del 19 settembre 2016. Tralasciando per il momento l'art.11 che definisce la procedura per il trattamento di quelli contenenti amianto si richiama l'art. 12, commi 1 e 4. Il comma 1 prevede che «ai fini dei conseguenti adempimenti amministrativi, il produttore dei materiali di cui alla ordinanza n. 391/2016 è il comune di origine dei materiali stessi»¹⁹, mentre il comma 4 consente, «limitatamente alla fase emergenziale», di autorizzare in deroga aumenti quantitativi e qualitativi di rifiuti conferibili presso gli impianti già autorizzati, «previa verifica istruttoria semplificata dell'idoneità e compatibilità» degli stessi²⁰.

Questo vuol dire che il legislatore ha subordinato l'ammissibilità del maggior carico di rifiuti trattati o smaltiti non già ad una procedura di Valutazione di Impatto Ambientale bensì, piuttosto, ad una non meglio precisata verifica semplificata, diretta ad accertare esclusivamente se le caratteristiche dell'impianto siano compatibili con tali aumenti o con tali differenti tipologie, senza considerare, quantomeno in modo esplicito, anche l'impatto ulteriore che tale incremento potrà generare sull'ambiente e sulla popolazione, sia in termini di salute che di vivibilità dell'area²¹.

¹⁷ In casi di estrema urgenza, qualora tali soggetti fossero impossibilitati a compiere le suddette operazioni, «può essere consentito», secondo la circolare, «l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto ad imprese private, espletando le procedure richiamate all'art. 5, comma 2, della OCDPC n. 388».

¹⁸ Rispettivamente l'art. 188-*ter* riguarda il sistema di tracciabilità dei rifiuti (SISTRI), l'art. 190 i registri di carico e scarico, l'art. 193 concerne l'ipotesi di trasporto di rifiuti non pericolosi in caso di mancata adesione al SISTRI, mentre l'art. 212 è relativo all'Albo nazionale dei gestori ambientali.

¹⁹La disposizione deroga all'art. 183, comma 1 lett. f, del d.lgs. 152 del 2006 secondo cui è produttore di rifiuti «il soggetto la cui attività produce rifiuti (produttore iniziale) o chiunque effettui operazioni di pretrattamento, di miscelazione o altre operazioni che hanno modificato la natura o la composizione di detti rifiuti (nuovo produttore)».

²⁰ Trattasi di una deroga temporanea che non incide sulle vigenti autorizzazioni degli impianti (art. 12, comma 4).

²¹ La Direttiva 2014/52/UE contiene la nuova disciplina della VIA, ora recepita nel Codice dell'ambiente ad opera del d.lgs. n. 104 del 2017. Le autorizzazioni riguardanti i singoli progetti (come, ad esempio, quelli per trattamento e smaltimento dei rifiuti con determinate caratteristiche) possono essere rilasciate solo dopo lo

Molte delle disposizioni sulla gestione delle macerie presenti nelle ordinanze di Protezione civile fin ora richiamate hanno costituito vere e proprie anticipazioni di quanto successivamente contenuto nell'art. 28 del d.l. n. 189 del 2016.

La prima disposizione che merita di essere ricordata è l'art. 28, comma 2, come modificato dall'art. 7, comma 2, del d.l. n. 8 del 2017, che attribuisce ai quattro Presidenti delle Regioni colpite dal sisma il compito di adottare «il piano per la gestione delle macerie e dei rifiuti derivanti dagli interventi di ricostruzione», le cui finalità sono quelle di «fornire gli strumenti tecnici ed operativi per la migliore gestione delle macerie (...)», «individuare le risorse occorrenti e coordinare il complesso delle attività da porre in essere per la più celere rimozione delle macerie (...)», «assicurare (...) la possibilità di recuperare le originarie matrici storico-culturali degli edifici crollati», «operare interventi di demolizione di tipo selettivo che tengano conto delle diverse tipologie di materiale, al fine di favorire il trattamento specifico dei cumuli preparati, massimizzando il recupero delle macerie (...)», «limitare il volume dei rifiuti recuperando i materiali che possono essere utilmente impiegati come nuova materia prima da mettere a disposizione per la ricostruzione (...)».

Il decreto conferma la classificazione delle macerie come rifiuti urbani non pericolosi relativamente alle operazioni di raccolta e trasporto, l'attribuzione fittizia al Comune della qualifica di “produttore” (art. 28, comma 4) e l'esclusione da tale categoria dei «resti dei beni di interesse architettonico, artistico e storico, nonché quelli dei beni ed effetti di valore anche simbolico appartenenti all'edilizia storica (...)». Tali materiali «sono selezionati e separati secondo le disposizioni delle competenti Autorità che ne individuano anche il luogo di destinazione». A tal fine, di fondamentale importanza è l'attività di vigilanza demandata,

svolgimento della VIA che ha lo scopo di valutare la possibile ripercussione negativa sull'ambiente determinata dalla realizzazione del progetto. Secondo la giurisprudenza nel caso in cui il progetto è stato realizzato in assenza di VIA ma riguarda una delle categorie ad essa soggette, questa dovrà essere richiesta in sede di rinnovo di autorizzazione (Cons. St., Sez. IV, 31 agosto 2004, n. 5715). Per un approfondimento in materia di Valutazione di Impatto Ambientale si rinvia a L. FILIPPUCCI, *La valutazione di impatto ambientale e la valutazione strategica alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 4 del 2008*, Edizioni Ambiente, Milano, 2009, *passim*; G. LANDI, *La valutazione di impatto ambientale e la valutazione ambientale strategica*, Utet Giuridica, Torino, 2009, *passim*; A. SCIALO'-P. COSTANTINO, *La nuova valutazione di impatto ambientale*, Casa Editrice Dei, Roma, 2011, *passim*. Per una sintesi delle principali novità introdotte dal d.lgs. n.104 del 2017 si rinvia ad un articolo di P. FICO, *La nuova Via riporta i progetti energetici allo Stato* pubblicato il 9 luglio 2017 in www.ilsole24ore.com.

ciascuno per le proprie competenze, alle Agenzie regionali per la protezione ambientale, alle ASL e al Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo (art. 28, comma 12).

Altra disposizione interessante è costituita dal comma 6 dell'art. 28, come modificato dall'art. 7, comma 2 lett. b, del d.l. n. 8 del 2017, in cui si afferma che le attività di raccolta e trasporto di cui alla presente norma concernono le macerie «insistenti su suolo pubblico ovvero, nelle sole aree urbane, su suolo privato (...)». Tale limitazione, non presente nella versione originaria del d.l. n. 189 del 2016, impone una riflessione su cosa debba intendersi per area urbana, stante la mancanza di una sua definizione giuridica. Escluso che con tale espressione si voglia far riferimento alla categoria catastale F1²², appare più probabile il richiamo all'area urbana come ad una porzione di territorio a considerevole intensità abitativa, nella quale sono presenti sia edifici ad uso residenziale, sia attività produttive e commerciali, «funzionale alla costruzione di identità culturali più larghe di quelle municipali (...)»²³. Pertanto, la scelta del legislatore di limitare la raccolta ed il trasporto delle macerie presenti su suolo privato a quelle che si trovano nelle aree urbane non può che leggersi come la volontà di escludere tali attività rispetto a quelle che si trovano in zone periurbane²⁴ e rurali²⁵.

La raccolta delle macerie su suolo privato richiede il consenso del soggetto che ha diritto a beneficiare del finanziamento agevolato, al quale deve essere notificato a cura del comune un avviso indicante data ed ora in cui si procederà alla rimozione dei rifiuti. In caso di mancata risposta nei successivi quindici giorni le operazioni si intendono autorizzate (art. 28, comma 6).

²² La categoria catastale F1 identifica le aree urbane come le «aree o corti a piano terra di fabbricati già accatastati all'urbano», ovvero superfici prive di fabbricati che hanno una valenza urbana, nel senso che non hanno più le caratteristiche per essere censite come agricole.

²³ P.A. CIMINO-G.M. MAI-V. REDAELLI, *Dizionario di storia urbana*, Maggioli, Milano, 2010, 22.

²⁴ Per una ricostruzione del significato di area periurbana si rinvia a A. CECCHINI-A. PLAISANT, *Analisi e modelli per la pianificazione: teoria e pratica: lo stato dell'arte*, Franco Angeli, Milano, 2005, 166 e ss; S. AGOSTINI-D. BERTONI, *Per un'altra campagna. Riflessioni e proposte sull'agricoltura periurbana*, Maggioli Editore, Milano, 2010, 114.

²⁵ Relativamente alla distinzione tra aree urbane e rurali si veda V. MERLO-R. ZUCCHERINI, *Comuni urbani, comuni rurali. Per una nuova classificazione*, Insoor-Franco Angeli, Milano, 1992, *passim*; D. STORTI, *Tipologie di aree rurali in Italia*, Inea Studi e Ricerche, Roma, 2000, *passim*.

Trova conferma la possibilità di individuare ulteriori siti di deposito temporaneo la cui operatività risulta temporalmente ben delimitata²⁶, in quanto possono esservi conferiti i rifiuti prodotti fino al 31 dicembre 2018. Per i siti eventualmente individuati ai sensi dell'art. 3, comma 1, dell'ordinanza n. 391 il termine massimo di detenzione è di dodici mesi a partire dal loro ingresso. Sempre fino al 31 dicembre 2018 sono ammesse deroghe quantitative e qualitative negli impianti già autorizzati, sempre che questi, previa verifica semplificata, risultino idonei.

L'art. 28, comma 7, consente, su autorizzazione del Presidente della Regione, l'utilizzo di impianti mobili per le operazioni di separazione e recupero di flussi omogenei, «da avviare agli impianti autorizzati di recupero e smaltimento» e pone in capo ai titolari di attività «che detengono sostanze classificate pericolose per la salute e la sicurezza che potrebbero essere frammiste alle macerie» l'obbligo di «darne comunicazione al Sindaco del Comune territorialmente competente ai fini della raccolta e gestione in condizioni di sicurezza».

4. *Le macerie contenenti amianto ed i rischi connessi al loro trattamento*

L'amianto è una sostanza di natura minerale, a base di silicio, che ha la capacità di formare fibre flessibili, inerti dal punto di vista chimico e dotate di una fortissima capacità di resistenza al calore. Per le sue proprietà isolanti l'amianto è stato ampiamente utilizzato sia come materiale da coibentazione sia per la realizzazione di materiali compositi²⁷.

Tuttavia, le fibre e le polveri di amianto se inalate sono cancerogene e responsabili di patologie quali la fibrosi polmonare, l'asbestosi o il mesotelioma. Tale correlazione è stata accertata nel corso degli anni e confermata da numerosi studi scientifici²⁸. In particolare, è stato evidenziato che la pericolosità di tale sostanza dipende dalla possibilità che vengano rilasciate nell'ambiente fibre inalabili, non solo da chi lavora direttamente con materiali

²⁶ L'ordinanza n. 391 del 2016 faceva generico riferimento alla «vigenza dello stato di emergenza».

²⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'eternit utilizzato ampiamente nella copertura dei tetti.

²⁸ La letteratura in materia di rischi sanitari correlati all'amianto è sterminata. Solo a titolo esemplificativo si ricorda uno studio condotto dall'Istituto Superiore di Sanità, consultabile in https://spisal.ulss20.verona.it/docs/Spisal/Amianto/Pubblicazioni/ISS_Amianto.pdf

contenenti amianto ma anche da coloro che, più semplicemente, si trovano a vivere in un ambiente in cui tale sostanza è presente nei manufatti. La caratteristica più importante cui occorre prestare attenzione è la friabilità del materiale, ovvero la capacità per la poca coesione interna di liberare spontaneamente nell'aria delle fibre, che tende ad aumentare se il materiale è sottoposto a fattori di deterioramento quali vibrazioni, correnti d'aria ed infiltrazioni d'acqua.

La prima limitazione normativa circa l'impiego di materiali contenenti amianto risale alla metà degli anni Ottanta, quando il Ministero della Sanità con una ordinanza del 26 agosto 1986, in attuazione della Direttiva Comunitaria 83/478, vietava l'utilizzo della crocidolite. Tale ordinanza fu seguita nel 1988 dal DPR n. 215 che escludeva l'utilizzo dell'amianto nella produzione di giocattoli, vernici, pitture e prodotti per fumatori.

Il divieto venne generalizzato con la l. n. 257 del 1992, secondo cui a partire dal 28 aprile 1994 non era più ammessa l'estrazione, l'importazione, la commercializzazione e la produzione di amianto e di prodotti contenenti questa sostanza²⁹. Tale legge è considerata, tutt'oggi, la norma quadro in materia, in quanto istituisce la Commissione nazionale amianto, detta disposizioni specifiche per le imprese che operano nelle attività di lavorazione, manutenzione, bonifica e smaltimento dello stesso, disciplina il processo di dismissione nel nostro Paese di tale materiale, attribuisce alla Regione il compito di predisporre un Piano regionale di protezione dell'ambiente, di decontaminazione, smaltimento e bonifica dell'amianto³⁰ e pone in capo ai singoli cittadini l'obbligo di comunicare alla USL competente la presenza di amianto in matrice friabile.

La USL deve successivamente procedere alla verifica e all'analisi del rivestimento degli edifici e stilare un elenco di immobili in cui è presente amianto floccato o in matrice friabile. Tuttavia, specifica l'art. 12 del DPR 8 agosto 1994, il censimento è obbligatorio e vincolante per gli edifici pubblici, per i locali aperti al pubblico e di uso collettivo e per i

²⁹ In attuazione della l. n. 257 del 1992 è stato emanato il D.P.R. 8 agosto 1994, *Atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome di Trento e Bolzano per l'adozione di piani di protezione, decontaminazione, di smaltimento e di bonifica dell'ambiente, ai fini della difesa dai pericoli contenenti amianto.*

³⁰ La Regione Marche ha approvato il Piano regionale amianto con DGR n. 3496 del 30 dicembre 1999.

blocchi di appartamenti. Viceversa, ha carattere facoltativo per le singole unità abitative private.

Sono, dunque, circa 25 anni che l'amianto è stato messo al bando eppure i dati del Ministero dell'Ambiente sono allarmanti. I siti di amianto censiti sono circa 33.610, la cui massima concentrazione si registra nelle regioni di Marche e Abruzzo. Con riferimento a questi oltre 30.000 siti censiti le bonifiche eseguite sono poco più di 800 e quelli risanati solo parzialmente circa 340³¹.

La presenza di eternit o cemento amianto è ancora forte nelle scuole³², negli ospedali, nelle residenze per anziani, così pure nelle aree residenziali e industriali sia attive che dismesse. La scarsa percentuale di bonifiche trova spiegazione, innanzitutto, con il fatto che ad oggi non si conosce una tecnologia che consente di trattare l'amianto che deve essere smaltito in discariche dedicate, il cui numero non è sufficiente³³, sicché sempre più spesso parte di questi rifiuti vengono esportati in Paesi comunitari come Germania ed Austria³⁴. A ciò si aggiungono gli enormi costi richiesti per eseguire tali operazioni.

Il terremoto dello scorso anno, che ha coinvolto ben quattro regioni tra cui le Marche, che detengono assieme all'Abruzzo il primato di regione con la maggiore quantità di amianto ancora non dismesso, ha avuto una potenza distruttiva tale per cui tonnellate e tonnellate di macerie cadute a terra devono essere smaltite. Queste macerie contengono frazioni disomogenee di materiali tra cui amianto che deve essere rimosso secondo particolari e definite procedure.

L'esigenza di gestire questi rifiuti con modalità tali da limitare quanto più possibile i rischi per l'ambiente e la salute umana è stata presa in considerazione già nell'ordinanza n.

³¹ I dati, aggiornati al giugno 2014, sono forniti dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare. Tale censimento non comprende i dati della Regione Calabria e quelli della Sicilia solo in parte.

³² L'Osservatorio Nazionale Amianto stima che nel 2017 siano ancora oltre 2.500 le scuole contaminate dall'amianto.

³³ In Italia risultano attualmente presenti 22 discariche specializzate a ricevere amianto, di cui 10 al Nord, 4 al Centro e 8 al Sud.

³⁴ Mediamente, ha rilevato l'ISPRA (Istituto superiore per la ricerca e la protezione ambientale), ogni anno l'Italia esporta all'estero 156.000 tonnellate di amianto.

394 del 19 settembre³⁵. Ai sensi dell'art. 11, comma 2, se a seguito di ispezione visiva si rinvenivano rifiuti contenenti amianto, questi non devono essere movimentati ma circoscritti con nastro segnaletico, in attesa che la ditta specializzata, previa comunicazione alla ASL territorialmente competente, proceda nelle successive 24 ore alla loro rimozione, in parziale deroga all'art. 256 del d.lgs. 81/2008³⁶. Questa stessa procedura trova applicazione anche nelle ipotesi in cui l'amianto venga per la prima volta rinvenuto successivamente al trasporto nei siti di deposito temporaneo.

Questa affermazione è molto importante perché ammette esplicitamente che l'accertamento circa la presenza di amianto possa "sfuggire" all'analisi visiva effettuata prima della raccolta delle macerie e che, di conseguenza, materiale contenente tale sostanza possa essere trasportato ai siti di deposito temporaneo. La certezza che questo non accada è difficile da conseguire. Anche se all'ispezione visiva si aggiungessero esami di laboratorio questi sarebbero attendibili solo in parte, sia perché si tratterebbe pur sempre di analisi a campione, sia perché gli stessi risultati rispecchierebbero la situazione esistente al momento del campionamento, mentre il rilascio di fibre nel tempo può variare molto, soprattutto in dipendenza delle condizioni atmosferiche³⁷.

Arrivati al sito di deposito temporaneo i materiali, dopo una prima cernita, vengono ulteriormente selezionati, al fine della loro suddivisione in flussi omogenei da destinare al recupero. Tuttavia, il mancato rinvenimento di residui di amianto, anche a seguito di tali operazioni, non consente di escludere con certezza la sua presenza. Ciò non stupisce se si

³⁵ Le indicazioni contenute nell'ordinanza trovano successiva conferma nell'art. 28, comma 11, del d.l. n. 189 del 2016.

³⁶ Il d.lgs. 81 del 2008, relativo alla «tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro», disciplina all'art. 256 i «lavori di demolizione o rimozione dell'amianto». La norma, chiarito che tali attività possono essere svolte solo da imprese specializzate aventi i requisiti dell'art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 22 del 1997, prevede la predisposizione da parte del datore di lavoro, prima di avviare le relative operazioni, di un piano di lavoro, atto a garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori e la tutela dell'ambiente esterno. Tale piano deve contenere una serie di informazioni quali, ad esempio, la natura del lavoro e la durata, il luogo in cui deve essere eseguito, le necessarie misure di protezione e decontaminazione. L'ordinanza n. 394 ne prevede la parziale derogabilità, senza fornire ulteriori specificazioni.

³⁷ L'ordinanza n. 391 del 2016 stabilisce che il trasporto delle macerie presso i siti di deposito temporaneo avviene senza lo svolgimento di analisi preventive (art. 3, comma 4). Nello stesso senso dispone l'art. 28, commi 6 ed 8, del d.l. n.189 del 2016.

considera come a seguito di un fenomeno come il terremoto i manufatti contenenti amianto in matrice friabile si sono sbriciolati riducendosi in polvere frammista a molti altri materiali di varia origine dai quali risulta impossibile ogni operazione di separazione. Di fronte a tale situazione è evidente l'irrelevanza e l'impotenza dell'indagine visiva.

Tale eventualità non viene considerata dall'ordinanza n. 394 né dal successivo d.l. n. 189 del 2016. Entrambi tali atti si limitano a dire che quanto resta dopo la rimozione dell'amianto, una volta eseguite eventuali operazioni di separazione e cernita delle matrici recuperabili, dei rifiuti pericolosi e dei RAEE, costituisce rifiuto urbano non pericoloso e deve essere gestito secondo quanto previsto dall'art.1, comma 3, dell'ordinanza n. 391³⁸.

5. La risposta della Regione Marche alla gestione dei rifiuti prodotti dal sisma

Con decreto del Soggetto Attuatore Sisma 2016 n. 25 del 23 gennaio 2017 è stato approvato il Piano Operativo Regionale Gestione Macerie.

Il provvedimento ripercorre il quadro normativo di riferimento³⁹, individua le proprie finalità⁴⁰, ed i soggetti che a vario titolo sono coinvolti nella gestione delle macerie, specificandone compiti e funzioni⁴¹.

³⁸ Così dispone l'art. 11, comma 3, dell'ordinanza n. 394 e l'art. 28, comma 11, del d.l. n. 189 del 2016.

³⁹ Vengono richiamate alcune ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile (nn. 388, 389, 391, 393 e 399), alcuni decreti del Presidente della Giunta regionale, specie quelli diretti ad individuare il soggetto cui delegare le funzioni spettanti al Soggetto Attuatore (Presidente della Regione), la Circolare dell'11 settembre 2016 ed, infine, l'art. 28 del d.l. n. 189 del 2016.

⁴⁰ Tale Piano, in linea con l'art. 28, comma 3, del d.l. n. 189 si propone di «fornire gli strumenti tecnici ed operativi per la migliore gestione delle macerie derivanti dai crolli e dalle demolizioni», «individuare, definire e coordinare il complesso della attività da mettere in atto per accelerare la raccolta delle macerie e definire le relative competenze», «assicurare, attraverso la corretta rimozione e gestione delle macerie, la possibilità di recuperare le originarie matrici storico-culturali degli edifici crollati». Inoltre, prosegue la norma, deve essere redatto in modo tale da «limitare il volume dei rifiuti recuperando i materiali che possono essere utilmente impiegati come nuova materia prima da mettere a disposizione per la ricostruzione», «fornire indicazioni/linee guida per operare, laddove possibile in condizioni di sicurezza, interventi di demolizione selettiva» ed, infine, «definire e far conoscere il modello procedimentale adottato per l'individuazione dei Siti di Deposito Temporaneo».

⁴¹ Tra i principali soggetti che intervengono nella gestione delle macerie troviamo il Comune che, in qualità di «produttore» dei rifiuti, deve ordinare la demolizione degli edifici pericolanti, occuparsi della raccolta, del trasporto e della gestione dei Siti di Deposito Temporaneo, nel caso non siano stati individuati altri soggetti competenti (normalmente le aziende che si occupano della gestione integrata dei rifiuti urbani), e raccogliere le autodichiarazioni dei titolari di attività che detengono sostanze pericolose.

Il Piano contiene, inoltre, le indicazioni in merito alla localizzazione dei siti di deposito temporaneo. Trova conferma la necessità, alla luce dei principi fondamentali di tutela dell'ambiente e della salute umana, di individuare aree pianeggianti vicine alle zone in cui devono essere rimosse le macerie, non soggette a rischi idrogeologici, ben delimitate, e facilmente accessibili da parte dei mezzi di trasporto. Se possibile i siti dovranno essere dotati di pesa mobile, «al fine di tracciare e quantificare il rifiuto in ingresso», avendo cura, in ogni caso, di organizzarlo in modo tale da «garantire l'univoca attribuzione delle macerie al luogo di raccolta»⁴².

Su indicazione dei Comuni di Arquata del Tronto e Acquasanta Terme, in accordo con il Comando dei Vigili del fuoco, della DICOMAC e dei Comuni interessati, è stato individuato un primo sito di deposito temporaneo presso la proprietà UNIMER S.p.a., nel Comune di Arquata del Tronto, in Via Salaria (km 145), risultato facilmente accessibile anche ai mezzi pesanti e già dotato di infrastrutture e servizi che ne rendono l'utilizzo quasi immediato. La sua gestione è stata data in appalto ad una ditta privata, l'HTr Bonifiche.

Altri soggetti che intervengono sono l'ARPAM e l'ASUR. La prima raccoglie, con la Regione, le comunicazioni fornite dal gestore dei servizi di raccolta, mentre la seconda in caso di rinvenimento di amianto riceve il Piano di lavoro ai sensi dell'art. 256 del d.p.r. 81/2008, lo valuta nelle successive 24 ore, e procede ad individuare «un nucleo di operatori esperti, che svolge attività di assistenza alle aziende e ai cittadini per gli aspetti di competenza». Entrambe, ciascuna per le proprie competenze, svolgono una funzione di controllo e vigilanza sull'intera filiera della gestione delle macerie.

Funzione di controllo e vigilanza spetta pure al Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, chiamato a fornire indicazioni «in merito all'individuazione, alla selezione, separazione e al luogo di destinazione dei beni di interesse architettonico, artistico e storico (...)».

⁴² Il provvedimento individua una serie di parametri da valutare nella scelta del sito di deposito temporaneo quali, ad esempio, l'accessibilità dell'area, la disponibilità di aree coperte, il rischio esondazione, la permeabilità del suolo, e associa a ciascuno di essi un punteggio. Inoltre, definisce quali sono i requisiti minimi che il sito deve avere, al fine di garantire la tutela dell'ambiente e della salute umana.

Per quanto riguarda il modello procedimentale adottato ai fini della sua individuazione, il provvedimento richiama l'istituto della conferenza di servizi decisoria, ex art. 14, comma 2, della l. n. 241/1990, cui sono chiamati a partecipare tutte le amministrazioni ed i gestori di beni e servizi pubblici che, a vario titolo, devono rilasciare atti di assenso. Per motivi di celerità è espressamente previsto che tale procedimento possa essere derogato dalla Regione.

Sull'istituto della conferenza di servizi si veda, tra gli altri, F.G. COCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. Amm.*, 1999; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, Bologna, 2005, 694 e ss; F. BASSANINI-L. CARBONE, *La conferenza di servizi. Il modello e i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 173 e ss.

Un secondo sito è stato localizzato a Tolentino in località Piane di Chienti e si articola in due aree, di cui una interna all'impianto COSMARI che era già stata autorizzata come sito di deposito temporaneo con decreto del Soggetto Attuatore Sisma n. 50 del 12 dicembre 2016 e destinata, in un primo momento, ad accogliere i materiali derivanti dai crolli della Cartiera di Pioraco. La seconda, invece, è stata individuata con successivo decreto n. 15 del 19 gennaio 2017. Tale sito è gestito da COSMARI S.r.l.

Tale documento, a seguire, disciplina le diverse fasi in cui si articola la rimozione delle macerie a cura dei soggetti affidatari del servizio⁴³.

Si inizia con una preselezione da realizzare direttamente sul luogo in cui sono presenti le macerie al fine di individuare, a seguito di una ispezione visiva, beni di valore, materiali pericolosi e beni di interesse di interesse storico-culturale di competenza del MIBACT. Sempre in questa fase, ammesso che sia possibile, si procede con una separazione meccanica o manuale per recuperare i materiali inerti, diversi da quelli pericolosi.

Alla fase di preselezione segue quella di carico e trasporto verso il sito di deposito temporaneo, non preceduto dallo svolgimento di analisi preventive. Dopo il carico, il soggetto che si occupa del trasporto compila la documentazione necessaria a garantirne la tracciabilità⁴⁴, per poi procedere verso il sito di deposito dove le macerie, identificate da apposita cartellonistica, sono oggetto di una cernita preliminare e di una ulteriore operazione di selezione allo scopo di suddividerle in frazioni omogenee ed avviarle al recupero o allo smaltimento.

⁴³ Con decreti del Soggetto Attuatore Sisma n. 93 del 9 febbraio 2017 e 376 del 24 marzo è stato individuato e affidato alla COSMARI S.r.l. il servizio di rimozione, trasporto, trattamento e successivo avvio a recupero o smaltimento delle macerie insistenti sui comuni in provincia di Macerata, mentre con i decreti n. 94 del 9 febbraio 2017 e n. 377 del 24 marzo 2017 è stato individuato e affidato analogo servizio a PicenAmbiente Spa per le macerie presenti nelle province di Fermo ed Ascoli Piceno.

⁴⁴ Nello specifico ogni carico che viene trasportato è associato ad un codice che ne identifica con precisione la provenienza, in quanto riporta la via, il comune, il nome del proprietario, i dati catastali ed il lotto.

In linea con l'art. 28 del d.l. n. 189 sono poi dettate disposizioni particolari per la gestione dei rifiuti contenenti amianto⁴⁵, così pure viene definito il procedimento da seguire in caso di macerie d'interesse MIBACT o del ritrovamento di beni di valore.

6. Conclusioni

Per quanto concerne la gestione dei rifiuti prodotti dal sisma, in linea con quanto indicato al comma 2 dell'art. 28 del d.l. n.189 del 2016, la scelta fatta dalla Regione Marche è stata quella di strutturare una filiera della gestione delle macerie tale da massimizzare le opportunità di recupero dei materiali in esse contenute, direttamente in prossimità del luogo di prelievo laddove possibile. Si afferma, infatti, nell'allegato tecnico al Piano che «è prioritariamente da attivare, tutte le volte in cui ciò è possibile, il reimpiego delle macerie in prossimità del luogo di prelievo, più precisamente della componente inerte, secondo le indicazioni di cui alla circolare del Ministero dell'Ambiente del Territorio e del Mare 15 luglio 2005 n. 5205. Gli aggregati riciclati provenienti dagli impianti di recupero dei rifiuti inerti che abbiano caratteristiche conformi all'allegato C della Circolare (...) ed effettivamente utilizzati per le medesime finalità di cui al medesimo allegato, cessano dalla qualifica di rifiuto, e possono essere utilizzati per progetti di ripristino ambientale».

D'altra parte la massimizzazione del recupero appare scelta perfettamente compatibile con quanto indicato nella Direttiva 2008/98/CE all'art. 4. Questa norma individua, secondo una scala gerarchica, quelle che sono considerate le migliori opzioni ambientali in

⁴⁵Viene specificato il procedimento da seguire in caso di rinvenimento di amianto e le diverse misure di sicurezza da adottare a tutela degli addetti alle diverse operazioni. In particolare, è necessario richiedere l'intervento dell'ASUR in caso di presenza sospetta di amianto e procedere alla sua perimetrazione con nastro segnaletico una volta che l'accertamento abbia dato esito positivo. Prima della rimozione, inoltre, la ditta specializzata deve presentare all'ASUR (Dipartimento di prevenzione) idoneo Piano di lavoro che andrà approvato nelle successive 24 ore. La rimozione dell'amianto deve avvenire prima della demolizione dell'edificio, a meno che questa operazione risulti ancora più rischiosa per i lavoratori.

E' necessario che presso il sito di deposito temporaneo vengano poste in essere tutte le necessarie procedure per la protezione e decontaminazione degli addetti ai lavori nonché dei terzi. Se opportuno, aggiunge il provvedimento, «dovrà essere attuata adeguata sorveglianza sanitaria, con correlato monitoraggio ambientale di polvere e fibre di amianto».

materia di gestione dei rifiuti. Al vertice è posta la prevenzione⁴⁶, a seguire la preparazione per il riutilizzo, il riciclaggio, il recupero di altro tipo ed infine lo smaltimento⁴⁷, ipotesi residuale alla quale si può legittimamente ricorrere solo se le altre opzioni non sono applicabili. Tuttavia, lo stesso articolo 4 della Direttiva sopra citata prevede che nel rispetto di tale gerarchia debbano essere adottate le misure volte ad incoraggiare le opzioni che garantiscono il miglior risultato ambientale complessivo, tenendo conto degli impatti sanitari, sociali ed economici. Questo vuol dire che talvolta il trattamento dei rifiuti può derogare alla gerarchia, laddove il suo pieno rispetto implichi un impatto per l'ambiente, la salute umana, o di natura sociale ed economica non sostenibile.

Ci si chiede, pertanto, se nel caso delle macerie prodotte dal sisma la scelta di promuovere una massimizzazione del loro recupero non possa, in qualche modo, confliggere con il principio di precauzione, inteso in senso ampio, secondo cui nel dubbio che un'attività possa essere dannosa o meno, bisognerebbe astenersi dal porla in essere⁴⁸. In altre parole, la grande perplessità resta legata al rischio che nelle macerie destinate ad essere impiegate nelle successive opere di ricostruzione possano trovarsi ancora fibre di amianto non intercettate durante le diverse operazioni di cernita e separazione, le cui conseguenze per la salute umana sono, purtroppo, tristemente note.

⁴⁶Una delle modalità promuovere la prevenzione dei rifiuti consiste nell'incremento delle attività di riciclaggio e recupero che consentono di ridurre automaticamente il consumo di materie prime e la conseguente quantità di rifiuti da smaltire.

⁴⁷ Tra le modalità di smaltimento delle macerie molto spesso è stato utilizzato il conferimento nelle cave dismesse. Emblematico il caso del terremoto dell'Aquila. Nello stesso Piano per la gestione delle macerie si riconosce come «una gestione corretta, favorevole rispetto agli obiettivi ambientali e di gestione, richiede la verifica preliminare della possibilità di immediato reimpiego dei materiali inerti in prossimità del luogo di produzione come materia prima seconda, principalmente per ripristino ambientale di cave dismesse in considerazione dell'ampio numero e della diffusione di tali siti. La rilevante quantità di inerti provenienti dalle macerie del terremoto, il numero significativo di cave dismesse da ripristinare, richiedono una attenta ed oculata gestione dei temi del territorio che non può essere mancata».

⁴⁸ Per un approfondimento sul principio di precauzione, quale principio di diritto internazionale dell'ambiente, si rinvia a T. SCOVAZZI, *Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Riv. di dir.int.*, fasc.3, 1992, 700; D. BODANSKY, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Netherlands, 2002, 21; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano, 2005, 49 e ss.

Abstract

The article refers to the main provisions regarding the management of rubble produced by the earthquake of 2016, with particular attention to those that contain asbestos which its disposal poses delicate health problems. The author acknowledges that the legislator's choice to maximize the recovery of rubble in subsequent reconstruction activities is in line with the waste's hierarchy of art. 4 of Directive 2008/98 / EC but he highlights the possible health risks because of the inability to exclude with certainty the presence of fibers of asbestos in materials for reuse.

Camerino, novembre 2017.

GLORIA MANCINI PALAMONI*

*La governance dell'emergenza causata dalla sequenza sismica di Amatrice, Norcia, Visso: il principio di unitarietà e i dubbi sull'efficienza del modello commissariale***

Sommario: 1. La sequenza sismica di Amatrice, Norcia, Visso e il “terremoto” istituzionale. – 2. Le «amministrazioni dell'emergenza». – 3. Il commissariamento nell'emergenza. 4. La *governance* dell'emergenza *post* sequenza sismica di Amatrice, Norcia, Visso (2016-2017). – 5. Il commissario straordinario per la ricostruzione. – 6. L'amministrazione parallela del commissario straordinario: principio di unitarietà e dubbi sull'efficienza dell'azione. – 7. La *governance* dell'emergenza: il terremoto di Umbria e Marche del 1997. – 8. Un doppio paradosso.

1. *La sequenza sismica di Amatrice, Norcia, Visso e il “terremoto” istituzionale*

E' già trascorso poco più di un anno dalla notte del 24 agosto 2016 quando, alle ore 3,36, un terremoto di magnitudo 6.0, con epicentro in provincia di Rieti, ha scosso il centro Italia¹: sarebbe stato il primo di una serie di eventi sismici di rilevante intensità destinati a durare sino al 18 gennaio 2017 (e oltre) e denominati dall'Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia (INGV) “sequenza Sismica di Amatrice, Norcia e Visso”².

* Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ INGV, *Sequenza sismica di Amatrice, Norcia, Visso: approfondimenti e report scientifici, Relazione di dettaglio*, p. https://ingvterremoti.files.wordpress.com/2016/09/relazione_di_dettaglio_rieti_mv_6-0_del_2016-08-24_01_36_32_utc_versione_del_2016-08-24_ore_04_26_02_utc-1.pdf; S. MATTONI, *Terremoto in Italia centrale del 24 agosto: la stima della magnitudo dell'INGV*, in INGV Comunicazione, 26 agosto 2016, p. <http://comunicazione.ingv.it/index.php/comunicati-e-note-stampa/1308-stima-magnitudo>.

² Questa la nuova denominazione attribuita al Sisma del Centro Italia dall'Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia, p. <http://terremoti.ingv.it/it/ultimi-eventi/1023-sequenza-sismica-in-italia-centrale-aggiornamenti.html>. Sul punto, si Veda anche ANSA, *Terremoto del centro Italia' cambia nome in 'Sequenza Amatrice-Norcia-Visso'*, 14 feb-

Nel mese di ottobre, infatti, due potenti repliche sono state registrate lungo il confine umbro-marchigiano: una il 26 ottobre, alle ore 21:18, di magnitudo 5.9, tra i comuni di Visso, Ussita e Castelsantangelo sul Nera³, e un'altra, la più forte in Italia degli ultimi trent'anni, quattro giorni dopo, la mattina del 30 ottobre, alle ore 7:40, di magnitudo 6.5, tra i comuni di Norcia e Preci⁴.

Gli ultimi eventi della sequenza, registrati tra le ore 9:25 e le ore 10:25 del 18 gennaio 2017 nei comuni di Montereale, Capitignano e Cagnano Amiterno⁵, sono stati tutti di magnitudo superiore ai 5 gradi.

Dai dati indicati dalla Protezione civile, migliaia sono state le persone coinvolte, 299 le vittime dell'evento del 24 agosto, numerosi i feriti e i danni al territorio, tra l'altro, cresciuti in maniera esponenziale dopo le scosse del 26 e del 30 ottobre.⁶ La vicenda è stata da più parti ritenuta una "vera catastrofe", «un evento concentrato nel tempo e nello spazio in cui una comunità è sottoposta a un grave pericolo ed è soggetta a perdite dei suoi membri, delle proprietà o beni tali che la struttura sociale è sconvolta ed è impossibile il raggiungimento delle funzioni essenziali della società».⁷

Gli eventi appena descritti, difatti, hanno messo a dura prova non soltanto la popolazione, turbandola nel fisico e nella psiche, e gli edifici, ma anche gli apparati e le strutture istituzionali, locali e nazionali, che, destabilizzati, si sono dovuti organizzare per fronteggiare l'emergenza venutasi a creare. A rendere tutto più complicato, l'ubicazione: i territori colpiti sono per lo più comuni situati in zone montane, talvolta, di difficile raggiungimento da un punto di vista anche solo logistico. Non di poco conto, poi, la particolare ripetitività

braio 2017, p. http://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2017/02/14/terremoto-del-centro-italia-cambia-nome-in-sequenza-amatrice-norcia-visso_e26406b6-7928-4e09-819c-3639b6ed4c1c.html.

³ INGV, *Relazione di dettaglio: Macerata Mw 5.9 del 2016-10-26 19:18:05 UTC; versione del 2016-10-26 ore 22:42:54 UTC*, p. https://ingvterremoti.files.wordpress.com/2016/10/relazione_di_dettaglio_macerata_mw_5-9_del_2016-10-26_19_18_05_utc_versione_del_2016-10-26_ore_22_42_54_utc.pdf.

⁴ INGV, *Relazione di dettaglio: Perugia Mw 6.5 del 2016-10-30 06:40:17 UTC; versione del 2016-10-30 ore 11:27:08 UTC*, p. https://ingvterremoti.files.wordpress.com/2016/12/relazione_detalleggio_30ott_m6-5.pdf.

⁵ INGV, *Relazione di dettaglio dei tre eventi di M>5.0 del 2017-01-18 avvenuti tra le 09:25 e le 10:25 UTC*, p. https://ingvterremoti.files.wordpress.com/2017/01/relazione-di-dettaglio-dei-3-eventi-di-m_5-0-del-2017-01-18.pdf.

⁶ Protezione Civile, *Terremoto Centro Italia*, p. http://www.protezionecivile.gov.it/jcms/it/terremoto_centro_italia_2016.wp.

⁷ E. QUARANTINO, *Terremoto: edifici sicuri "mai priorità governi"*, 21 agosto 2017, in *Ansa.it Sisma&Ricostruzione*, p. https://www.ansa.it/sisma_ricostruzione/notizie/2017/08/21/terremoto-edifici-sicuri-mai-priorita-governi-_d2f5e6db-54ad-4b48-afaf-df9e9857d42d.html.

delle scosse che ha implicato la contemporanea sussistenza e la inevitabile sovrapposizione della macchina organizzativa “ordinaria” (la Protezione civile) con quella “straordinaria” (il Commissario straordinario per la ricostruzione e le strutture ad esso afferenti): dopo la dichiarazione dello stato di emergenza⁸ è iniziata, infatti, la gestione della Protezione civile, attraverso anche l’emanazione di numerosi provvedimenti, quali ordinanze, circolari, procedure e note⁹.

Cronologicamente, il 9 settembre 2016 può essere ritenuta la data di inizio anche normativo della fase della ricostruzione: ai sensi dell’art. 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400 e ss.mm.ii., Vasco Errani è stato nominato Commissario straordinario di Governo per la ricostruzione¹⁰.

Da questo momento in avanti si sono intersecate, simultaneamente e parallelamente, i provvedimenti della Protezione civile e del Commissario straordinario¹¹ e le altre fonti normative *post* emergenziali, inserendosi in un contesto di riferimento caratterizzato dai decreti legge appositamente emanati, ad integrazione e, talvolta, in deroga alle norme ordinarie vigenti.

In tale contesto, gli avvenimenti e il sistema di scelte organizzative adottato dalle istituzioni hanno indotto a riflettere sulla figura commissariale, in un’ottica di confronto tra la gestione emergenziale apprestata a seguito del sisma che ha colpito le quattro regioni del centro Italia a partire dal 24 agosto 2016 (‘sisma del 2016) e quella conseguente al sisma di Marche e Umbria del 26 settembre 1997 (‘sisma del 1997’). Sebbene per estensione territoriale e temporale le vicende che hanno prodotto le due emergenze non possano essere paragonate, si possono comparare i due approcci alla gestione: prevalentemente unitario ed accentrato, nel sisma del 2016, delegato ai Presidenti delle due regioni coinvolte nel 1997.

⁸ Delibera del Consiglio dei Ministri, 25 agosto 2016, “*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza degli eccezionali eventi sismici che il giorno 24 agosto 2016 hanno colpito il territorio delle regioni Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria.*”.

⁹ Ordinanze, decreti, direttive, indirizzi e indicazioni operative, circolari e deliberazioni emanate dal Dipartimento della Protezione civile dalla dichiarazione dello stato di emergenza in poi sono consultabili nella sezione “Provvedimenti” del sito ufficiale, p. <http://www.protezionecivile.gov.it/jcms/it/provvedimenti.wp?selectedNode=> e, in estrema sintesi, nelle note che seguono.

¹⁰ D.P.R. 9 settembre 2016, registrato alla Corte dei Conti, Ufficio controllo atti PCM, Ministeri Giustizia e Affari Esteri, n. 2542 del 14 settembre 2016.

¹¹ Ad oggi, si contano ben quaranta ordinanze *post* sisma emanate dal Commissario straordinario, alcune delle quali anche a modifica delle precedenti. Per la consultazione di tutti i testi delle ordinanze si rimanda al sito ufficiale del Commissario di cui al [link https://sisma2016.gov.it/category/ordinanze-del-commissario-straordinario/](https://sisma2016.gov.it/category/ordinanze-del-commissario-straordinario/).

Dall'osservazione dei due fenomeni, possono ipotizzarsi alcune criticità¹² del modello commissariale nell'emergenza sismica, con particolare riguardo all'efficienza e alla democraticità dei processi, dato il perdurare dell'emergenza, e si possono supporre le ragioni per cui ad una organizzazione unitaria è corrisposta una minore efficacia dell'azione.

2. Le «amministrazioni dell'emergenza»

Il tema della *governance* dell'emergenza è stato ricondotto da un'attenta dottrina a tre diverse tipologie principali di amministrazione.¹³

La prima è rappresentata dall'amministrazione creata¹⁴ in via 'ordinaria' per gestire un'emergenza e identificata con il Servizio nazionale di protezione civile, istituito, dopo un tormentato *iter*, con la legge 24 febbraio 1992, n. 225¹⁵, successivamente oggetto di modifiche¹⁶ tese a rafforzare la citata 'ordinarietà' del Servizio e a riportarlo alla sua funzione originaria¹⁷; la novella ha avuto effetti soprattutto organizzativi, poiché ha corretto quelle anomalie che l'avevano resa un «modello alternativo di amministrazione, straordinaria, a fronte dell'incapacità delle amministrazioni di operare nell'ordinario»¹⁸.

La seconda tipologia è stata efficacemente definita come una sorta di amministrazione «aggiuntiva»: creata episodicamente, essa fa sommare ai poteri ordinari quelli idonei a

¹² A. CHERCHI, *Commissario, un incarico è per sempre (o quasi)*, in *Il Sole24ore*, 9 gennaio 2017, p. <http://www.ilssole24ore.com/art/commenti-e-idee/2017-01-09/commissario-incarico-e-sempre-o-quasi-081541.shtml?uuid=ADYjvRC>. Il riferimento è al Commissario straordinario nominato nell'ambito del terremoto dell'Irpinia del 1980 il cui incarico sarebbe dovuto terminare il 31 dicembre 2013 e che, invece, è stato prorogato dal decreto n. 244 del 2016 al 31 dicembre 2017.

¹³ F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 2013, pp. 45-48.

¹⁴ *Disposizioni per la protezione della popolazione civile in caso di guerra o di calamità*, Relazione di accompagnamento, 1-2, A.C. 1593.

¹⁵ L. GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile – Commento alla L. 24 febbraio 1992, n. 225*, Milano, 1993.

¹⁶ Decreto legge 15 maggio 2012, n. 59 convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 12 luglio 2012, n. 100.

¹⁷ Tra l'altro introducendo una nuova definizione della nozione di “evento straordinario”, delimitando la durata dell'emergenza e ridimensionando il ruolo e i compiti del commissario straordinario.

¹⁸ A. FIORITTO, *La riforma della Protezione civile*, in *Gior. dir. amm.*, 11/2012, pp. 1059-1066. Dello stesso Autore *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 1/2011. Cfr. C. MEOLI, *Protezione civile*, in *Dig. disc. pubb.*, XII, Torino, 1997, p. 130 ss. Ancora, sul tema, si Vedano, ad esempio, l'inquadramento già delineato di M. DI RAIMONDO, *Voce Protezione civile*, XXXVII, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 494-517; V. PEPE, *La nuova protezione civile*, in *TAR*, 1993, II; C. MEOLI, *La protezione civile*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, II, 2145 ss. Più recentemente A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; M. BROCCA, *L'altra amministrazione*, Napoli, 2012.

contrastare le condizioni di emergenza che via via si configurano; si tratta di una amministrazione non specificamente individuata in una struttura dedicata all'esercizio delle funzioni emergenziali, ma consiste nell'attribuzione, alle amministrazioni competenti in quei settori in cui le emergenze si verificano con maggiore frequenza (p.e. ambiente, sanità, sicurezza), di funzioni *anche* di emergenza al verificarsi di determinate situazioni.¹⁹

La terza, infine, è quella che maggiormente ci interessa, ossia quella che si configura nell'esercizio in sostituzione delle competenze attraverso l'istituto dei commissariamenti, la cui disciplina si presenta piuttosto caotica, rinvenendosi nel nostro ordinamento diverse figure di commissario²⁰. Questi, infatti, riemerge periodicamente nel sistema normativo «con funzioni non sempre e non necessariamente connesse ad una situazione di straordinarietà, ma comunque in relazione ad uno stato di provvisorietà ... collegata talvolta ad una funzione assunta 'in sostituzione' e più o meno espansa a seconda del potere dell'organo sostituito e della totalità o parzialità della sostituzione; oppure provvisorietà in presenza di una eccezionalità che escluda l'utilizzazione di un organo 'ordinario'»²¹. Si pensi, ad esempio, a quel commissario straordinario che si sostituisce agli organi rappresentativi degli enti che hanno perduto la loro *legitimatio ad officium* o ai commissari che si pongono accanto ai normali organi la cui attività è sospesa in concomitanza con lo svolgimento delle competenze commissariali²² o, ancora, alle ipotesi di inerzia procedimentale.

In riferimento a questa terza specie di amministrazione dell'emergenza, in alcune occasioni, talune leggi hanno previsto la figura degli 'Alti Commissari' accordando loro la responsabilità di particolari settori amministrativi, estranei alle attribuzioni ministeriali, ai quali, talvolta, hanno assegnato un ruolo di importanza quasi paragonabile a quella di un ministro. Seppure in passato essi erano, generalmente, responsabili dell'espletamento di specifici

¹⁹ F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza* (voce), cit., 2013, p. 45-46.

²⁰ Per un quadro sulle diverse declinazioni della figura del commissario straordinario V. G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, cit., in particolare pp. 3-60.

²¹ D. RESTA, *Normazione d'urgenza: i poteri del commissario straordinario per il terremoto*, Padova, 1983, pp. 14-15. In tal caso, l'effettivo ambito di espansione dei poteri sarà in stretta connessione con la straordinarietà dell'evento che si intende fronteggiare. Sul punto, anche C. BISCARETTI DI RUFFIA, Voce *Commissario del Governo* (presso il Parlamento), in *Enc. dir.*, VII, p. 853.

²² L. TUMIATI, G. BERTI, *Commissario e commissione straordinaria*, in *Enc. dir.*, Milano, VII, 1960, p. 845.

compiti amministrativi di natura contingente e transitoria²³, più tardi, hanno anticipato perfino la creazione di nuovi Ministeri²⁴, mentre «continua la loro discussa utilizzazione per il temporaneo contrasto di attività ritenute di particolare allarme sociale». In tempi più recenti, poi, sempre a figure commissariali sono stati affidati degli speciali poteri di controllo o di vigilanza, attraverso normative aventi forza di legge e per il raggiungimento di importanti obiettivi quali la razionalizzazione della spesa delle amministrazioni pubbliche.

Come noto, inoltre, il citato art. 11 della legge n. 400 del 1988 ammette, in generale, l'istituto del 'Commissario straordinario del Governo' chiarendo che può essere nominato solo per specifici obiettivi determinati in relazione a programmi o indirizzi deliberati dal Parlamento o dal Consiglio dei ministri, oppure per particolari e temporanee esigenze di coordinamento operativo tra amministrazioni statali e purché restino ferme le attribuzioni dei diversi ministeri determinate per legge. Ciononostante, però, specialmente in alcuni periodi ed in riferimento a presunte situazioni di assoluta urgenza, si è abusato della figura commissariale, secondo alcuni, «evidentemente per cercare di supplire ad evidenti carenze del sistema amministrativo operante in vari settori».²⁵

Tornando all'espressione 'amministrazione dell'emergenza' da cui si è cominciato, pertanto, si può affermare che essa è utilizzata per individuare uno specifico soggetto o più soggetti demandati ad utilizzare gli strumenti del governo dell'emergenza. Essa riflette un modello organizzativo nazionale composito, nel quale si riconoscono specifiche amministrazioni deputate alla trattazione ordinaria dell'emergenza e amministrazioni con competenze plurime ugualmente corresponsabili sul piano della gestione e, in certi casi, altre che esercitano, *una tantum*, poteri di emergenza per situazioni straordinarie, con conseguenze sul piano delle responsabilità e del rapporto tra esercizio ordinario ed eccezionale dei poteri collegati all'emergenza.²⁶

²³ Ad esempio, l'Alto Commissario per le sanzioni contro il fascismo, oppure gli Alti Commissari per la Sicilia e per la Sardegna nell'immediato dopoguerra, all'Alto Commissario per l'alimentazione, eccetera.

²⁴ *Id est*, i Commissari per l'igiene e la sanità e quello per il turismo.

²⁵ P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2014, pp. 263-264.

²⁶ F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 2013, p. 46.

3. Il commissariamento nell'emergenza

In generale, una prima organica disciplina dell'istituto si è avuta con la già citata legge n. 400 del 1988²⁷; nelle intenzioni dei Padri costituenti, il commissario doveva rappresentare la massima istanza di coordinamento del sistema autonomistico limitatamente al versante delle funzioni amministrative, come tra l'altro, evidenziato anche dalla Corte costituzionale²⁸: il principio di leale collaborazione tra Stato e regioni rappresenta, invero, la cornice generale nella quale inserire la tematica dei poteri commissariali²⁹, mentre è nota, in dottrina, la stretta connessione tra sostituzione ed emergenza³⁰.

Un altro aspetto della figura, che è anche un elemento imprescindibile della nomina commissariale è la straordinarietà dell'evento. Ad essa, infatti, si correla e si riflette la conseguente straordinarietà del potere, nel senso che quello conferito al commissario è straordinario in quanto straordinario è l'evento che ne ha determinato la necessità.

Ciononostante, vi è chi ritiene che «non sempre alla straordinarietà dell'organo si riconnette anche la straordinarietà del potere o dei poteri che esso può esercitare», posto che «molti commissari straordinari esercitano gli stessi poteri dell'amministrazione ordinaria ovvero competenze nuove e ulteriori», col che «non è il potere esercitato a qualificare e determinare la straordinarietà dell'organo. [...] La straordinarietà dell'organizzazione comporta insieme all'alterazione dell'ordine legale delle competenze e delle attribuzioni anche l'interruzione del normale meccanismo di imputazione dell'azione amministrativa in capo

²⁷ Sul punto, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, pp. 213-218 che ritiene il commissario straordinario organo governativo non necessario.

²⁸ Corte cost. 25 luglio 1994, n. 342; Pres. Casavola; Est. Guizzi, in *www.giurcost.it*: «Il principio di leale collaborazione fra lo Stato e le regioni rappresenta la cornice generale nella quale inserire la tematica dei poteri commissariali [...] al fine di evitare sia indebite ingerenze nella sfera d'autonomia della regione, con lesione della sua potestà di autorganizzazione, sia nuovi "steccati" fra lo Stato e gli enti autonomi, quando deve affermarsi un'istanza di cooperazione volta al più efficiente esercizio delle rispettive attribuzioni».

²⁹ G. D'AMICO, *Voce Commissario del Governo*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 1031-1032, ove si sottolinea anche come non si tratti di un ufficio organizzato in maniera permanente, ma istituito quando se ne rilevi la necessità. È, perciò, straordinario e temporaneo con riferimento alla sua stessa struttura ed esistenza realizzando un rapporto tra ordinamenti estranei l'uno dall'altro. Il commissario si trova, dunque, ad essere inserito temporaneamente nella struttura organizzativa agendo come un organo ordinario oppure compiendo determinati atti.

³⁰ M. BOMBARDELLI, *Gli interventi sostitutivi nella situazione di emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario - Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Milano, 2005, pp. 179-196, in particolare p. 187.

all'ente in quanto introduce nell'organizzazione amministrativa un elemento di estraneità, un fine diverso e ulteriore rispetto a quello che muove l'amministrazione ordinaria».³¹

Ad ogni modo, è chiaro che gli organi dello Stato, per fronteggiare l'emergenza, di fronte all'urgenza dei bisogni, devono liberarsi dai vincoli che gli istituti propri dello stato giuridico avevano loro imposto; ecco che sorge, allora, l'irresistibile tentazione di fare ricorso a strumenti 'duttili', «anche a costo di forzare le maglie dell'ordinamento e di trasformare l'eccezione in regola». ³² È stata, così, ritenuta legittima una qualche compressione dell'autonomia degli enti territoriali in caso di esigenze di unitarietà dovute a situazioni di emergenza, sebbene ciò che non può essere compromesso è, invece, il nucleo essenziale delle loro attribuzioni; si mostrano necessarie, piuttosto, forme di concertazione tra Stato ed autonomie territoriali nel rispetto del principio di leale collaborazione. Seppure l'amministrazione dell'emergenza è di pertinenza statale, la dichiarazione, la gestione e l'esercizio dei poteri commissariali dovrebbero avvenire mediante intese con le regioni e gli enti locali coinvolti, salve le ipotesi di eventi non solo straordinari, ma anche urgenti a tal punto da non consentire una concertazione tra i diversi livelli di governo.³³

4. *La governance dell'emergenza post sequenza sismica di Amatrice, Norcia, Visso (2016-2017)*

In questa prospettiva, assume interesse la linea seguita dal legislatore per governare l'emergenza sismica.

Il 25 agosto 2016 è stato dichiarato lo stato di emergenza ³⁴ per gli eccezionali eventi sismici del 24 agosto 2016 ed è cominciata la gestione emergenziale ad opera della Prote-

³¹ G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, cit., 162-164. L'A., peraltro, sostiene che sarebbero da escludere da queste tipologie proprio i commissari nominati ai sensi dell'art. 11 della legge n. 400 del 1988 perché impropriamente ritenuti straordinari.

³² M. A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, XL, 2/2010, p. 169. Sul tema anche G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2005, p. 42 ss.

³³ D. CALDIROLA, *Il commissario straordinario nell'emergenza*, in *Amministrare*, 2/2010, p. 212.

³⁴ La delibera del Consiglio dei ministri è stata preceduta da due decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, entrambi del 24 agosto 2016. Lo stato di emergenza è stato prorogato al 28 febbraio 2018 con il decreto legge 20 giugno 2017, n. 91, convertito con modificazione dalla legge 3 agosto 2017, n. 123.

zione civile³⁵ che è stata affiancata, quasi nell'immediato, dal Commissario straordinario di governo per la ricostruzione, operando, così, parallelamente.

A differenza di quanto era accaduto per gli eventi sismici che avevano colpito le Marche e l'Umbria nel settembre del 1997, infatti, nel caso del sisma del 2016, da un punto di vista soggettivo, la fase della ricostruzione (sovrapposta a quella della gestione emergenziale) è iniziata con la nomina, il 9 settembre 2016,³⁶ di un unico Commissario straordinario³⁷.

Sia la Protezione civile, sia il Commissario straordinario hanno emanato (e stanno emanando) numerosi provvedimenti, anche in deroga alle norme ordinarie, sospese durante la vigenza dello stato di emergenza, creando una complessa ed articolata stratificazione normativa. Da questo momento in avanti, infatti, si sono susseguiti altri numerosi provvedimenti della Protezione civile³⁸ fino a giungere al fulcro di questa normazione emergenziale: il decreto legge 17 ottobre 2016, n. 189, recante *“Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016”*. Tale decreto, entrato in vigore il 19 ottobre 2016 e convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229³⁹, si è mostrato il principale punto di riferimento normativo, da interpretare ed integrare con gli altri atti e provvedimenti. Utile per avere un quadro organizzativo dei soggetti agenti è il Titolo I del decreto, ovvero, quello in cui sono descritti gli organi direttivi, le funzioni del Commissario straor-

³⁵ Prima della nomina del Commissario straordinario per la ricostruzione, la Protezione civile ha emanato, in ordine cronologico, i seguenti provvedimenti: ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 388 del 26 agosto 2016, n. 389 del 28 agosto 2016, la n. 391 del 1 settembre 2016; la circolare del Capo del Dipartimento della Protezione civile del 3 settembre 2016 e quella del Coordinatore del Dipartimento della Protezione civile del 3 settembre 2016; l'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 392 del 6 settembre 2016.

³⁶ D.P.R. 9 settembre 2016, registrato dalla Corte dei conti il 14 settembre 2016 al n. 2542.

³⁷ Il Commissario, a scadenza, ha lasciato l'incarico annuale previsto sino al 9 settembre 2017 in sua sostituzione è stata nominata la Sottosegretaria all'Economia Paola De Micheli (Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 43).

³⁸ Circolare del Capo Dipartimento della Protezione civile (CDPC) del 9 settembre 2016, la circolare del Coordinatore della Di.Coma.C. n. 46007 del 10 settembre 2016, la circolare del CDPC dell'11 settembre 2016; l'ordinanza del CDPC n. 393 del 13 settembre 2016; la procedura del 18 settembre 2016; l'ordinanza del CDPC n. 394 del 19 settembre 2016; la procedura del Soggetto Attuatore del Ministero dei beni e delle attività culturali (Mibact) del 21 settembre 2016; l'ordinanza del CDPC n. 396 del 23 settembre 2016; la circolare del coordinatore della Di.Coma.C. n. 50350 del 28 settembre 2016; l'ordinanza del CDPC n. 399 del 10 ottobre 2016; la circolare del Coordinatore della Di.Coma.C. n. 54593 del 17 ottobre 2016.

³⁹ *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, recante interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016”*.

dinario e dei vice Commissari e gli Uffici speciali per la ricostruzione, seppure altre disposizioni al riguardo sono sparse nell'intero testo normativo.

A causa delle successive scosse, in particolare quelle del 26 e del 30 ottobre 2016, l'emergenza si è ulteriormente protratta, sicché il Consiglio dei ministri ha esteso gli effetti della prima dichiarazione dello stato di emergenza⁴⁰ e nuovi interventi urgenti si sono resi necessari⁴¹. È in tale circostanza che sono state emanate le prime ordinanze del Commissario straordinario⁴², che sono andate ad intersecarsi, così, con un nuovo decreto legge⁴³ e con altri provvedimenti della Protezione civile.⁴⁴

Mentre la già citata legge n. 229 del 15 dicembre 2016 convertiva, con modificazioni, il decreto n. 189 del 2016, seguivano, ancora, altri provvedimenti⁴⁵, compreso il decreto legge di proroga dei termini relativi agli interventi emergenziali.⁴⁶

A causa degli eventi sismici del 18 gennaio 2017, uniti alle eccezionali condizioni meteorologiche avverse, poi, si è resa necessaria una ulteriore estensione degli effetti dello sta-

⁴⁰ Delibera del Consiglio dei Ministri del 27 ottobre 2016 e del 31 ottobre 2016.

⁴¹ La prima ordinanza del CDPC emanata a seguito delle scosse di fine ottobre è la n. 400 del 31 ottobre 2016; ad essa sono susseguiti il provvedimento dell'Agenzia delle entrate n. 186585 del 4 novembre 2016, la circolare del CDPC del 4 novembre 2016; l'ordinanza del CDPC n. 405 del 10 novembre 2016.

⁴² Ord. n. 1 del 10 novembre 2016 che contiene lo schema tipo di convenzione per l'istituzione dell'"Ufficio speciale per la ricostruzione post sisma" (art. 3 del d. l. n. 189 del 2016) e la n. 2, sempre del 10 novembre, che approva alcuni schemi di convenzione con Fintecna S.p.A. e con Invitalia S.p.A.

⁴³ È il d. l. n. 205 dell'11 novembre 2016, entrato in vigore l'11 novembre 2016 e decaduto per mancata conversione.

⁴⁴ Sempre in ordine cronologico, l'attività della Protezione civile si è sovrapposta a quella degli altri organi, *in primis*, a quella del Commissario straordinario. A dimostrazione di ciò, si segnalano i numerosi provvedimenti emanati: l'ordinanza del CDPC n. 406 del 12 novembre 2016; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 3 del 15 novembre 2016; l'ordinanza del CDPC n. 408 del 15 novembre 2016; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 4 del 17 novembre 2016; l'ordinanza del CDPC n. 414 del 19 novembre 2016 e la n. 415 del 21 novembre 2016; il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 21 novembre 2016; la circolare del CDPC del 23 novembre 2016; l'ordinanza del Commissario straordinario di Governo n. 5 del 28 novembre 2016; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 6 del 28 novembre 2016; l'ordinanza del CDPC n. 418 del 29 novembre 2016; la circolare del CDPC del 3 dicembre 2016; la determinazione del Commissario per la ricostruzione n. 1 del 7 dicembre 2016; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 7 del 14 dicembre 2016, la n. 8 del 14 dicembre 2016 e la n. 9 del 14 dicembre 2016 sulla delocalizzazione delle attività economiche danneggiate.

⁴⁵ Sempre in ordine cronologico: l'ordinanza del CDPC n. 422 del 16 dicembre 2016; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 10 del 19 dicembre 2016; l'ordinanza del CDPC n. 427 del 20 dicembre 2016; la circolare del CDPC del 22 dicembre 2016; la circolare del Coordinatore della Di.Coma.C.; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 11 del 9 gennaio 2017, la n. 12 del 9 gennaio 2017 e la n. 13 del 9 gennaio 2017; l'ordinanza del CDPC n. 431 dell'11 gennaio 2017; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 14 del 16 gennaio 2017; la circolare del CDPC del 16 gennaio 2017.

⁴⁶ D. l. 30 dicembre 2016, n. 244, "*Proroga e definizione dei termini*", che, all'art. 14, ha prorogato, appunto, i termini relativi agli interventi emergenziali.

to di emergenza⁴⁷ e sono stati emanati altri provvedimenti⁴⁸, oltre al decreto legge n. 8 del 9 febbraio 2017⁴⁹, convertito dalla legge 7 aprile 2017, n. 45.⁵⁰

Successivamente, «considerato che, anche a causa dell'aggravamento della situazione conseguente agli eventi sismici che si sono succeduti a decorrere dal 24 agosto 2016 ed ai fenomeni meteorologici verificatisi a partire dalla seconda decade del mese di gennaio 2017, gli interventi di carattere straordinario ed urgente sono tuttora in corso e che, quindi, l'emergenza non può ritenersi conclusa», il Consiglio dei ministri, con la deliberazione del 10 febbraio 2017, ha prorogato di centottanta giorni lo stato di emergenza; hanno continuato, così, a susseguirsi, nuovamente, altri provvedimenti della Protezione civile e del Commissario straordinario⁵¹.

Sono stati, poi, pubblicati il decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017⁵² e, da ultimo⁵³, il decreto legge 20 giugno 2017, n. 91⁵⁴, convertito dalla legge 3 agosto 2017, n. 123⁵⁵, che,

⁴⁷ D.C.M. 20 gennaio 2017, che integra, altresì, i precedenti stanziamenti già deliberati.

⁴⁸ La prima ordinanza del CDPC emessa subito dopo gli eventi sismici di gennaio è la n. 436 del 22 gennaio 2017, alla quale sono seguite: l'ordinanza del Commissario straordinario n. 15 del 27 gennaio 2017; la circolare del CDPC del 2 febbraio 2017; la circolare del Ministero dell'istruzione, l'università e la ricerca del 6 febbraio 2017.

⁴⁹ “Nuovi interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016 e del 2017”.

⁵⁰ Il Ministero della giustizia, ai sensi dell'art. 11, comma 1, e dell'art. 10, comma 3, del D.P.R. 28 dicembre 1985, n.1092, ha pubblicato il testo del d. l. 9 febbraio 2017, n. 8 coordinato con la legge di conversione 7 aprile 2017, n. 45 recante “Nuovi interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016 e del 2017”.

⁵¹ La circolare del CDPC del 10 febbraio 2017; l'ordinanza del CDPC n. 438 del 16 febbraio 2017; la circolare del CDPC del 23 febbraio 2017 e quella del 24 febbraio 2017; la circolare del coordinatore della Di.Coma.C. del 27 febbraio 2017 e quella del 2 marzo 2017; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 16 del 3 marzo 2017 e la n. 17 del 10 marzo 2017; la D.C.M. del 10 marzo 2017; la delibera del Commissario straordinario n. 1 del 16 marzo 2017; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 18 del 3 aprile che modifica l'ordinanza n. 14 del 16 gennaio 2017; l'ordinanza del CDPC n. 444 del 4 aprile 2017; la circolare del CDPC del 5 aprile 2017; il decreto del CDPC con la quale si dispone la sostituzione della Struttura di missione “Sisma centro Italia” con la Di.Coma.C.; le ordinanze del Commissario straordinario del 7 aprile 2017 n. 19 e n. 20; la circolare del CDPC del 21 aprile 2017.

⁵² Rubricato “Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo”.

⁵³ Nel mentre, sono stati emanati, ancora, numerosi altri provvedimenti: le ordinanze del Commissario straordinario n. 21 del 28 aprile 2017, la n. 22 del 4 maggio 2017, la n. 23 del 5 maggio 2017, la n. 24 del 15 maggio 2017; l'ordinanza del CDPC n. 454 del 22 maggio 2017; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 25 del 23 maggio 2017; le ordinanze del Commissario straordinario n. 26 del 29 maggio 2017, la n. 27 del 9 giugno 2017, la n. 28, sempre del 9 giugno 2017 e la n. 29 sempre del 9 giugno 2017; la circolare del CDPC del 12 giugno 2017; l'ordinanza del CDPC n. 460 del 15 giugno 2017; le ordinanze del Commissario straordinario n. 30 e 31 del 22 giugno 2017 e la n. 32 del 23 giugno; il decreto del CDPC n. 2440 del 23 giugno 2017; le ordinanze del Commissario straordinario del 12 luglio 2017 n. 33 e n. 34; l'ordinanza del Commissario straordinario n. 35 del 31 luglio 2017; le ordinanze del CDPC n. 475 del 18 agosto 2017 e la n. 479 del 1 set-

all'art. 16 *sexies*, rubricato “*Disposizioni urgenti per il proseguimento delle attività emergenziali nelle aree del centro Italia colpite dal sisma e per l’efficacia delle attività di protezione civile*”, vista la complessità della situazione determinatasi, in deroga al comma 1 *bis* dell’art. 5 della legge n. 225 del 1992, ha nuovamente prorogato lo stato di emergenza sino a febbraio 2018.

Dalla breve rassegna esposta, emerge, dunque, un quadro piuttosto complesso che rispecchia i diversi e numerosi soggetti protagonisti della gestione dell’emergenza e della fase *post* emergenziale.

5. *Il commissario straordinario per la ricostruzione*

Con l’atto di nomina del Commissario straordinario per la ricostruzione sono stati determinati anche i compiti e le dotazioni di mezzi e di personale, nonché il termine di durata dell’incarico (conferito per il tempo indicato nel decreto di nomina, salvo proroga o revoca). È lo stesso legislatore che ha qualificato il Commissario di Governo come proprio organo straordinario, con la conseguente immediata riferibilità della sua attività all’autorità amministrativa.⁵⁶

Nelle motivazioni di cui al decreto di nomina si legge, nondimeno, che visti i «gravissimi danneggiamenti alle infrastrutture viarie, agli edifici pubblici e privati, al patrimonio culturale, alla rete dei servizi essenziali e alle attività economiche» e ritenuto necessario procedere tempestivamente, è stato giudicato doveroso un «supporto tecnico e amministrativo di carattere straordinario e il più ampio coordinamento dei soggetti istituzionali coinvolti nella loro realizzazione», con la funzione di «assicurare il raccordo delle attività di ricostruzione con il richiamato coordinamento delle attività di protezione civile, ...».

In realtà, però, se si esamina la struttura organizzativa commissariale descritta nel d. l. n. 189 del 2016 e ss.mm.ii., si nota, ben presto, come si tratti di una figura che va a contraddire l’impianto ordinario sinora descritto, ponendosi in una posizione direttiva e accen-

tembre 2017; le ordinanze del Commissario straordinario dell’8 settembre 2017 n. 36, la n. 37 e la n. 38, la n. 39 e la n. 40.

⁵⁴ Intitolato “*Disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno*”, il decreto modifica alcuni articoli del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189.

⁵⁵ Legge 3 agosto 2017, n. 123, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91, recante disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno.*”

⁵⁶ G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, cit., pp. 150-151.

tratrice; ciò si evince anche dalla lettura delle espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore. Nel decreto il Commissario straordinario è identificato, all'art. 1, come un organo direttivo già nella rubrica della disposizione, prima che di coordinamento, degli interventi di riparazione, ricostruzione, assistenza alla popolazione e ripresa economica nei territori colpiti da attuarsi durante tutta la durata della gestione straordinaria. La funzione principale espressamente riconosciuta al Commissario è, difatti, quella di perseguire il rispetto del principio di unitarietà degli interventi, dovendo questi assicurare «una gestione unitaria e omogenea nel territorio colpito dal sisma»⁵⁷.

Ai Presidenti delle quattro regioni interessate, invece, è demandato il ruolo di vice commissari: questi sono tenuti ad operare 'in stretto raccordo con il Commissario' che può delegare loro le funzioni a lui attribuite dal decreto stesso.

La posizione del Commissario straordinario appare, allora, delineata con rigore autoritativo: costui, infatti, prima di tutto, dirige gli interventi ed ha il potere di decidere se delegare le funzioni a lui assegnate dalla legge ai vice commissari. Fungendo da tramite dello Stato per lo svolgimento in concreto della funzione emergenziale⁵⁸, si potrebbe sostenere che esso, contestualmente al Capo del Dipartimento della Protezione civile e avvalendosi delle risorse strumentali messe a disposizione dalla Presidenza del Consiglio dei ministri e di una struttura posta alle sue dipendenze⁵⁹, sia quasi una *longa manus* del Governo per la direzione ed il coordinamento degli interventi da attuare nei territori colpiti dagli eventi sismici. Egli presiede anche una cabina di coordinamento della ricostruzione tenuta a concordare i contenuti dei provvedimenti da adottare, assicurare l'applicazione uniforme e unitaria delle ordinanze e delle direttive commissariali in ciascuna regione e a verificare periodicamente l'avanzamento del processo di ricostruzione.

Le funzioni del Commissario straordinario sono, comunque, più specificamente descritte al comma 1, lettere da a) a l *bis*) dell'art. 2, alla cui lettura si rinvia, e ad esso gli sono riconosciute anche una piena autonomia amministrativa, finanziaria e contabile, in relazione alle risorse assegnate. Il Commissario è tenuto, altresì, a disciplinare con propri atti

⁵⁷ Art. 1, comma 7, d. l. n. 189 del 2016.

⁵⁸ Corte cost., 21 gennaio 2016, n. 8; Pres. Criscuolo; Est. Morelli, in *www.giurcost.it*.

⁵⁹ Ordinanza della Presidenza del Consiglio dei ministri n. 15 del 27 gennaio 2017.

l'articolazione interna della struttura anche in aree e unità organizzative, in relazione alle specificità funzionali e di competenza. Il decreto prevede, ancora, un ulteriore compito del Commissario che è quello di supportare gli enti locali nella progettazione degli interventi anche attraverso gli Uffici speciali per la ricostruzione⁶⁰, con lo scopo di garantire la qualità delle operazioni ed il raggiungimento dei risultati attesi.⁶¹

Sempre all'art. 2 si specifica che questi, per l'esercizio delle funzioni demandategli, «provvede anche a mezzo di ordinanze, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'ordinamento europeo», emanate «previa intesa con i Presidenti delle Regioni interessate nell'ambito della Cabina di coordinamento»⁶².

I compiti dei Presidenti delle regioni (vice commissari) sono, invece, in proporzione, nettamente di meno. Sempre ai sensi all'art. 2 del d. l. n. 189 del 2016, questi, oltre a presiedere il comitato istituzionale regionale, esercitano le funzioni di propria competenza per favorire il superamento dell'emergenza e l'avvio degli interventi immediati di ricostruzione, sovrintendono agli interventi sulle opere pubbliche e sui beni culturali di competenza regionale e sono responsabili dei procedimenti per la concessione dei contributi per gli interventi di ricostruzione e riparazione degli immobili privati ed esercitano, sempre nell'ambito delle loro competenze, le funzioni tese al sostegno alle imprese e alla ripresa economica.

6. *L'amministrazione parallela del commissario straordinario: principio di unitarietà e dubbi sull'efficienza dell'azione*

Nonostante i poteri del Capo del dipartimento della Protezione civile siano stati decompressi con la riforma del 2012 che ha incentivato una organizzazione diffusa, a rete, del

⁶⁰ È l'Ufficio istituito in ogni regione ai sensi dell'art. 3 del decreto legge n. 189 del 2016.

⁶¹ Art. 2, comma 4, del d. l. n. 189 del 2016.

⁶² Dalla nomina ad oggi, le ordinanze emanate sono ben quaranta, alcune delle quali modificative di altre disposizioni contenute in precedenti ordinanze dello stesso redatte, con la tecnica della novella legislativa. Le prime sono di carattere prevalentemente organizzativo (n. 1 e n. 2 del 10 novembre 2016), mentre più dettagliate ed attuative del d. l. 189/2016 sono quelle successive (n. 3 del 15 novembre 2016, n. 4 del 17 novembre 2017, n. 11 del 9 gennaio 2017 e n. 13 del 9 gennaio 2017). Solo a fine gennaio è stata pubblicata l'ordinanza che organizza la propria struttura (n. 15 del 27 gennaio 2017) e, dopo oltre un anno dalla prima scossa, quella recante i principi di indirizzo per la pianificazione attuativa connessa agli interventi di ricostruzione nei centri storici e nuclei urbani maggiormente colpiti dal sisma (n. 39 dell'8 settembre 2017).

servizio stesso, è evidente come l'istituto del commissariamento sia sovente utilizzato, seppure in maniera ridimensionata rispetto al passato.

È noto che con l'espressione 'commissario straordinario' il nostro ordinamento intenda delle figure dalle caratteristiche eterogenee, sia dal punto di vista della funzione esercitata, sia dal punto di vista dei presupposti necessari all'istituzione, pur essendo la provvisorietà, ancor più della straordinarietà degli accadimenti, l'elemento unificante.⁶³ Si tratta di commissari nominati per rispondere ad esigenze contingenti, occasionali e/o eccezionali che conducono a ritenere inadeguato l'utilizzo di organi ordinari in ragione del particolare interesse pubblico richiamato da quelle stesse esigenze in parte 'tipizzate', «cosicché può sostenersi che vi sia stata una sorta di 'istituzionalizzazione' di alcune figure commissariali create per situazioni non accostabili all'ordinarietà», come nel caso dell'art. 11 della legge n. 400 del 1988⁶⁴.

La figura del Commissario straordinario ha avuto, peraltro, nel corso del tempo, accezioni altalenanti: ad esso era stata affidata la direzione unitaria dei servizi di soccorso ed il coordinamento delle amministrazioni coinvolte, mostrandosi, così, come mero esecutore delle scelte ministeriali, e diventando, a seguito degli eventi sismici del Friuli Venezia Giulia del 1976 e della Basilicata e della Campania del 1980, un organo dotato di poteri decisori eccezionali con funzioni notevolmente ampliate. Difatti, anche in deroga alle norme vigenti, i commissari nominati avrebbero potuto adottare ogni iniziativa e ogni provvedimento opportuno e necessario per il soccorso, l'assistenza alle popolazioni interessate e per gli interventi necessari alla ripresa, al punto da essere loro consentito di «assumere in proprio i poteri di ordinanza degli organi locali con capacità di 'delegarli' di nuovo, cioè di ripassarli ad essi per una gestione 'pilotata' di una funzione loro propria»⁶⁵. Ne risultava una straordinarietà "a tutto tondo", potendo il commissario «sostituirsi in particolare al sindaco e al

⁶³ D. CALDIROLA, *Il commissario straordinario nell'emergenza*, cit., pp. 197-214, in particolare p. 197, ove si specifica, altresì, che la loro straordinarietà e temporaneità si riferisce alla loro stessa esistenza e struttura, tant'è che questi sono costituiti *una tantum* per far fronte ad una specifica e transeunte esigenza operativa.

⁶⁴ ID., p. 200. L'A., peraltro, descrive la figura del "commissario straordinario per l'emergenza" come un «organo del tutto particolare, investito di poteri atipici ed eccezionali corrispondenti alle esigenze contingenti prospettate dalla gestione di uno stato di emergenza»; esso ha una ampia capacità di valutazione concreta e una notevole autonomia dispositiva e di azione che si colloca al di fuori degli schemi ordinari tracciati dalla legge.

⁶⁵ D. RESTA, *Normazione d'urgenza: i poteri del commissario straordinario per il terremoto*, cit., p. 3.

prefetto nell'esercizio di quei poteri di cui gli stessi erano provvisti per la gestione delle emergenze».⁶⁶

Con l'istituzione del Servizio di Protezione civile, poi, il precedente assetto burocratico ha lasciato il posto ad un sistema policentrico composto, ai sensi dell'art. 6, da diversi attori e, ai sensi dell'art. 2, da differenti livelli di gravità degli eventi. Questo carattere decentrato, però, si è pian piano indebolito⁶⁷ e si è tornati al modello organizzativo ministeriale caratterizzato dalla posizione di preminenza rivestita dall'amministrazione centrale rispetto agli enti territoriali⁶⁸, nonostante il Servizio sia oggi pensato a carattere reticolare.

In linea generale, comunque, la figura commissariale ha la peculiarità di rispondere ad esigenze contingenti, occasionali e/o eccezionali che, come accennato, fanno ritenere inadeguato l'utilizzo di organi ordinari; è, inoltre, investito di poteri atipici ed eccezionali corrispondenti alle esigenze contingenti prospettate dalla gestione di uno stato di emergenza e possiede un'ampia capacità di valutazione concreta, nonché autonomia dispositiva e di azione, circostanza, questa, che consente di collocarlo al di fuori degli schemi ordinari tracciati dalla legge.

L'istituto, così come tratteggiato, se da un lato, consente o, meglio, dovrebbe consentire, la continuità dell'azione amministrativa⁶⁹, anche quando l'esercizio ordinario del potere non è in grado di realizzarla, e l'unitarietà tra i diversi livelli di governo, dall'altro, sul piano pratico, viene smentito dalla recente esperienza.

A ciò si aggiungono le problematiche legate alle competenze e alla responsabilità. Si dovrebbe trattare, infatti, di un soggetto che disponga dei necessari poteri e che possa agire

⁶⁶ D. CALDIROLA, *Il Commissario straordinario nell'emergenza*, cit., p. 202.

⁶⁷ Probabilmente anche per la mancata creazione delle Agenzie di protezione civile reviste dal d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300.

⁶⁸ Peralto, con il d. l. 31 maggio 2005, n. 90, convertito con la legge n. 233 del 2006, la posizione del presidente del Consiglio dei ministri è stata ulteriormente rafforzata essendogli attribuita in modo esplicito la titolarità della funzione di Protezione civile.

⁶⁹ Sul principio di continuità dell'azione amministrativa si Vedano, tra gli Altri, N. PAOLANTONIO, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 339 e ss., sul principio di continuità e i commissariamenti; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa: principi*, 2013, Torino, p. 50, secondo cui il principio di continuità rappresenterebbe una articolazione del principio di buon andamento; G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, cit., p. 48, con particolare riferimento al fatto che la proroga delle gestioni commissariali trova il fondamento nella «necessità di garantire la continuità dell'azione amministrativa ... considerata prevalente rispetto all'immediato subentro delle amministrazioni ordinarie».

in deroga alle normative che regolano la gestione ordinaria (soprattutto negli ambiti della contabilità e degli appalti), ma pur sempre in un quadro di regole predeterminate; dovrebbe possedere, altresì, adeguate competenze gestionali⁷⁰ e manageriali idonee alla 'missione' che è chiamato a svolgere, nonché conoscenze teoriche e pratiche per la corretta gestione della macchina amministrativa.⁷¹

Non a caso, da più parti, sul principio dell'unitarietà della gestione commissariale si è fatto riferimento, con particolare richiamo alla ricostruzione dopo il sisma de L'Aquila, al c.d. 'metodo *Augustus*', derivante dal nome dall'imperatore Ottaviano Augusto.⁷² Questo 'metodo' è stato messo a punto proprio nella gestione degli stati di emergenza ed è improntato su un carattere autoritario e centralistico: i suoi principi generali sono rappresentati dalla direzione unitaria, dall'uso razionale delle risorse disponibili e dal controllo dell'informazione. Puntando all'efficacia dell'azione (ma l'azione, poi, è davvero efficace?), esso si basa su una concezione rigidamente gerarchica dei diversi livelli operativi coinvolti: il sistema centrale individua gli obiettivi da conseguire e assegna, per la gestione dell'emergenza, le responsabilità ai vari livelli di 'comando e controllo', mentre la necessaria operatività della pianificazione di emergenza determina un particolare punto di vista sulle risorse: tale metodo, pertanto, non si sofferma sulla determinazione del fabbisogno, ma introduce il concetto della disponibilità delle risorse. Così, nel corso dell'emergenza, più che elencare quello che sarebbe utile avere, ci si limita al migliore uso di ciò di cui si dispone. Altra peculiare caratteristica di tale metodo è, poi, il controllo dell'informazione che potrebbe addirittura condizionare il decorso tecnico degli interventi: secondo il metodo, se la controparte istituzionale sarà sufficientemente autorevole e determinata, «la maggior parte dei cittadini sarà disponibile ad abdicare alle proprie autonomie decisionali, a sottoporsi a privazioni e limitazioni, ad 'ubbidire' alle direttive impartite».⁷³

⁷⁰ L'A. si riferisce, in particolare, al possesso alle capacità e agli strumenti idonei per l'assunzione delle responsabilità dirette e al saper intrecciare competenze tecniche di interlocuzione politica e comunicative.

⁷¹ L. TORCHIA (a cura di), *I nodi della Pubblica amministrazione*, Napoli, 2016, pp. 41-47. In particolare, pp. 45-47.

⁷² G. J. FRISH, *L'Aquila: il trionfo dell'urbanistica d'emergenza*, in *Dem. dir.*, 1/2009, pp. 117-133, in particolare p. 141.

⁷³ ID., *L'Aquila: il trionfo dell'urbanistica d'emergenza*, cit., pp. 123-124. Alla descrizione fornita, l'A. aggiunge un'altra caratteristica, ovvero 'l'applicazione della pianificazione centralizzata e di coordinamento'. Sul punto,

A ben vedere, dunque, nel sisma del 2016, quella che doveva essere una figura di coordinamento e di cooperazione tra i diversi livelli di governo, un garante dell'efficienza e dell'efficacia degli interventi da porre in atto, si è probabilmente mostrata, insieme agli altri soggetti istituiti *ad hoc*, concausa delle inefficienze del sistema organizzativo e portatrice, forse, delle lamentate incertezze e lentezze.⁷⁴

7. La governance dell'emergenza: il terremoto di Umbria e Marche del 1997

Alcuni dei territori colpiti dagli eventi sismici che si sono susseguiti a partire dal 24 agosto 2016 corrispondono geograficamente con le zone che nel 1997 hanno subito un altro intenso sisma.

Giusto vent'anni fa, nella notte del 26 settembre 1997, infatti, alle ore 2:33, un terremoto di magnitudo 5.5 diede il via ad una sequenza sismica lungo l'asse della dorsale montuosa degli Appennini, nella zona dei piani di Colfiorito, al confine tra Marche e Umbria,⁷⁵ alla quale fece seguito, poco più a nord, un secondo evento di maggiore intensità, alle ore 11:40, di magnitudo 6, che aggravò lo scenario dei danni provocati dall'evento precedente, e, poi, una terza, di minore entità. Lo 'sciame sismico'⁷⁶ proseguì anche i giorni successivi comportando un aumento dei danni ed un ampliamento della zona colpita⁷⁷: le vittime furono in totale 11.⁷⁸

si era già parlato, perfino, di 'dittatura commissaria' in C. SCHMITT, *Die Dikatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1921.

⁷⁴ F. LORENZOTTI, *Lentezze e incertezze della ricostruzione dopo gli eventi sismici che hanno colpito le regioni Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria*, in www.ambientediritto.it, 2017, p. <http://www.ambientediritto.it/home/dottrina/lentezze-e-incertezze-della-ricostruzione-dopo-gli-eventi-sismici>.

⁷⁵ La sequenza sismica, in verità, aveva avuto dei precedenti senza che, però, a ciò seguisse un'attività sismica significativa.

⁷⁶ Una decina di tali scosse ebbero una magnitudo superiore alla soglia del danno ($M \geq 4.5$), come quelle del 3 ottobre (5.1), del 7 ottobre (5.3), del 14 ottobre (5.4) e del 26 marzo 1998 (5.6).

⁷⁷ Nell'arco di tempo tra settembre e novembre, migliaia furono le scosse registrate, almeno venticinque di magnitudo superiore a 4. Ulteriori scosse si registrarono, ancora, tra marzo e aprile 1998 quando un sisma di magnitudo 5.6 colpì l'area di Gualdo Tadino il 26 marzo (tuttavia, ad una profondità tale da non provocare danni nell'area dell'epicentro) e un'altra di magnitudo 5.3 che causò, invece, maggiori danni alle zone già interessate.

⁷⁸ Dipartimento della Protezione civile, *Terremoto Umbria e Marche 1997*, http://www.protezionecivile.gov.it/jcms/it/terremoto_um.wp. Per una ricostruzione degli eventi sismici si Veda anche P. GALLI, *La crisi sismica iniziata il 26 settembre 1997 in Marche ed Umbria. Inquadramento macrosismico*, in M. SEVERINO, G. DI PASQUALE, *Procedure per la ricostruzione post sisma: analisi e proposte*, Dipartimento Protezione Civile, Firenze, 2002, p. 88.

Sebbene di minore estensione rispetto al sisma del 2016, si è trattato, comunque, di un avvenimento importante e distruttivo che, comportando gravissime conseguenze sul patrimonio sociale, economico, ambientale e storico-artistico dei territori, ha chiesto l'intervento della Protezione civile e di un impianto organizzativo da modellare sulle urgenti e straordinarie esigenze del momento. Si è ritenuto, perciò, interessante evidenziare l'organizzazione dell'emergenza attuata all'epoca individuando gli attori degli interventi e le relazioni tra questi intercorse.

Tre sono state le direttrici principali lungo le quali si è mossa la macchina organizzativa.

La prima era rappresentata dalla dichiarazione dello stato di emergenza emanata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 settembre 1997.

La seconda era costituita dall'emanazione di una serie di ordinanze che hanno disciplinato celermente i primi interventi, anche prevedendo deroghe alla normativa ordinaria, la cui applicazione sarebbe stata sospesa per tutta la durata dello stato di emergenza. Appena due giorni dopo il sisma, per esempio, erano stati nominati i Presidenti di Marche e Umbria commissari delegati.⁷⁹

A questi, peraltro, veniva demandato di provvedere, entro sette giorni dalla data dell'ordinanza, alla comunicazione dell'elenco dei comuni gravemente danneggiati dalla crisi sismica e all'attuazione degli interventi necessari a salvaguardare l'incolumità pubblica e privata, eliminando situazioni di pericolo. Nello stesso provvedimento era, altresì, previsto che «per l'espletamento dell'attività tecnico-amministrativa connessa all'attuazione degli interventi, i commissari delegati si avvalgono degli uffici competenti dello Stato, delle regioni e degli enti locali nonché di personale appartenente a pubbliche amministrazioni, con particolare riferimento al personale del Ministero per i beni culturali ed ambientali, [...]» (comma 4), oltre che «i commissari delegati per l'espletamento dell'incarico possono nominare vice-commissari» (comma 5).

⁷⁹ Si tratta dell'ordinanza n. 2668 del 28 settembre 1997, «*Interventi urgenti diretti a fronteggiare i danni conseguenti alla crisi sismica iniziata il giorno 26 settembre 1997 che ha colpito il territorio delle regioni Marche e Umbria*», modificata poco dopo dall'ordinanza della Protezione civile n. 2706 del 31 ottobre 1997, «*Ulteriori disposizioni per fronteggiare la situazione di emergenza conseguente alla crisi sismica iniziata il giorno 26 settembre 1997 che ha colpito il territorio delle regioni Marche e Umbria*».

Già dalla lettura della prima ordinanza, dunque, si può notare una accentuata volontà cooperativa tra i diversi soggetti istituzionali, tant'è che era stato previsto che i commissari delegati e gli enti attuatori indicassero, entro sette giorni dalla disponibilità del progetto, una conferenza di servizi ai quali erano invitati tutti i soggetti abilitati ad esprimere pareri, nulla osta e visti sul progetto, affinché, una volta che lo stesso fosse stato approvato, i lavori sarebbero potuti essere immediatamente appaltati.⁸⁰ Piuttosto che alla compagine organizzativa, dunque, l'attenzione era stata posta, sin da subito, alle attività da svolgere anche ai fini della ricostruzione.

Erano state previste, poi, delle procedure di consultazione e di decisione che hanno rappresentato, senz'altro, strumenti operativi flessibili ed efficaci perché capaci di «compenetrare logiche di decentramento politico-amministrativo ed esigenze di coordinamento connesse alla vastità del danno e delle conseguenti necessarie azioni di ripristino e di avvio alla normalità».⁸¹

La terza direttrice è stata rappresentata, invece, dalla elaborazione di schemi di decreti legge⁸² aventi la finalità di avviare la ricostruzione e garantire continuità con la fase dell'emergenza.⁸³ In questo contesto, le regioni hanno svolto un ruolo fondamentale e di coordinamento, sia tra loro che con lo Stato,⁸⁴ nella consapevole necessità di intervenire con strumenti agili⁸⁵ che fossero in grado di semplificare ed accelerare le procedure di rico-

⁸⁰ Art. 3 ord. n. 2668 del 1997.

⁸¹ M. SEVERINO, G. DI PASQUALE, *Procedure per la ricostruzione post sisma: analisi e proposte*, cit., pp. 111-112. Il riferimento è alla legge 30 gennaio 1998 n. 61.

⁸² Il riferimento, in particolare, è al d. l. 27 ottobre 1997, n. 364, convertito, con modificazioni ed integrazioni, dalla legge 17 dicembre 1997, n. 434 e al d. l. 30 gennaio 1998, n. 6, convertito, con modificazioni ed integrazioni, dalla legge 30 marzo 1998, n. 61 (poi, successivamente, modificata ed integrata) che ha rappresentato il primo strumento per l'avvio della complessa e massiccia opera di ricostruzione dei territori colpiti dal sisma.

⁸³ M. SEVERINO, G. DI PASQUALE, *Procedure per la ricostruzione post sisma: analisi e proposte*, cit., pp. 87-88.

⁸⁴ Si pensi alle intese Stato-regione Umbria per l'adozione degli atti di carattere generale, alla ripartizione delle competenze tra regione (con poteri di indirizzo e controllo) ed enti locali (soprattutto i comuni, con competenze gestionali e nella partecipazione alla formazione dei programmi), il concorso di una pluralità di fonti di finanziamento.

⁸⁵ Sono state create strutture specializzate all'interno della regione Marche e sono state adottate misure innovative, anche attraverso una fonte di normazione del tutto atipica. Il Consiglio regionale aveva, infatti, deliberato le linee di indirizzo per la pianificazione, la progettazione e la realizzazione degli interventi di ricostruzione vincolanti per tutti i soggetti pubblici e privati dando ampio mandato alla Giunta regionale per l'adozione dei provvedimenti di attuazione suddetti con l'obiettivo principale di portare a compimento gli interventi di ricostruzione, con l'unico vincolo, per quest'ultima, di essere obbligata a comunicare al Consiglio stesso i provvedimenti deliberati.

struzione. L'autonomia riconosciuta alle regioni ha consentito, ad esempio, alla regione Marche di adattare le proprie decisioni alla situazione concreta. Il meccanismo di approvazione dello strumento legislativo regionale sarebbe stato, infatti, troppo farraginoso «in relazione alla necessità di risolvere velocemente i problemi».

Importantissima è stata, poi, la creazione di una specifica Commissione ANCI, composta da alcuni rappresentanti dei comuni maggiormente colpiti dal sisma e sede di concertazione per la produzione e l'adozione dei provvedimenti regionali, così come la partecipazione del Comitato Tecnico scientifico nell'adozione dei provvedimenti ad alto contenuto tecnico, nonché la pubblicazione dei provvedimenti in una edizione speciale del Bollettino ufficiale regionale monotematico.⁸⁶

È evidente, allora, come il fondamento organizzativo fosse costituito dalla messa in atto di una forte sinergia tra pubbliche amministrazioni e privati cittadini: seppure gli autori fossero stati numerosi non hanno influito sulla tempestività degli interventi richiesti, né durante la situazione di emergenza, né nella fase di *post* emergenza.

La ripartizione delle funzioni, infatti, era distribuita sul riflesso del principio di sussidiarietà, con forte impegno da parte di tutti: con la citata legge n. 61 del 1998, invero, il Parlamento aveva fissato i principi ed i criteri generali per attuare gli interventi da realizzare e aveva demandato alle regioni il compito di fissare le norme tecniche, amministrative e finanziarie.⁸⁷

Anche la costituzione dello *staff* del Commissario delegato era avvenuta in maniera piuttosto celere: il 2 ottobre 1997 era stato, infatti, istituito l'ufficio, al quale tutte le strutture organizzative della Giunta regionale erano state chiamate a collaborare sulla base delle richieste del Segretario generale, ed erano state costituite due unità operative nei territori dei comuni maggiormente colpiti. Tutti i soggetti erano stati messi in grado di operare immediatamente in un'«organizzazione amministrativa per fronteggiare l'emergenza [è] semplice

⁸⁶ F. CONTI, *Normativa Regionale Marche*, in M. SEVERINO, G. DI PASQUALE, *Procedure per la ricostruzione post sisma: analisi e proposte*, cit., pp. 88-90.

⁸⁷ M. SEVERINO, G. DI PASQUALE, *Procedure per la ricostruzione post sisma: analisi e proposte*, cit., pp. 107-111, ove è riportata una calendarizzazione dei diversi adempimenti e delle disposizioni introdotte a carico delle due Regioni interessate, dei Comuni, del Ministero dei lavori pubblici, del Ministero per le politiche agricole, del Commissario delegato per i beni e le attività culturali, dei Presidenti dei Comitati Tecnico Scientifici delle due Regioni e del Dipartimento della Protezione civile alla quale si rinvia.

e flessibile», nella quale «tutte le strutture regionali [vengono] *erano* chiamate a far fronte ai nuovi compiti»; quelle di nuova istituzione, in particolare, rispondevano, da un lato, alle esigenze di coordinamento ed unitarietà di indirizzo e, dall'altro, alle esigenze operative nei Comuni maggiormente colpiti, anche con il potenziamento di personale di quelle più decentrate.⁸⁸

Insomma, sembra proprio che quello che all'epoca era stato privilegiato, portando risultati positivi, fosse una forte cooperazione istituzionale; quella attuale, seppure per certi versi prevista (cabina di coordinamento, comitati istituzionali, conferenze di servizi), è apparsa, in concreto, invece, molto più debole e si è rilevata meno efficiente. Si pensi che l'ordinanza del Commissario straordinario per la ricostruzione con la quale sono disciplinate le modalità di partecipazione a tali conferenze è stata emanata ad oltre un anno dalla prima scossa del 24 agosto 2016.⁸⁹

Tra l'altro, attualmente, ai comuni e alle regioni sono stati affidati pochissimi compiti e funzioni, mentre nel caso del 1997 la ricostruzione era stata affidata, in primo luogo, proprio a questi soggetti e «quelle soluzioni funzionarono benissimo».⁹⁰

Oggi, la preferenza è stata accordata al principio di unitarietà a scapito di quello di continuità amministrativa che, in casi, come questi, nei quali la gestione commissariale non è 'sanzionatoria', perché non legata all'inerzia o alla mala gestione dell'amministrazione interessata, ma ad una calamità naturale, mostra diverse lacune. L'accentramento delle attività in capo al commissario è derogatoria non solo della disciplina ordinaria di una certa materia, ma anche delle competenze normalmente stabilite e crea, così, una disparità tra i diversi livelli di governo rispetto al sistema costituzionale; tutto ciò, si contraddice con i principi ispiratori della riforma della legge generale sul Servizio di Protezione civile che ha preferito, ad una impostazione prevalentemente gerarchica, un'organizzazione a rete, con una accresciuta rilevanza del ruolo non solo delle regioni (i cui presidenti possono richiedere che lo Stato deliberi lo stato di emergenza), ma anche dei comuni e dei sindaci, in linea con i più

⁸⁸ M. CONTI, *Misure organizzative e gestionali. Regione Marche*, in M. SEVERINO, G. DI PASQUALE, *Procedure per la ricostruzione post sisma: analisi e proposte*, cit., pp. 115-116.

⁸⁹ Ord. del Commissario straordinario di Governo n. 36 dell'8 settembre 2017.

⁹⁰ F. LORENZOTTI, *Lentezze e incertezze della ricostruzione dopo gli eventi sismici che hanno colpito le regioni Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria*, cit., p. 5.

generali principi costituzionali di sussidiarietà (qui in grado, più che in altre circostanze, di coniugare esigenze unitarie ed interessi locali) e leale collaborazione.

Da ultimo, i compiti oggi demandati ai presidenti delle regioni sono cinque (comma 5 dell'art. 2) e, per certi versi, appaiono addirittura riduttivi delle competenze 'ordinarie', quasi in segno di una sfiducia dell'organo centrale nei confronti dell'ente regionale.

8. *Un doppio paradosso*

Forse la funzione di emergenza dovrebbe diventare più un modello di completamente e meno un'amministrazione parallela, tendendo a curare interessi pubblici non ultronei rispetto a quelli che l'amministrazione tutela in via ordinaria.

L'impostazione commissariale, così come pensata nell'organizzazione dell'attuale emergenza, appare centralistica e gerarchica; il commissario risulta essere una sorta di organo di gestione che rischia di alterare le 'normali' competenze e di portare ad una 'emergenza resa sistema'⁹¹: come 'mente istituzionale', invece di farsi garante di un intervento efficiente, individua gli obiettivi da conseguire pianificando la gestione non tanto sulla determinazione del fabbisogno, quanto sulla disponibilità delle risorse, assumendo in proprio i poteri di ordinanza degli organi locali con capacità di delegarli di nuovo e manifestandosi come una 'gestione pilotata' di una propria funzione. A ciò si riflette la situazione della popolazione che versa in una sensazione di smarrimento e di impotenza, trovandosi spettatrice di una gestione burocratizzata e priva dei contenuti culturali e sociali e, perciò, troppo lontana e distaccata dagli effettivi bisogni delle popolazioni coinvolte.

⁹¹ L'espressione è tratta da C. GALLI, *Le forme della critica. Epoca, contingenza, emergenza*, in *Filosofia politica*, 3/2016, pp. 395-418, in particolare p. 416; nel paragrafo su *La teoria critica, nell'emergenza* l'A. utilizza tale espressione spiegando come deve approcciarsi la critica in situazioni, appunto, di emergenza (pp. 414-418). Interessante sono, altresì, la ricostruzione di A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza: contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, in particolare, pp. 186-187 e i contributi di S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, 3-4 giugno 2005, Torino, 2006 e, in senso più generale, A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita*, Macerata, 2006. Sulla "permanenza dell'emergenza" si veda anche L. TORCHIA, (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, cit.

Questa attrazione di competenze in capo allo Stato⁹² appare, allora, sproporzionata sia rispetto alle finalità che devono essere raggiunte, sia alla logica operativa dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. Tra l'altro, le azioni sono decise da soggetti diversi rispetto a quelli che subiranno i relativi effetti.

Tutto ciò lascia perplessi: in emergenze come queste non è detto che la costituzione di una vera e propria struttura quasi ministeriale, espressione del principio di unitarietà, sia la scelta più efficiente. Da un lato, infatti, essa sembra mostrare una discontinuità con l'azione amministrativa ordinaria (alla quale dovrebbe sostituirsi qualora quest'ultima non fosse in grado di assicurare l'utilità dell'azione necessaria) che va a rallentare gli interventi; dall'altra, non è detto che la celerità che si vorrebbe perseguire con un unico commissario sia sempre la soluzione migliore, dato che spesso comporta il rischio di compromissioni di questioni complesse, oltre all'allontanamento dell'organo decisionale dai destinatari delle decisioni stesse. Tale circostanza compromette, come sta accadendo, anche il rapporto di fiducia e di collaborazione non solo tra i cittadini che subiscono l'emergenza e le amministrazioni che la stanno fronteggiando, ma anche quello tra queste ultime e la struttura commissariale, avendo tale attività effetti diretti – anche di lungo periodo – sulle comunità locali.

Oltre alla disomogeneità dei risultati⁹³, allora, da tutto questo si può supporre un doppio paradosso: da un lato, la soluzione creata per rendere più rapidi gli interventi, con la pluralità di soggetti creati e una sovrapposizione di competenze, in realtà, li rallenta, provocando lentezze, incertezze e una permanenza dell'emergenza che, in punto agli strumenti normativi utilizzati, rischia anche di compromettere la democraticità del sistema; dall'altro, in circostanze di calamità naturali, l'intervento straordinario non è svolto, in primo luogo, da chi è più vicino al territorio, seppure, per la buona riuscita dell'intervento, la conoscenza diretta dei luoghi e delle loro esigenze sia fondamentale, mentre nelle ipotesi di calamità

⁹² Anche la Corte costituzionale ha sostenuto che l'adozione di misure straordinarie non è irragionevole davanti all'imminenza e alla gravità del pericolo per l'integrità di beni fondamentali dell'uomo, purché l'intervento dello Stato sia ben definito nei tempi e nelle modalità di esercizio, senza che si traduca in un sacrificio illimitato e irreversibile delle competenze regionali e locali (Corte cost. 14 luglio 2006, n. 284, in www.giurcost.it).

⁹³ Perché talvolta il commissariamento funziona e talvolta no?

causate da una cattiva gestione⁹⁴ si verifica spesso una coincidenza tra commissario e soggetto che ha causato l'emergenza stessa.

Abstract

The strong earthquake of the center of Italy also lead to institutional consequences. New procedures have been put in place and specific taskforces have been created to manage the emergency. Whithin this framework, the extraordinary government Commissioner, a position that was created to control and facilitate main tasks for the reconstruction. This type of organization has not been proven successful since it did not even partly fulfil the needs and challenges faced by the people.

Camerino, novembre 2017.

⁹⁴ Si pensi al commissario *ad acta* in tema di piani di rientro in sanità.

TIZIANA CROCE*

*From Bitcoin to the Internet of Things: the role of the Blockchain***

Summary: Introduction. 1. Digital currency categorization – 1.1 Technology – 2. Looking for a definition – 2.1 *Quid Juris?* – 3. Outlook – 4. The Internet of Things – 5. The Blockchain – 6. Blockchain and personal data protection

Introduction

The last few decades have been marked by a groundbreaking digitalization process, that is, the information conversion from its original form into that expressed in binary numbers. Computer-processed information is subsequently converted into analog format, so that it can be used. Recently, information is created directly in digital format. Nowadays, everything concerning information generation and transmission deals with the use of computers.

Currency, which is an information carrier *par excellence*, has followed this trend more slowly and even today it is still in the early stage of the digitalization process. Every day a huge amount of analog currency is handled by IT platforms and the use of so-called digital currency is increasingly widespread, but the next step, which is the direct generation of digital currency, has not been accomplished yet.

In 2009, digital currency took shape for the first time and in the same year a protocol governing the generation and transfer of Bitcoin¹ was implemented by an unknown programmer or group of programmers.

* *Professore Aggregato di Informatica giuridica presso l'Università degli Studi di Camerino.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹I. W. SCHIAROLI, *Dark Web e Bitcoin*, Laterza 2012, p. 16 and subsequent “In 1998 the concept of cryptocurrency was first debated in the mailing list of cypherpunks, who are an influential group of cryptographers

Bitcoin is based on the Blockchain digital structure, which essentially includes a distributed database, a kind of ledger using peer-to-peer technology, namely a list of events where all the operations performed are recorded and controlled by users in order to prevent changes to the contents of the shared register without the consent of Blockchain users.

The Blockchain can definitely be applied in the field of personal data protection, since there are many people and companies that must preserve and ensure information integrity. From this point of view, using a storage system with Blockchain technology would even be more effective than a traditional management model.

The Internet of Things is one of the new frontiers in the use of the Internet: things, objects and tools now acquire intelligence, namely the ability to collect and communicate information. More specifically, the terms “thing” and “object” refer to categories such as devices, equipment, systems, materials and tangible items, works and goods, machinery and tools.

The sudden development of the Internet of Things’ technology and the resulting speed and amount of data collected by sensors installed in various smart objects enable information to be turned into data or, more specifically, into big data through datafication and big data analytics, threatening security and privacy. Why not use the Blockchain technology even in this field?

inside the digital world, known for waging battles that gave us the possibility to use technologies often considered unpopular by power systems, such as Skype. Among these are the inventor of Bit Torrent, Bram Cohen, the inventor of the peer-to-peer, Julian Assange of WikiLeaks and Satoshi Nakamoto, the future creator of Bitcoin and an expert of cryptocurrency and e-money. However, the first who talked about cryptocurrency was not Nakamoto but Wei Lai, who proposed a sort of digital currency called *b-money*, aimed at encouraging e-commerce. Some features of this currency, such as non-traceability and autonomy from central oversight, are deemed to be essential elements in conceiving the idea of Bitcoin, which is actually one of the first forms of crypto-currency. Satoshi Nakamoto started debating about the project in 2007 and two years later he finally accomplished the mission, officially becoming the founding father of a new digital currency, Bitcoin, together with the software project of the same name developed for its use. We do not know much about him; it is common belief that Satoshi Nakamoto could be a pseudonym, an identity specifically created to hide the real Bitcoin creator or group of creators. Nevertheless, in 2009 Bitcoin appeared for the first time. Building upon the notion that money is any object, or any sort of data accepted as payment for goods and services in a given country or socio-economic context, Bitcoin was designed around the idea of using cryptography to control the creation and transfer of money, rather than relying on central authorities. As a result, in no way can central authorities manipulate Bitcoin value; on the contrary, since it is created through a peer-to-peer system, a distributed architecture, Bitcoin can exist and be used without central oversight [...].”

Consequently, it should be pointed out that current technological progress obsoletes what was still widely unknown yesterday. It may happen that some cutting-edge technologies based on other ones go largely unnoticed at first and then constitute a necessary prerequisite for the development of other services at a later time.

1. *Digital currency categorization*

There are distinct digital currency schemes categorized by the way they interact with real currencies and the economy: the so-called closed virtual currency scheme, mostly used within gaming platforms; the unidirectional virtual currency scheme, in which the real currency is converted into the virtual one, which can be used to purchase both virtual and real goods and services, but cannot be exchanged back into real money; lastly, the bi-directional virtual currency, which is comparable to any other real currency, for it can be bought with and sold back for legal tender. Bitcoin belongs to the last category.

1.1 *Technology*

The issuance and circulation of Bitcoin use a peer-to-peer technology similar to that of digital file sharing, through double-entry systems with digital keys both in anonymous and public form, so that any Bitcoin contains the entire set of transactions made. Transactions are verified by the so-called mining process, namely an extremely complex mathematical verification of the set of transactions, voluntarily performed by persons who receive a specific number of new Bitcoin units as a reward for every solution found. Within the Bitcoin system, this computing and verification activity is the only one authorized to generate new amounts of currency.

The Bitcoin growth rate is evaluated through algorithms able to determine the Bitcoin maximum number, currently equal to 21 million units, which may be created should their growth progress according to the geometric rate resulting from said complex computing operations. The maximum limit of Bitcoins in circulation is expected to be reached in 2040².

² Satoshi NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, in <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

Bitcoin circulation also involves other calculations made by network nodes which, by using the cryptographic protocol, verify and validate payments, thus ensuring the reality of the transactions made. From this perspective, the Bitcoin-based value represents the service offered, not the good exchanged. The generation of six confirmation blocks validates the transaction, which is verified by peers through the application of a *hash* function in order to receive an alphanumeric string called *digest*, which changes according to the variability of the file elements. Every operation is validated with a timestamp to verify whether the activities have been performed according to the established time sequence and to prevent the transferor from carrying out a new transaction using a unit he/she has already transferred³.

The Bitcoin system uses distributed database nodes and cryptography to face the so-called double-spending, generally considered as the most critical issue concerning digital currency. A central body commonly verifies whether the currency has already been spent. In this case, distributed systems are used to prevent double-spending. Bitcoins can be saved in a digital wallet in the user's PC or in specific storage servers. This system is highly reliable because the nodes cryptographically verify the transactions, making them irreversible.

2. *Looking for a definition*

Once the Bitcoin phenomenon has been described, the focus must be shifted onto a few legal issues with the purpose of explaining and evaluating, even with an interpretative effort, its economic and social impact.

Can Bitcoin be considered as a new legal tender? With regard to the concept of currency, reference to both statist and economic theory is needed.

The statist theory establishes that the State has power over currency, for it is the creator and guarantor and, as such, currency is able to discharge pecuniary obligations and cannot be declined as a payment method. Since Bitcoin has never been declared as a legal

³ I. W. SCHIAROLI, *Dark Web & Bitcoin*, op. cit, p. 20 and subsequent “The entire Bitcoin monetary system is run by a database located among nodes, which is able to record all transactions made within the network without being governed by an external or central authority. Network nodes track and control any transaction-related information and provide for safety verification, thus ensuring the bitcoin is spent by its current owner”.

tender by the State, it has no discharging effect, unless the creditor accepts this payment method.

According to the economic theory, currency has three main functions: it is a store of value, serves as a control unit and represents a medium of exchange.

Bitcoin cannot constitute a store of value because of its significant volatility, namely the highly variable purchasing power it has over time and the unpredictable nature of its convertibility into scriptural money. Bitcoin can undoubtedly promote circulation of wealth and trading, but its acceptance as a medium of exchange depends only on the parties' will. Since it has no legal status, Bitcoin cannot acquire the status of legal tender by default. The possibility that Bitcoin can represent an evaluation method is negligible, for its users calculate the equivalent value of goods and services relying on the official currencies as a result of the considerable exchange rate turbulence.

2.1 Quid Juris?

Can Bitcoin be considered as electronic money? Directive 2009/110/EC⁴ gives a definition by stating that “[...] electronic money means electronically, including magnetically, stored monetary value as represented by a claim on the issuer which is issued on receipt of funds for the purpose of making payment transactions as defined in point 5 of Article 4 of Directive 2007/64/EC⁵, and which is accepted by a natural or legal person other than the electronic money issuer [...]”. Bitcoin is certainly a “dematerialized” unit of account, electronically stored and accepted within e-commerce, but unlike electronic money, as defined in the aforementioned Directive, its equivalent value cannot be calculated on the basis of a monetary amount expressed in a previously assigned official currency. The unit of account is merely virtual, has no extrinsic value and is based on the fact that others accept it in exchange for goods and services. It is also to be noted that there is no authority responsible for the creation of a Bitcoin fund. Actually, as mentioned before, there is a

⁴ Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009, on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC, L. 267/7, 10/10/2009.

⁵ Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of The Council of 13 November 2007, on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, L. 319/1, 5/12/2007.

method to automatically generate new bitcoins: through the mining process, an activity strictly connected to the sources that so-called miners are able to deploy to solve specific mathematical issues. This results in the lack of a constant redeemability as per article 11 of the above Directive⁶. It is also worth noting that, as long as Bitcoin is not broadly used but represents a solution for a limited range of goods and services, it will never be considered as electronic money, since it does not comply with the requirements of said Directive. Anyway, Bitcoin can be considered as a payment method, although taking place within a voluntary and consensual environment and constantly adapting to social and economic changes⁷. The crypto-currency system cannot apparently fall under existing legal categories, for it can be conceived as a unit of value, a medium of exchange and a commodity at the same time⁸.

3. *Outlook*

The most significant improvements in the current Bitcoin usage scenarios and the future outlook are probably meant to be marked by the promising technology supporting the complex Bitcoin frame. Actually, most analysts agree in considering the distributed ledger technology, namely the Blockchain, as the key innovation enabling the payment system to

⁶ Art. 11 Dir. 2009/110/EC “Member States shall ensure that, upon request by the electronic money holder, electronic money issuers redeem, at any moment and at par value, the monetary value of the electronic money held”.

⁷ Directive 2007/64/EC “...any personalized device(s) and/or set of procedures agreed between the payment service user and the payment service provider and used by the payment service user in order to initiate a payment order”.

⁸ According to literature, some think that bitcoins belong to the category of atypical financial products. Even if they do not fall within the scope of jurisdiction of the Finance Consolidation Act for atypical financial products, they have the same features such as capital expenditure, financial performance expectancy and the risk-taking related to such expenditure. These characteristics would allow for the application of the public offer rules set forth by articles 94 and subsequent of the Finance Consolidation Act, submitting issuers to the inspectorial, restrictive and disciplinary powers of CONSOB and the Market Competition Authority, which has recently taken restrictive and disciplinary measures against a bitcoin issuer by classifying such activity as bad commercial practice according to the Consumer Code. In 2012 Virtual Currencies Schemes paper, the European Central Bank pointed out some potential risks for virtual currencies, such as price, financial and payment systems' stability, lack of regulation and reputational risk for central banks. In 2014, the ECB issued another paper on virtual currencies in order to promote a regulatory convergence on a European scale, providing a thorough explanation of the risks resulting from the use and detention of virtual currencies and proposing the long-term creation of an harmonized regulatory framework to assign virtual currency operations to authorized subjects and define capital requirements, market participants' governance and customer account segregation. As for the short term, it called for the urgent need to mitigate the risks resulting from the interaction between virtual currency schemes and regulated financial services, and invited national supervising authorities to discourage intermediaries from buying, holding or selling virtual currencies.

run completely decentralized and with no need of an intermediary⁹. The underlying concept of such distributed multi-agent system undoubtedly represents a smart solution made possible by an integrated approach able to take advantage of the contact points of modern cryptography and peer-to-peer computing. However, this new technology, which is mostly appreciated for its effectiveness against double-spending that affects all payment methods lacking support from financial institutions or centralized services, may lead to far-reaching changes in a wide range of fields by giving more valuable and lasting contributions within web-based solution applications.

The paradigms underlying the construction of the Bitcoin system¹⁰, properly overhauled and adjusted for the particular situation, may not only allow the issuance of unchangeable certifications even in relation to public events (digital truth), but also enhance the speed, efficiency and security of transferring any on-line digital asset: transferable securities, sport bets and confidential information requiring authenticity certification¹¹. In the light of a not-too-distant future, improved design and development of flexible, scalable, open-source¹² and fully auditable platforms for big data¹³ commodity storage should be promoted, as well as the implementation of encrypted messaging networks, less vulnerable than the current email services¹⁴.

Significant development shall be triggered in different fields such as smart contracts¹⁵ and smart property¹⁶, as well as decentralized autonomous organizations¹⁷ and machine-to-

⁹ SWAN, *Blockchain, Blueprint for a New Economy*, p. 10 and subsequent, Sebastopoli, CA, 2015.

¹⁰ It is the frequently mentioned distributed timestamp system, known as Blockchain, namely computing according to a proof-of-work scheme and public key cryptography.

¹¹ Worth mentioning are: the issuance of passports, driving licenses and diplomas, the constant updating of the criminal record, vehicle and land registers, as well as the procedures relating to the management of systems of identity and digital evaluation in a context of delegative democracy.

¹² Open-source is software whose source code is disclosed by its right holders in order to promote a free analysis and enable independent programmers to make changes and extensions.

¹³ The term “big data” is used to describe a data set so large, fast or complex that it requires advanced analytical methods to extract value.

¹⁴ E.g. the communication protocol called *Bitmessage*. Wikipedia: “Bitmessage is a decentralized, encrypted, peer-to-peer, trustless communication protocol that can be used by one person to send encrypted messages to another person or multiple subscribers. Bitmessage encrypts each user's message inbox using [public-key cryptography](#) and replicates it inside its P2P network, mixing it with inboxes of other users in order to conceal user identity, prevent eavesdropping and allow the network to operate in a decentralized manner. The Bitmessage communication protocol avoids sender-spoofing through authentication and hides [metadata](#) from wiretapping systems”.

¹⁵ G. SARTOR, *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 2003, p. 55 and following: “[...] they are math-based negotiable schemes involving a high-level

machine communication systems, since these are important components of a wider but increasingly less futuristic scenario featuring cutting-edge ICT interconnected platforms and cyber-physical systems¹⁸, whose contact point can be found in their common reference to the Internet of Things¹⁹.

The overall consideration of such interesting evolution probably leads to the conclusion that Bitcoin is meant to be the cornerstone of new complex peer-to-peer distribution systems basically oriented to offer a wide range of services such as asset management, industrial automation, smart power grids, smart cities and immotics.

Without necessarily assuming that the Bitcoin purpose to replace the official currencies is no more reliable and doomed to fail, the most likely scenario seems essentially related to the rise of one or more killer applications based on the decentralized ledger ecosystem, by means of which these remarkable innovation shall penetrate the market and overcome the existing technologies, paving the way to a new batch of secondary applications.

Looking at it as a solution seeking for a problem, that is the initial stage of a broader process of social, communicative, financial and technological experimentation where the current economic system is not replaced but reformed, Bitcoin would lose its destabilizing, liberal and iconoclastic aura – drawing its original inspiration from crypto-anarchism²⁰ –

of automation in the improvement, monitoring and enforcement process. To provide a definition system-wise could be difficult as well. According to literature, smart contracts can probably fall under the digital contract's category, more specifically under the cybernetic contract's one, where specific software agents are widely used¹⁷.

¹⁶ The term “smart property” means all the goods whose usage, access or transfer of title is governed by a “smart contract”. Primitive forms of smart property are represented by cars equipped with immobilizers and smartphones with an encoded PIN: objects which can be used without being necessarily bought, but just booked using cryptography (e.g. car sharing services).

¹⁷ They are true virtual organizations with no legal status able to replicate corporate functions.

¹⁸ They are artificial calculation and communication mechanisms constantly, directly and dynamically interacting with the physical systems in which they are integrated.

¹⁹ The Internet of Things refers to infrastructures in which many sensors are designed to record, process and store local data, or to interact with each other by using both medium frequency radio technologies and electronic communication networks.

²⁰ There is an almost hidden world which thrives on legal or illegal exchanges between individuals. This world is located within the World Wide Web and is defined as crypto-anarchism. To be a member of this world there is no need to be a geek, a professional hacker, and a hacktivist with political ideals, like Anonymous. The term crypto-anarchism was coined by the sci-fi writer known as Vernor Vinge to define that kind of anarchy existing and thriving on the Internet, which widely uses cryptography in relation to privacy matters or to prevent activists from being intercepted by governments. TOR is one of the most used encrypted networks ensuring complete online anonymity and the impossibility of tracking users. It is widely used in all those countries where a comprehensive monitoring of the network is established, like China, Iran and other

but it could nonetheless lead to solutions able to deeply change our societies and improve our lives.

4. *Internet of Things*

The constant development of technology increasingly affects the human activity, causing relevant effects in terms of autonomy and privacy. More specifically, the sudden rise of the Internet of Things²¹ (a neologism referring to the expansion of the Internet over the world of objects) brought with itself the need to worry about data protection within a new and constantly evolving scenario²².

The internet of things is aimed at making the digital world able to trace a map of the real one, thus giving a digital identity to things and places belonging to the physical environment. Therefore, it represents a possible evolution of the network use. Objects can be recognized and acquire intelligence thanks to their ability to communicate data concerning themselves and to access aggregate information relating to other persons: there are alarm clocks ringing in advance in case of traffic congestion, running trainers transmitting time, speed and distance in order to compete in real time with people on the other side of the globe, pill bottles alerting family members if they forget to take their medicine. All the objects, by means of the network connection, acquire an active role in leading to significant changes, especially by improving efficiency in everyday life. However, the complex nature of the IoT (Internet of Things) ecosystem not only depends on the enormous amount of

Middle East countries, since it enables many dissident groups to communicate with the outside world and to share files which may possibly threaten the relevant regimes. All these services are not only used by “wannabe terrorists” or kids who want to buy low-cost magic mushrooms. These services also meet the fundamental need for privacy the Internet can no longer guarantee since any message, byte and call are constantly monitored seeking for potential risks for governments; for example, businessmen, industrial secrets or political oppositions persecuted in some countries.

²¹ In 1999 the neologism “Internet of Things” was introduced by Kevin Ashton, a British researcher at the Massachusetts Institute of Technology, who was the pioneer of the theory of a world of sensors distributed everywhere and directly connected to the Internet. Among his many projects, worth mentioning is the Central Nervous System of the Earth, subsequently improved at Hewlett Packard labs in 2009 with the purpose of using smart sensors able to detect any environmental change, from pressure to temperature, through marine and atmospheric currents.

²² Antonello SORO, President of the Data Protection Authority, in presenting the 2015 annual report, declared that: “*From the most advanced forms of communication available on the Internet, we moved to the collaborative consumption of the so-called sharing economy, to the Internet of Things, to connected spaces where even objects can autonomously communicate with each other. The matter of data protection is intertwined with new realities which, like home automation or wearable technology, have widely increased the ability of collecting, storing and using information.*”

data collected from different automatically communicating devices, but also on the possibility that said data can be shared by different persons such as device manufacturers, software developers, cloud providers, analysts and any individual other than the parties concerned. This is most likely to result in the users' lack of awareness in relation to their personal data processing, the person(s) in charge of the treatment and the purposes thereof²³. Consequently, the IoT's impact on consumers' privacy against the backdrop of a social-oriented environment is not to be underestimated²⁴.

A further evolution of the Internet of Things is the Internet of Everything, which implies connecting devices not only to other devices but also to people, data and processes by means of an intelligent net which is able to listen, learn and give information²⁵. Thus, the IoE can be seen as an implementation of the Internet of Things whenever the network is used for communication and data exchange by electronic devices only. The IoE is about interconnecting devices: smartphones, tablets, smartwatches, fitness trackers and common wearable devices, smart TVs, household appliances and more, people, processes and data. At the heart of it all, we have an intelligent network which is able to listen, learn and give

²³ Being connected to the network and integrated in the objects, sensors allow data transfer supported by the object's main characteristics. The object receives inputs which, from the outside world, communicate the acquired data to a server which, after having performed their processing, generates commands to be sent to the smart object so that it can give an output. Data individually collected are almost negligible but, if analyzed in large volumes, they can give an outline of models and trends which, together with other information sources, produce knowledge.

²⁴In this regard, this year's edition of the Privacy Sweep 2016 international survey was devoted to the protection of privacy in the Internet of Things, with special emphasis given to differences and peculiarities of the single national laws at both a domestic and an international level. The initiative, coordinated by the Global Privacy Enforcement Network (GPEN), the international network born to strengthen cooperation among privacy authorities of several countries, took into account a wide range of devices: from smart meters to web-adjustable thermostats, from smart cars to blood pressure and heart rate-measuring smartwatches, from remote-controlled elevators to refrigerators warning users about food expiry date. The Italian privacy authority took part in the survey together with the corresponding bodies of 28 other countries, focusing its actions on home automation in order to assess the transparency level in the use of customer-related personal information and to ensure the compliance with personal data protection provisions by the relevant companies, including corporations.

²⁵ <http://www.theconomy.it> Dave EVANS, Cisco Chief Futurist: *"Internet of Things is just one of the four dimensions – people, process, data and things – we talk about in the Internet of Everything"*. In other words, interconnected things are just one side of a multifaceted revolution where the four main players are not islands in the sea, but they grow and reach their full potential due to their very interconnection. Cameras and parking sensors, for example, should be able to count the number of cars and persons going into stores; these data, matched with sensors placed on shopping trolleys and retail store traffic pattern analysis, shall enable "the system to forecast downtimes or lower inflow hours in order to automatically adjust the staff number according to peak hours. This could bring several benefits: customers will be happy to avoid long queues and retail stores will maximize staff productivity by selecting the right number of cashiers".

an answer in order to make the most different fields safer, easier and more reliable by offering new services and features.

Likewise, home automation (or domotics) – an interdisciplinary science based on studying new technologies to improve the quality of life in domestic and, more generally, human environments – plays a lead role in making appliances, devices and systems (and the home itself) more intelligent by offering nearly unlimited possibilities of data acquisition: from centralized, remote control of household appliances and device-based home access monitoring system to internal and external video surveillance.

Thus, there are a lot of implications closely related to personal data processing, all the more because we are talking about everyday aspects of living in our own house: a refrigerator connected to a network managing its content and performance can tell something at least about the eating habits of its owner but, even without connecting the appliance directly to the network and simply relying on energy consumption management, we can obtain eating-related information. That is, a bundle of personal data which has been processed for the simple fact of having been collected.

5. *The Blockchain*

The Bitcoin-generating mining activity must be validated by a proof of work²⁶. As an output, the operation generates a Bitcoin block which is assigned to the first computer that solved the problem and is added to the logic chain – called blockchain – together with all related transactions²⁷.

The blockchain is basically a database with special features: every record consists of a node containing information and the single nodes are linked with each other so as not to be modified, and consequently jeopardize the whole chain. When this chain is replicated on several systems we have a distributed database. Since the blockchain is linked to the record of the single transactions of each node within the scope of Bitcoin or crypto-currency, it

²⁶ In the system proposed by Satoshi Nakamoto, the timestamp server is not centralized but distributed on a peer-to-peer network. The implementation of a timestamp server on a p2p network implies a proof-of-work system – that is, a system which ensures that every block (containing a group of transactions and a timestamp) belonging to the chain has been created by performing a given work and therefore it would not be convenient to change it, because changing one element would mean taking on another task and changing any subsequent element accordingly.

²⁷ R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della Moneta virtuale*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 2017, p. 38.

can be also seen as a ledger: as a matter of fact, the blockchain represents the technical infrastructure of Bitcoin and crypto-currency.

Despite its concise description (see footnote for a thorough explanation of this technology), the applications already developed and the ones yet to be engineered allow us to qualify the blockchain²⁸ as a service due to its capability of supplying a very wide range of

²⁸ With its versatility and groundbreaking potential, the Blockchain is experiencing a quick and relentless development. It has been analyzed by a recent study promoted by the European Commission (*Blockchain applications & services. Case study 68, Business Innovation Observatory*, April 2016) and constantly monitored by the European Banking Authority in *EBA Consumer Trends. Report 2016*, 21 June 2016, <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1360107/Consumer+Trends+Report+2016.pdf>. Not surprisingly, therefore, models and variants of this digital tool are being experimented with in order to tailor it to the wide range of purposes for which it has shown great suitability. In fact, Blockchain 2.0 is already being discussed: as eloquently pointed out, “not only is the Blockchain industry an area of prodigious activity as of the fall of 2014”, but also “*Blockchain 2.0 space is in development*”, adding that “there are many different categories, distinctions and understandings of it, and standard classifications and definitions are still emerging”. However, we shall hereinafter refer to the most basic and, in a certain way, proven technology which is the root of the bitcoin; in this sense, the Blockchain could be initially compared to a generally open source, new generation peer-to-peer network gradually expanding by adding new users. It is also defined as a distributed ledger technology, that is, a publicly shared registry owned by its very users – who all have a similar role – which is able to safely record and file all the transactions taking place inside of it and to prevent them from being subsequently modified. It should be duly noted that all of this occurs in a self-sufficient and autonomous way, with no need for centralized authorities and/or third parties to monitor and control access to this tool and the proper execution of the transactions recorded on it. On the basis of these assumptions, the Blockchain functioning could be briefly described by analyzing the very technical solutions that it deploys to solve the core issues arising from its self-sufficient, decentralized and public framework (which are basically limited): the unique – even though generally anonymous – identification of the subjects performing transactions; the suppression of the risk that users may unduly perform multiple operations having the same digital object (transferring the same amount of BTC twice, for instance); finally, transaction safety in the absence of Third Trusted Parties supervising the process itself. As can be inferred from its literal meaning and not unlike P2P networks, the Blockchain is based on a peer-to-peer architecture shaped as a chain of blocks or nodes. Each user stores devices a digital copy of the whole ledger on his/her own hardware. The first chain block is called *Genesis Block*: each block could be compared to a sort of digital ledger where all the data capable of being translated into digital codes can be recorded, whether they are crypto currency transactions – as in the case of bitcoins – or contractual terms – as in the case of smart contracts. It can be therefore deduced that the Blockchain implies two different kinds of recordings: the first one is for single transactions containing the real digital data, while the second one is about creating a single block where transactions are gradually filed. With the first type of recording – also known as proof of stake – the technology concerned solves all the problems related to the unique (even though anonymous) identification of the users by providing each of them with a digital signature represented by an alphanumeric code to be used as a marking in every single operation. As long as bitcoins are concerned, in order to be the sole legitimate party to access his/her own portfolio, the user generates an asymmetric cryptography-based digital signature and, during money transfers, he/she creates a message containing the amount to be transferred by entering the public key of the recipient’s digital signature. Moreover, the message is undersigned by the sender with his/her own private key, in order to assure the provenance of the message, the amount of money to be transferred and, ultimately, the recipient identity. But this is not enough yet. The final improvement provides that transactions are submitted to the second type of recording which, by adding a proper timestamp, occurs after the creation of new chain blocks. These new blocks are then duplicated in the database of every other network node and even on the personal computer of each Blockchain user, thus becoming irreversible and unchangeable. In this way there is no risk for users to perform a transaction with the same digital content more than once. More specifically, each new block is added

services.

This represents a central point, since the development of Blockchain-based applications for the supply of services is currently one of the most important fields of Industry 4.0 and therefore one of the most relevant business sectors. This is the dawn of a new business paradigm – the fourth industrial revolution called Industry 4.0 –, where every productive step is managed and influenced by the information collected, from design to after-sale, by diverse enabling digital technologies intertwining productive systems, product and consumers²⁹.

by means of a mathematical procedure converting an amount of data in a lean digital string: it is the so-called hash, which becomes the digital identification seal of each block. This is the reason why any block other than the first one is positioned in a strict, not only linear but also chronological order; although fully independent, each block is linked to the previous one and assimilates its digital mark, so as to consolidate the whole chain at every node. New blocks are generated at the end of a complex operation having as an object the solution of sophisticated algorithms – the so-called proofs of work – which implies considerable computing resources and subsequent costs in terms of both hardware and electric consumptions, and usually rewarded with an economic advantage (in the case of bitcoins, for instance, the generation of a new block is rewarded with the allocation of some BTC). Moreover, the proof-of-work difficulty – currently limited to an average time of approximately ten minutes – is automatically increased by the Blockchain according to the number of miners and the computing power of each of them, in order to prevent single users from attempting sabotages, tampering or rising to power. In order to be added to the chain in a linear and chronological order and simultaneously be accepted by the other nodes, each new block shall keep an endogenous track of successfully passing both a proof of stake and a proof of work. Consequently, should a block be transformed or, more reasonably, should someone try to change it, that very block would be deemed invalid together with all the blocks thereafter and thus this newborn chain of irregular nodes would be suppressed. This happens because the Blockchain integrity is constantly verified at every proof of work, so that it is very unlikely that a sabotaged or flawed chain branch could last on some node for more than it takes to generate the next block (that is, for more than an average time of ten minutes). Furthermore, a copy of the whole Blockchain is always kept within every network node besides being stored on the personal computer or other device of each Blockchain participant; in this way, should a great number of blocks be destroyed, the Blockchain would survive anyway. Therefore, even the last one of the listed criticalities has been solved and everyone can easily understand the characteristics that are usually associated with the Blockchain: inherent reliability, constant transparency, unchangeability and almost utter resilience. Clearly, this technology makes unnecessary the presence of bodies, parties or authorities keeping the ledger and monitoring the activity on the network and data, which are secured in a fully endogenous way.

²⁹ The term *Industry 4.0* shows a tendency of industrial automation at integrating new production technologies to improve working conditions and increase systems' productivity and quality. Industry 4.0 relies on the concept of smart factory, which lies in three basic assumptions: smart production, that is new production technologies able to interface all the elements of the production cycle such as operator, machines and instruments; smart services, that is all the IT and technical infrastructures allowing for system integration and the whole range of structures allowing for the proactive integration of companies (supplier – customer), mutually and with external structures (streets, hubs, waste disposal management, etc.); smart energy, that is keeping a closer eye on energetic consumptions by creating even more performing systems and by cutting down energy waste according to the dictates of sustainable energy. The keystones of Industry 4.0 are cyber-physical systems (CPS), namely physical systems strictly connected with IT systems able to interface and cooperate with other CPS systems. This is the basic assumption of system decentralization and cooperation, which is strictly related with the notion of Industry 4.0.

The development of Blockchain-based applications may involve the deployment of artificial intelligence with a new set of huge possibilities for companies and final users alike.

It is now possible to develop applications for smart contracts, which are not real contracts but operations performed automatically when certain conditions are met: within the scope of a contract for electric power and gas supply, for instance, as soon as consumptions are read, payment is made. Smart contracts are still currently linked to the idea of financial transactions, but undoubtedly other applications expanding their scope of use could be developed in the future. One crucial point is transaction security, which could prevent any tampering with the operations.

Even identity profiling can be tackled through the Blockchain. Identifying a person can often be a difficult task, especially when it comes to virtual identities³⁰. As a matter of fact, the Blockchain allows developing applications in order to make the identification of a person easier and to access such information safely. These are technological solutions that allow legitimate and previously authorized parties to ascertain someone's identity: in more practical terms, some companies need to clearly identify the individual in order to provide credit or services. Blockchain-based applications have already been developed, such as immigrants' identity management. Besides representing a legal obligation governed by the law and being an added value to the information managed by public administrations, digital record keeping can undoubtedly be implemented by means of the Blockchain technology along with the digitalization of the whole public administration system. We can easily figure out the fields of use, such as in telematics: as of now, telematics is based on different platforms depending on the jurisdiction (civil, administrative or fiscal) in order to simplify some aspects and to give more safety guarantees as for the information collected.

Blockchain applications are not independent of each other: on the contrary, they can be interlaced together (to interface identity management with payment system management, for instance), and this assumption actually came true in some sectors³¹. The inter-

³⁰ In Italy there is a Public System of Digital Identity (*Sistema Pubblico di Identità Digitale*, SPID), governed by Legislative Decree 82/2005 – Digital Administration Code, OJ 16/5/2005.

³¹ *The province of Sulcis Iglesiente* “We developed the idea of certifying energy meter reading with Blockchain technology since we want our relationship with the customer to be based on absolute certainty of consumption with punctual and fair bills”. This is a statement from Abbanoa's General Manager Sandro Murtas, an-

twining of miscellaneous services is another central point of the Blockchain.

6. Blockchain and personal data protection

Blockchain is by all means a groundbreaker, but still there are critical issues when it comes to personal data processing. The privacy and protection of personal data are cornerstones envisaged by articles 7 and 8³² of the EU Charter of Fundamental Rights. In order to implement such principles, establish a digital single market and perform a legislative harmonization amongst the acceding countries, the European Union set forth Regulation 2016/679 (General Data Protection Regulation³³) which shall apply – despite being already effective – as of 25/05/2018 in each Member State.

Applicable regulatory provisions are set forth in the Personal Data Protection Code (Legislative Decree no. 296/2003) and the principles underlying these provisions refer to Directive 1995/46 EC; in those years, personal data processing was strictly related to database utilization and the automatic processing of personal information. In today's society, digital data processing is the backbone of every interpersonal relationship beyond the mere physical contact. Our society is not just based on a relentless exchange of data, but it keeps on producing more and more of them, to use them by means of new and constantly-evolving techniques, technologies and purposes³⁴.

This regulatory framework calls for some reflection when it comes to protecting the personal data of the individuals forming the Blockchain. Among the cornerstones of per-

nouncing the introduction of the FLOSS-Certification program, the first Blockchain-based certification system for reading energy meters.

³²Charter Of Fundamental Rights Of The European Union (2012/C 326/02), GUCE 26/12/2012,C 329/391, Article 7: *Respect for private and family life* Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications. Article 8: *Protection of personal data*. 1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her. 2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified. 3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.

³³ Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), GUCE 4/5/2016, L 119/1. This regulation marks a new season for European citizens' rights toward public administration and companies, since it represents an attempt towards harmonizing privacy rules on a European scale and it is aimed at developing the European digital single market by creating and promoting new services, applications, platforms and software. Among its cornerstones, the regulation provides for the accountability principle for all the parties involved in personal data processing.

³⁴ F. PIZZETTI, *Privacy e il Diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Turin 2016, p. 10 and subsequent.

sonal data processing we can find the information note to the interested party and his/her prior consent. In order for the processing to be lawful, the person concerned must be provided with all the information necessary for them to form an opinion about the purposes and methods of data processing.

The Blockchain as we know it is based on trust; we talk about web of trust in encryption modes, such as Gnu Privacy Guard. Actually, for a substantial implementation of the Blockchain on every level we cannot disregard the importance of data protection provisions and the ways to fulfill them.

Anyway, these topics have been tackled only security-wise by increasing more and more IT infrastructure's security measures, often by means of encryption algorithms. However, since the concept of security is different from personal data protection, approaching the issue in this way is not legally sound. Since we are dealing with a relatively new scenario, we cannot rely on ready-made solutions or recipes. We should always perform a case-by-case assessment in order to identify the proper modalities and find the right solutions for a suitable level of compliance with new regulations.

Implementing specific policies is of the essence, but they should envisage other solutions aimed at granting personal data protection. The person concerned should be given prior notification about the processing of his/her own personal data in order to freely express his/her own consent.

The development of Blockchain-based applications should take into account the principles set forth in article 25 of the GDPR³⁵ governing data protection by design and by default. Such principle calls for appropriate technical and organizational measures complying with the applicable legislative provisions by adopting internal policies which meet data

³⁵ Art. 25:1. Taking into account the state of the art, the cost of implementation and the nature, scope, context and purposes of processing, as well as the risks of varying likelihood and severity for rights and freedoms of natural persons posed by the processing, the controller shall, at the time of both determining the means for processing and processing itself, implement appropriate technical and organizational measures, such as pseudonymization, which are designed to implement data-protection principles, such as data minimization, in an effective manner and to integrate the necessary safeguards into the processing in order to meet the requirements of this Regulation and protect the rights of data subjects. 2. The controller shall implement appropriate technical and organizational measures for ensuring that, by default, only personal data which are necessary for each specific purpose of the processing are processed. That obligation applies to the amount of personal data collected, the extent of their processing, the period of their storage and their accessibility. In particular, such measures shall ensure that by default personal data are not made accessible without the individual's intervention to an indefinite number of natural persons.

protection cornerstones by design and by default.

In order to be used accordingly to the GDPR, the Blockchain technology should overcome two inherent issues: the data recorded in the Blockchain ledger, including users' and event owners' identification data, are disclosed and publicly available. This implies providing for the concerned person's consent, as per regulation. Data should be kept indefinitely to ensure the ledger authenticity: this case is governed by the data minimization principle, which implies, among the other things, a definition of data storage times.

There is no doubt about privacy by design being an advanced technique in the processing of personal data; similarly, the Blockchain-based technology will surely be able to manage the documentation requirements needed by data processing owners and controllers, because it allows managing all the operations performed on a given database in a knowledgeable and unchangeable way. Moreover, it will lead the implementation of the accountability principle as proposed by the WP29 at the European Commission by introducing *ex-ante* accountability mechanisms for data processing owners (that is, the need to adopt and implement suitable and effective safety measures)³⁶.

Risk should be assessed and safety measures should be enhanced on a permanent basis according to the latest technological advances or in case of proven inadequacy. General regulation is clear in defining the most suitable technical and organizational safety measures when facing risks of possible Data Protection Impact Assessment (that is, an impact evaluation considering privacy risks and the effectiveness of the actions taken to face them). An important screening is performed during the audit, at the end of which a general framework emerges; then other possible solutions are taken into account according to the applicable law. Security is an essential aspect, although it cannot replace the fulfillments required

³⁶ WP29, Opinion 3/2010, 17/07/2010 “[...] Data protection must move from ‘theory to practice’. Legal requirements must be translated into real data protection measures. To encourage data protection in practice, the EU data protection legal framework needs additional mechanisms. In the discussions on the future of the European and global data protection framework, accountability based mechanisms have been suggested as a way of encouraging data controllers to implement practical tools for effective data protection. [...] In a nutshell, a statutory accountability principle would explicitly require data controllers to implement appropriate and effective measures to put into effect the principles and obligations of the Directive and demonstrate this on request. In practice this should translate into scalable programs aiming at implementing the existing data protection principles (sometimes referred to as ‘compliance programs’). As a complement to the principle, specific additional requirements aiming at putting into effect data protection safeguards or at ensuring their effectiveness could be set up. One example would be a provision requiring the performance of a privacy impact assessment for higher risk data processing operations [...]”.

by law when it comes to personal data protection.

Camerino, dicembre 2017.

MARIA PIA GASPERINI*

*Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di
giustizia civile***

Sommario: 1. Premessa. - 2. Arbitrato comune e arbitrati di settore. - 3. La mediazione civile e commerciale. - 4. La negoziazione assistita. - 5. Le ADR in materia di consumo in Italia. - 6. La Direttiva 2013/11/UE: i principi in materia di accesso, efficacia ed equità delle procedure ADR. - 7. Il recepimento della Direttiva ADR nell'ordinamento italiano (d.lgs. 130/2015) e il rapporto con la mediazione civile e commerciale: profili problematici. - 8. L'intervento della Corte di Giustizia.

1. *Premessa*

Il tema dell'*Alternative Disputes Resolution* ha assunto negli anni più recenti un rilievo di primo piano nelle politiche dell'Unione Europea la quale, al fine di garantire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, anche in vista del buon funzionamento del mercato interno, promuove lo sviluppo dei mezzi alternativi di risoluzione delle liti tra le azioni volte a rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia civile¹. Vi è, alla base di queste politiche, l'acquisita consapevolezza che il processo giurisdizionale non è l'unico strumento a disposizione delle parti per ottenere giustizia e che, se da un lato la creazione di uno "spazio giudiziario europeo" non può prescindere dall'adozione di misure comuni tese a migliorare l'efficienza delle procedure *stricto sensu* giudiziarie, al contempo è doveroso incentivare l'utilizzo di percorsi diversi che possano condurre alla definizione o composizione delle controversie in tempi più rapidi e con costi limitati. Centrale, in questa

* Professore associato di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *double blind peer-review*.

¹ Art. 81, par. 2, lett. g), TFUE.

prospettiva, è altresì l'obiettivo di garantire un miglior accesso alla giustizia, da intendersi come giustizia in senso ampio e, dunque, anche come accesso ai metodi alternativi, visti come complementari e su un piano di pari dignità rispetto alle procedure giudiziarie².

Il tema è indubbiamente cruciale per quei paesi nei quali la durata del processo civile dinanzi al giudice statale ha progressivamente assunto dimensioni patologiche tali da risolversi in un sostanziale diniego di giustizia. E' questo, come noto, il caso dell'Italia, dove la maggior parte delle normative in materia di ADR varate negli ultimi anni si sono affiancate a ripetuti interventi a carattere emergenziale sul processo civile, fino ad assurgere esse stesse al rango di interventi "urgenti"³.

L'assetto normativo delle ADR in Italia si è venuto dunque caratterizzando (non diversamente, almeno per questo aspetto, da altri paesi) come sistema estremamente variegato quanto a strumenti disponibili. Come si vedrà, in esso coesistono ADR a carattere generale e ADR di settore, nonché procedure volontarie, rispondenti a mere finalità di definizione o composizione bonaria della lite con risparmio di tempi e costi, e procedure obbligatorie, strutturate come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria e, pertanto, più evidentemente connotate da una *ratio* deflattiva.

In questo contesto, nel marzo 2016 il Ministro della Giustizia italiano ha istituito una commissione di studio composta da accademici e rappresentanti delle varie categorie professionali interessate (magistrati, avvocati, nota), con il compito di elaborare un'ipotesi di riforma organica degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie che sviluppi gli strumenti di cd. "degiurisdizionalizzazione", con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato⁴. L'occasione per una nuova iniziativa

² Emblematico, in tal senso, il Considerando 5 della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla mediazione civile e commerciale, per il quale "L'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie".

³ Si veda, in proposito, il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (successivamente convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162), recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", che ha introdotto una particolare modalità di trasferimento in arbitrato di cause pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 1), nonché l'inedito (almeno per il sistema italiano) istituto della procedura di negoziazione assistita dagli avvocati (art. 2 ss.).

⁴ Nel comunicato stampa diramato dal Ministero in data 8 marzo 2016 (consultabile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_13_1_1.page?contentId=COM1220218&previousPage=mg_13_1) si esplicita l'obiettivo della riforma, che è quello di armonizzare e razionalizzare un quadro normativo caratterizzato dalla presenza di forme eterogenee di strumenti negoziali.

di riforma era data dall'approssimarsi del termine di cessazione dell'efficacia delle disposizioni sull'obbligatorietà *ex lege* della mediazione (settembre 2017) per talune controversie in materia civile e commerciale, che imponeva una scelta strategica circa l'opportunità di confermare o prorogare il regime normativo che configura il previo tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle materie di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010⁵. Detta commissione, che ha concluso i lavori nel mese di gennaio 2017, ha presentato una serie di proposte di modifica della vigente normativa in materia, tutt'ora all'esame del Ministro della Giustizia⁶. Nel frattempo, per effetto di una modifica apportata in sede di conversione al d.l. 24 aprile 2017, n. 50 (cd. manovra correttiva 2017, convertita in l. 21 giugno 2017, n. 96), l'obbligatorietà della mediazione è stata, come si è detto, "stabilizzata", ovvero definitivamente confermata con riferimento a tutte le categorie di controversie elencate dall'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010⁷.

2. Arbitrato comune e arbitrati di settore

L'arbitrato occupa una posizione a se stante nel sistema dell'*Alternative Disputes Resolution*, trattandosi di uno strumento in cui la soluzione alternativa della controversia è *eteronoma*, ovvero individuata da soggetti estranei alla lite all'uopo investiti per mandato delle parti, le quali si impegnano ad accettare come vincolante detta soluzione⁸.

Il sistema italiano si contraddistingue per la distinzione, peculiare quanto risalente, tra le due figure dell'arbitrato cd. rituale e dell'arbitrato cd. libero o irrituale, il primo destinato a concludersi con una decisione suscettibile di acquisire la medesima efficacia della sentenza

⁵ Questa disposizione, reintrodotta dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 (di conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69) aveva previsto, infatti, un periodo di quattro anni di sperimentazione dell'obbligatorietà della mediazione, decorrente dall'entrata in vigore della legge di conversione (20 settembre 2013).

⁶ La relazione conclusiva della Commissione di studio presieduta dal prof. Guido Alpa (contenente le proposte di modifica normativa e le relative note illustrative) è attualmente consultabile in numerosi siti web (v., ad es., <http://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/TESTO-FINALE-Commissione-ALPA-Aggiornato.pdf>).

⁷ In sede di conversione del menzionato decreto legge è stato infatti introdotto l'art. 11-*ter*, che ha soppresso il terzo e quarto periodo dell'art. 5, comma, 1-*bis* e, con essi, la previsione del limite temporale di efficacia dell'obbligatorietà.

⁸ La devoluzione della lite in arbitrato comporta una rinuncia alla giurisdizione statale, dal che consegue l'incostituzionalità degli arbitrati obbligatori (tra le tante, Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221, in *Giur. it.*, 2006, 1450; 24 luglio 1998, n. 325, in *Giur. cost.*, 1998, 2363; 11 dicembre 1997, n. 381, in *Corr. giur.*, 1998, 204; 27 febbraio 1996, n. 54, in *Giur. cost.*, 1996, 379; 9 maggio 1996, n. 152, *ivi*, 1996, 1452).

del giudice (inclusa la *vis executiva*); il secondo, destinato alla definizione con un atto dotato di efficacia vincolante per le parti di tipo negoziale. Mentre l'arbitrato rituale da sempre rinviene la propria disciplina generale nel codice di procedura civile (art. 2 ss. c.p.c. del 1865; artt. 806 ss. c.p.c. vigente), l'arbitrato libero si è sviluppato nella prassi dei rapporti commerciali sin dalla fine dell'800 proprio in contrapposizione al più formale arbitrato codicistico, ricevendo tuttavia considerazione normativa solo in tempi recenti, con l'introduzione dell'art. 808-*ter* c.p.c.⁹

Prettamente italiana è, peraltro, la discussione che per anni ha visto la dottrina divisa tra sostenitori della natura giurisdizionale e sostenitori della natura privatistica dell'arbitrato rituale. L'annoso dibattito, alimentato sia dalla presenza nella Carta fondamentale di una disposizione quale l'art. 102 Cost., a lungo ritenuta espressione del principio del monopolio statale della giurisdizione¹⁰, sia dalle oscillazioni della giurisprudenza di legittimità¹¹, si è progressivamente sopito, oltre che per la direzione impressa dalle più recenti riforme nel senso di una chiara assimilazione del processo arbitrale al processo giurisdizionale¹², anche per l'affermarsi di una nuova lettura dell'art. 102 Cost. che intende la giurisdizione non più come una funzione sovrana ed esclusiva dello Stato, bensì come un servizio che lo Stato ha il dovere di assicurare attraverso la magistratura, ma che può essere "erogato" anche da soggetti diversi cui le parti, nei limiti della disponibilità della propria sfera giuridica, decidano concordemente di rivolgersi per ottenere giustizia¹³.

⁹ Questa disposizione, introdotta con il d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40, qualifica espressamente come arbitrato irrituale lo strumento attraverso il quale le parti concordemente ottengono che la lite sia definita da arbitri mediante "determinazione contrattuale".

¹⁰ Con la famosa sentenza n. 2 del 12 febbraio 1963 (in *Giur. cost.*, 1963, p. 20 ss., con nota di P. BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione*) la Corte costituzionale affermò la legittimità delle norme allora vigenti sull'arbitrato rituale, in relazione all'art. 102 Cost., in ragione del fatto che, ai sensi di tali norme, il lodo acquisiva l'efficacia della sentenza pur sempre attraverso un provvedimento del giudice statale.

¹¹ Dopo anni in cui aveva saldamente professato la tesi della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, la Corte di cassazione, con la decisione a Sezioni Unite n. 527 del 3 agosto 2000 (in *Riv. dir. proc.*, 2001, 259 ss., con nota di E.F. RICCI, *La "natura" dell'arbitrato e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*), ha cominciato a sostenere la tesi della natura contrattuale, per poi tornare alla tesi giurisdizionale alla luce delle più recenti riforme.

¹² *Ex multis*, valga il riferimento al vigente art. 824-*bis* c.p.c., dove si afferma che il lodo rituale ha, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

¹³ Coronamento di questa evoluzione è la decisione di Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223 (in *Corr. giur.*, 2013, 1107 ss., con nota di C. CONSOLO) che ha ammesso la cd. *translatio iudicij* tra giudici ed arbitri osservando che "nell'ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici, l'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite".

In siffatto quadro caratterizzato dalla coesistenza dei due modelli generali di arbitrato rituale ed irrituale si inseriscono le varie normative speciali sugli arbitrati di settore (talora strutturati come arbitrati *ad hoc*, talora come arbitrati amministrati da organismi associativi o autorità di garanzia), riconducibili ora all'uno ora all'altro dei modelli generali a seconda che il legislatore, nella sua discrezionalità, abbia scelto di dotare o meno il lodo degli stessi effetti della decisione giudiziaria¹⁴.

E' certamente riconducibile al *genus* dell'arbitrato rituale l'arbitrato cd. societario previsto dagli artt. 34 ss. del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, finalizzato alla risoluzione delle controversie tra soci, tra soci e società, liti promosse da amministratori, liquidatori, sindaci o nei loro confronti e fondato su clausola compromissoria contenuta nello statuto sociale. Tale modello di arbitrato, caratterizzato da alcune regole speciali (è previsto, ad es., che la clausola compromissoria statutaria attribuisca il potere di nomina di tutti gli arbitri, a pena di nullità, a soggetto estraneo alla società), ha un ambito operativo che ricomprende sia le società di persone che le società di capitali, con esclusione delle società «quotate»¹⁵.

Per contro, è espressamente qualificato come arbitrato irrituale lo strumento previsto per la risoluzione delle controversie di lavoro dall'art. 412-*quater* c.p.c., che delinea una procedura dinanzi ad un collegio di conciliazione ed arbitrato composto da tre membri (un rappresentante di ciascuna delle parti ed un terzo membro, con funzioni di presidente, scelto di comune accordo) il quale ha il potere-dovere di esperire un tentativo di conciliazione tra le parti, nonché di procedere all'emanazione del lodo in caso di mancata conciliazione¹⁶.

Per quanto concerne gli arbitrati amministrati, era rituale l'arbitrato gestito sino a qualche tempo fa dalla Camera di conciliazione ed arbitrato istituita presso la CONSOB (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) ai sensi del d.lg. 8 ottobre 2007, n. 179, mediante il quale si è reso possibile risolvere in via stragiudiziale le controversie tra

¹⁴ Con riferimento agli arbitrati amministrati, un discorso a parte va fatto per gli arbitrati gestiti dalle Camere di commercio, che non sono arbitrati di settore e possono configurarsi come rituali o irrituali a seconda della volontà delle parti, laddove previsto dai vari regolamenti arbitrali.

¹⁵ In tema v., per tutti, E. DALMOTTO, *L'arbitrato nelle società*, Bologna, 2013.

¹⁶ Parimenti irrituale è l'arbitrato che può svolgersi presso le commissioni di conciliazione istituite presso le Direzioni Provinciali del Lavoro ai sensi dell'art. 412 c.p.c., il cui 3° comma riconosce al lodo gli effetti di cui agli artt. 1372 e 2113 c.c.

investitori ed intermediari finanziari per danni derivanti dalla violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza¹⁷.

Ancora, è rituale l'arbitrato previsto dall'art. 209 del d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 (cd. Codice degli Appalti) amministrato dalla Camera arbitrale istituita presso l'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), destinato alla risoluzione stragiudiziale delle controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee¹⁸.

Va precisato infine che, ad onta della denominazione, non può essere ascritto alla figura dell'arbitrato in senso stretto l'Arbitro Bancario Finanziario, ovvero il sistema di risoluzione alternativa delle controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà inerenti operazioni e servizi bancari e finanziari istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 (cd. Testo Unico Bancario) che fa capo ad un organismo indipendente ed imparziale il cui funzionamento è garantito dalla Banca d'Italia. Le decisioni dell'ABF, infatti, sono caratterizzate da una vincolatività del tutto peculiare (l'intermediario che non ottemperi alla decisione è sanzionato con la pubblicità dell'inadempimento), e non privano le parti della facoltà di adire il giudice laddove la decisione sia ritenuta da esse insoddisfacente¹⁹.

3. *La mediazione civile e commerciale*

Con il d.lg. 4 marzo 2010, n. 28, in attuazione della Direttiva 2008/52/CE, il legislatore italiano ha affidato alla cd. mediazione finalizzata alla conciliazione un ruolo centrale nel sistema degli strumenti per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, operando un deciso cambio di passo nel senso della valorizzazione dei rimedi alternativi

¹⁷ La Camera di conciliazione ed arbitrato è stata sostituita nel corso del 2016 dall'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF), nuovo sistema ADR istituito dalla stessa Consob con delibera del 4 maggio 2016 e strutturato sulla falsariga dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF).

¹⁸ Il regolamento del 14 gennaio 2015 sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera Arbitrale è consultabile in http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=261963780a7780424f820823082c5085.

¹⁹ Il funzionamento dell'Arbitro Bancario Finanziario è disciplinato dalle Disposizioni adottate dalla Banca d'Italia in data 18.6.2009 (in http://www.bancaditalia.it/compti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/disp_mod_ABF_131112.pdf).

alla giustizia statale²⁰. Ancorché il *favor* nei confronti degli istituti conciliativi avesse già condotto a scelte importanti in questa direzione²¹, la normativa sulla mediazione ha segnato una netta soluzione di continuità, costringendo studiosi e (soprattutto) operatori giudiziari a rapportarsi con la crisi della giustizia civile da un diverso punto di vista. Tale normativa, infatti, è espressione di un approccio nuovo sia sotto il profilo dell'organizzazione dell'attività di mediazione e dell'individuazione dei soggetti abilitati a svolgere detta attività, sia sotto il profilo dell'ambito operativo della mediazione stessa, che ha assunto i connotati di uno strumento generalmente utilizzabile per la risoluzione di tutte le controversie civili e commerciali aventi ad oggetto diritti disponibili²².

Sotto il profilo organizzativo, si è scelto di affidare la gestione della mediazione a organismi istituiti presso enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza, sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia, iscritti in apposito Registro. Nell'ambito di tali organismi operano i singoli mediatori, la cui professionalità e competenza sono garantite – quantomeno in linea teorica - da una formazione mirata di base oggetto di aggiornamento periodico²³.

La mediazione civile e commerciale si configura come servizio di interesse pubblico offerto da soggetti in possesso di una specifica professionalità basata non solo su competenze specialistiche giuridiche o di altri settori, ma anche su abilità relazionali, capacità di comunicazione e negoziazione. E' stato in tal modo conferito formale riconoscimento, anche in Italia, alla figura del “mediatore professionista”, quale soggetto

²⁰ Il d.lg. 28/2010 è stato emanato dal Governo sulla base della delega conferita dall'art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, recante “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”. In generale, sulla mediazione civile e commerciale v. da ultimo D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016.

²¹ Va ricordato che già nel settore delle controversie societarie gli artt. 38 ss. del d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5 (successivamente abrogati proprio dal d.lg. 28/2010) avevano delineato un modello di conciliazione stragiudiziale – facoltativa - fondato sull'operatività di organismi pubblici e privati iscritti in apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia. Qualche anno prima, inoltre, con riferimento alle controversie di lavoro, gli artt. 36 ss. del d.lg. 31 marzo 1998, n. 80 (successivamente abrogati dalla l. 4 novembre 2010, n. 183) avevano previsto l'obbligatorietà di un tentativo di conciliazione da esperirsi prima del processo dinanzi a commissioni istituite presso le direzioni provinciali del lavoro.

²² Il Considerando 8 della Direttiva 2008/52/CE precisa che essa sia destinata ad applicarsi alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, senza tuttavia che ciò comporti il divieto, per gli Stati membri, di applicare le relative disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni.

²³ Attualmente, a norma del D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, possono operare come mediatori coloro che siano in possesso di laurea almeno triennale, o iscritti ad albo o collegio professionale, i quali abbiano frequentato un corso di formazione teorico-pratica di almeno 50 ore. Una posizione peculiare, in questo contesto, è assicurata agli avvocati, i quali sono mediatori di diritto (art. 16, comma 4-*bis*, d.lg. 28/2010).

che assiste le parti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia (mediazione cd. facilitativa), privo del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti ma munito della facoltà di proporre alle parti stesse una possibile soluzione conciliativa (mediazione cd. aggiudicativa)²⁴.

Nel contesto italiano dove i costi relativamente accessibili del processo civile (almeno fino ad oggi) e l'elevato numero di avvocati hanno favorito una crescita progressiva della domanda di giustizia rivolta al giudice statale, considerato quale sede primaria e privilegiata per la tutela dei diritti, il legislatore ha inteso favorire un mutamento di prospettiva culturale prevedendo l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione per tutta una serie di controversie su materie espressamente elencate dalla legge (tra le quali rientrano, attualmente, anche le controversie riguardanti diritti derivanti da contratti bancari, finanziari e assicurativi). In tutti questi casi la proposizione del tentativo di mediazione è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, sicché il giudice non provvede alla trattazione e all'istruzione della causa qualora le parti non abbiano precedentemente tentato di raggiungere una soluzione concordata della lite con l'ausilio di un mediatore professionista operante presso un organismo accreditato²⁵.

L'innovazione è stata fortemente avversata dalla classe forense, la quale ha ottenuto un risultato importante, alla fine del 2012, quando la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime le norme sulla mediazione obbligatoria per un vizio tecnico dovuto all'assenza, nella legge ordinaria che aveva delegato il Governo ad emanare il d.lg. 28/2010, di una specifica disposizione che autorizzasse l'introduzione dell'obbligatorietà²⁶.

Il vizio tecnico è stato successivamente superato nel 2013, quando l'obbligatorietà della mediazione è stata reintrodotta con una legge ordinaria (la l. 9 agosto 2013, n. 98, di

²⁴ Nella mediazione italiana, l'esercizio da parte del mediatore della facoltà di formulare una proposta conciliativa (facoltà che non trova riscontro nella direttiva europea) può determinare una serie di possibili conseguenze pregiudizievoli, sotto il profilo del regolamento delle spese processuali successive, per la parte che rifiuta la proposta medesima (v., al riguardo, l'art. 13 del d.lg. 28/2010).

²⁵ Il meccanismo per la dichiarazione di improcedibilità delineato dall'art. 5, comma 1-bis, d.lg. 28/2010, contempla comunque una possibilità di sanatoria del vizio, poiché a seguito del rilievo dell'improcedibilità e prima della sua eventuale declaratoria è previsto che il giudice fissi alla parte attrice un termine per la presentazione dell'istanza di mediazione.

²⁶ Cfr. Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Corr. giur.*, 2013, 257 ss., con il commento di I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*; in *Le società*, 2013, 71 ss., con il commento di F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*.

conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69) che ha colto l'occasione per intervenire anche su altri aspetti critici dell'originaria normativa segnalati anche in sede europea²⁷. Tuttavia, con specifico riguardo al problema dei costi della mediazione, ed in specie di quella obbligatoria, sulla quale si erano maggiormente appuntate le censure della Commissione, l'intervento non è apparso particolarmente felice. Da un lato, infatti, è stata introdotta la previsione di un primo incontro gratuito dinanzi al mediatore, con funzione illustrativa, esplorativa e di programmazione (art. 8, comma 1), il cui esito negativo consente comunque di ritenere avverata la condizione di procedibilità (art. 5, comma 2-bis); per contro, si è previsto che nel primo incontro, così come negli incontri successivi, la parti debbano essere obbligatoriamente assistiti dai rispettivi avvocati (art. 8, comma 1). Una previsione, quest'ultima, poco coerente sia con le finalità di limitazione dei costi perseguite dalla novella, sia con l'informalità connaturata alla stessa mediazione.

4. La negoziazione assistita

Il panorama italiano degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie si è ulteriormente arricchito a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, successivamente convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162, che ha introdotto il nuovo istituto della "negoziazione assistita da uno o più avvocati" finalizzata, anch'essa, al raggiungimento di un accordo di composizione di liti civili aventi ad oggetto diritti disponibili²⁸.

Questo strumento, chiaramente ispirato al modello francese della *procédure participative* (a sua volta mutuato dalle esperienze di diritto collaborativo nordamericane)²⁹, attribuisce agli avvocati un ruolo centrale, responsabilizzandoli nel ruolo di facilitatori di un accordo tra i litiganti. A differenza che nella mediazione, dove l'assistenza alle parti finalizzata alla ricerca di una soluzione concordata della lite è, per definizione, assicurata da un soggetto

²⁷ Sul punto merita segnalare il parere espresso dalla Commissione Europea in data 2 aprile 2012 nella causa C-492/11 in sede di rinvio pregiudiziale disposto da Giud. Pace Mercato San Severino, 21 settembre 2011 (l'ordinanza di rimessione può leggersi in *Giur. it.*, 2012, 661).

²⁸ Per espressa previsione dell'art. 2, comma 2, lett. b), frutto di una precisazione aggiunta dalla legge di conversione del decreto, le controversie in materia di lavoro sono state escluse dall'ambito operativo della negoziazione assistita.

²⁹ In Francia la *procédure participative* è disciplinata dagli artt. 2062 ss. code civil, nonché dagli artt. 1542 ss. code procédures civil.

terzo ed imparziale (che pure ha bisogno della collaborazione degli avvocati), nel caso in esame sono gli avvocati ad assistere le parti in una negoziazione diretta, la quale nella maggior parte dei casi finisce per essere una negoziazione, più che assistita, *gestita* dagli stessi avvocati³⁰.

Come nel sistema francese, anche nel sistema italiano alla base della procedura vi è la convenzione di negoziazione, ovvero l'accordo (da concludersi per iscritto a pena di nullità) mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza degli avvocati³¹. A differenza dell'omologo francese, tuttavia, l'istituto italiano presenta caratteri di maggior formalismo che, se appaiono in qualche misura giustificabili alla luce della scelta normativa di conferire all'accordo concluso in questa sede *ipso iure* efficacia di titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 5, comma 1), talora appaiono conculcare eccessivamente la libertà delle parti di addivenire o non addivenire alla stipula della convenzione di negoziazione. E' previsto, in particolare (art. 4, comma 1), che una parte possa inviare all'altra un formale invito a stipulare la convenzione di negoziazione, con l'avvertimento che la mancata risposta all'invito o il suo rifiuto entro trenta giorni possono essere successivamente valutati dal giudice ai fini del regolamento delle spese di lite, oltre che in vista di altre conseguenze pregiudizievoli per la parte stessa³². In buona sostanza il legislatore italiano, così come penalizza la parte che senza giustificato motivo non si presenti neppure al primo incontro di mediazione, così minaccia di penalizzare la parte che rifiuti *a priori* di impegnarsi in una negoziazione finalizzata alla composizione bonaria della lite.

Inoltre, la normativa italiana è andata ben al di là della normativa transalpina laddove ha previsto una negoziazione assistita obbligatoria per le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, nonché per le liti aventi ad oggetto il pagamento di somme non eccedenti conquantamila euro, configurando il previo

³⁰ La legge italiana non esclude che la negoziazione possa essere assistita da un solo avvocato, anche se questi, in caso di fallimento della negoziazione, sarebbe tenuto – quantomeno sul piano deontologico – a non accettare da alcuna delle parti l'incarico per il patrocinio nel processo (v. l'art. 24, comma 3, del codice deontologico forense).

³¹ Come nel diritto francese, anche nel diritto italiano la convenzione di negoziazione deve precisare il termine concordato per l'espletamento della procedura e l'oggetto della controversia.

³² Vi è un espresso richiamo alle disposizioni di cui agli art. 96 e 642 c.p.c., ovvero alla possibilità che la mancata risposta all'invito o il suo rifiuto possano essere valutati ai fini, rispettivamente, della responsabilità per lite temeraria o della concessione di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo.

espletamento della negoziazione, anche in questo caso (come per la mediazione obbligatoria) quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 3)³³. E' in questi casi che l'invito alla stipula della convenzione di negoziazione riveste una precisa funzione di garanzia dell'accesso al giudice per la parte che intenda proporre la domanda, in quanto l'eventuale mancata risposta all'invito o il suo rifiuto entro il termine di legge determinano l'avveramento della condizione di procedibilità, e la detta parte può sottoporre la propria pretesa alla cognizione del giudice.

Non si può non dare conto del diffuso scetticismo nutrito da studiosi ed operatori circa la reale efficacia della negoziazione assistita obbligatoria (e sulla sua reale capacità deflattiva del contenzioso nelle controversie interessate), rafforzato dalla diffusione dei primi dati statistici non particolarmente lusinghieri³⁴. Il principale problema appare quello della carenza di adeguata preparazione ed approccio negoziale e cooperativo da parte degli avvocati, fattore che anche in Francia sta decretando il sostanziale fallimento dell'istituto. Risultati più incoraggianti la negoziazione assistita sembra evidenziare nella materia matrimoniale, nell'ambito della quale lo strumento può essere facoltativamente utilizzato per il raggiungimento di accordi di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni, anche da coppie con figli minori, incapaci, affetti da handicap grave o maggiorenni non economicamente autosufficienti³⁵.

³³ Va ricordato che le controversie risarcitorie da sinistri stradali sono state assoggettate per un breve periodo alla mediazione obbligatoria, ma la novella del 2013 non ha ritenuto di reiterare questa scelta escludendo questa materia dall'elenco del nuovo art. 5, comma 1-*bis*, d.lg 28/2010. Per quanto riguarda, invece, le controversie riguardanti pagamenti di somme fino a cinquantamila euro, l'obbligatorietà della negoziazione assistita scatta salvo che la lite non rientri tra quelle assoggettate, *ratione materiae*, alla mediazione obbligatoria, in quanto i due sistemi di ADR devono ritenersi complementari, non concorrenti (cfr., in questo senso, Trib. Verona, ord. 12 maggio 2016, in *Leggi d'Italia*). Va segnalato, altresì, che la l. 23 dicembre 2014, n. 190 (cd. legge di stabilità 2015), al comma 249 ha previsto che l'esperimento della procedura di negoziazione assistita costituisca condizione dell'esercizio in giudizio di un'azione relativa a una controversia in materia di contratto di trasporto o di sub-trasporto.

³⁴ I dati più recenti, relativi all'anno 2016, sono stati diffusi dal Consiglio Nazionale Forense (in <http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/321984/Monitoraggio+negoziazione+assistita+2016+-+Dati.pdf/8adb4fb2-45ec-4a8c-943a-55918435eb81?version=1.0>), al quale spetta il compito di effettuare il monitoraggio delle procedure di negoziazione assistita e di trasmettere i relativi dati al Ministero della Giustizia.

³⁵ Alla disciplina della negoziazione assistita in materia matrimoniale è dedicata una specifica disposizione (si tratta dell'art. 6) della l. 162/2014, la quale prevede, tra l'altro, che l'eventuale accordo raggiunto in questa sede sia trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, al fine di un controllo di portata meramente formale o sostanziale a seconda dei casi. Per i coniugi senza figli minori, incapaci, affetti da handicap grave o maggiorenni non economicamente autosufficienti vi è inoltre la possibilità (prevista

5. *Le ADR in materia di consumo in Italia*

Varietà ed eterogeneità degli strumenti di giustizia alternativa sono elementi che caratterizzano anche il settore delle controversie di consumo, nel quale la tipica situazione di asimmetria tra le parti e il carattere “massivo” dei rapporti hanno posto, e pongono, problemi del tutto peculiari di gestione del contenzioso e di tutela della parte cd. debole.

Volendo individuare le principali linee direttrici lungo le quali si è sviluppato il variegato sistema italiano di *Consumer ADR*, va innanzitutto dato conto del ruolo di rilievo occupato dalla conciliazione cd. paritetica, da considerare quale prima forma di ADR affermata nella prassi e dotata di un buon livello di efficienza. Si tratta di procedure che si potrebbero definire “ultrasettoriali” cui il consumatore può accedere volontariamente, istituite da singoli operatori professionali sulla base di protocolli d’intesa stipulati con le associazioni dei consumatori, nell’ambito delle quali il rappresentante dell’impresa esamina la doglianza del consumatore congiuntamente al rappresentante di quest’ultimo al fine di individuare una possibile soluzione transattiva della controversia, soluzione che le parti possono accettare o meno senza conseguenze pregiudizievoli in caso di rifiuto.

Se questo sistema presenta caratteristiche indubbiamente positive che hanno contribuito a decretarne il successo, quali la facile accessibilità, la gratuità e rapidità della procedura, per contro non mancano elementi di criticità, primo tra tutti l’insoddisfatto livello di indipendenza di questi servizi di conciliazione, il cui finanziamento è pur sempre a carico dell’impresa, la quale di norma gestisce i servizi di segreteria e di gestione delle comunicazioni.

L’altra direttrice di sviluppo è quella che ha condotto all’istituzione di procedure ADR in particolari settori economici sotto il controllo ovvero la gestione di autorità indipendenti di garanzia. In questo gruppo vanno ulteriormente distinte le procedure di conciliazione puramente facilitativa da quelle di tipo aggiudicativo, dovendosi annoverare tra le prime, ad es., la conciliazione gestita dalla CONSOB per le controversie in materia di servizi di investimento attraverso la già menzionata Camera di conciliazione ed arbitrato³⁶,

dall’art 12) di pervenire ad un accordo dinanzi all’ufficiale di stato civile, anche senza l’assistenza degli avvocati.

³⁶ Cfr., *supra*, il § 2. Vale la pena qui precisare che mentre la detta Camera si configurava come organo tecnico composto da funzionari dell’Autorità (art. 2 Reg. Consob n. 18275 del 18 luglio 2012), il nuovo Arbitro per le

nonché il Servizio Conciliazione Clienti Energia istituito nel 2013 dall’Autorità per l’Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico (AEEGSI)³⁷; tra le seconde, l’Arbitro Bancario Finanziario (anch’esso già menzionato) e l’Ombudsman Giurì Bancario per le controversie in materia di servizi bancari e finanziari, ai quali il consumatore può rivolgersi gratuitamente o con un minimo esborso per ottenere una decisione da cui discende, per il solo operatore professionale, un vincolo il cui inadempimento è sanzionato sul piano pubblicitario-reputazionale³⁸.

All’interno di questo gruppo una menzione a parte merita la conciliazione in materia di telecomunicazioni gestita dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom) principalmente attraverso i co.re.com (comitati regionali per le comunicazioni) all’uopo delegati³⁹, e ciò per due ordini di motivi. In primo luogo, perché si tratta di uno strumento di ADR a gestione pubblica caratterizzato dall’obbligatorietà sin dalla sua istituzione (l’art. 11 della l. 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell’AGCom, ha previsto che “non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell’istanza all’Autorità”); in secondo luogo, perché la procedura può evolvere in senso aggiudicativo in quanto, in caso di fallimento della conciliazione, al consumatore è data la possibilità di richiedere agli stessi co.re.com (che siano muniti di delega cd. di seconda fase) o all’Autorità la definizione nel

Controversie Finanziarie istituito con delibera del 6 maggio 2016 è organo collegiale in cui il Presidente e due membri sono nominati direttamente dalla Consob, mentre gli altri due sono nominati dalla stessa su designazione, rispettivamente, delle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative e del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti.

³⁷ L’Autorità per l’energia elettrica ed il gas è stata istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481, con il compito di promuovere la concorrenza, l’efficienza e la diffusione di servizi con adeguati livelli di qualità, attraverso l’attività di regolazione e di controllo. E’ composta da cinque membri nominati con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio, d’intesa con il Ministro dello sviluppo economico. A partire dal 1° gennaio 2017 il tentativo di conciliazione presso il Servizio Conciliazione Clienti Energia è stato reso obbligatorio, quale condizione di procedibilità dell’azione giudiziaria nelle materie di competenza dell’AEEGSI (v. la delibera 209/2016/E/com, disponibile al link <http://www.autorita.energia.it/allegati/docs/16/209-16.pdf>).

³⁸ Mentre l’ABF, come già si è detto, opera sotto il controllo della Banca d’Italia, che provvede a nominare tre dei cinque membri dei collegi territoriali, l’Ombudsman Giurì Bancario è emanazione del Conciliatore Bancario, associazione di intermediari finanziari.

³⁹ L’art. 1, comma 13, della l. 249/1997 qualifica detti comitati come organi funzionali dell’Autorità, rispondenti ad “esigenze di decentramento sul territorio al fine di assicurare le necessarie funzioni di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione”. Il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore in oggetto può tuttavia essere esperito, alternativamente, anche presso le Camere di Commercio (in base ai protocolli d’intesa intercorsi tra l’AGCom e Unioncamere, l’ultimo dei quali è stato sigliato nel maggio 2016) o presso le commissioni paritetiche.

merito della controversia⁴⁰. Si tratta di una ADR che ha dato buona prova di sé, i cui punti di forza sono costituiti, oltre che dalla flessibilità, gratuità e rapidità della procedura, da una facile accessibilità (l'architettura del sistema si fonda su strutture diffuse su tutto il territorio nazionale sempre più attrezzate anche per i servizi telematici), dall'affidabilità derivante dal carattere pubblico delle strutture, nonché dall'elevata specializzazione dei conciliatori. Tutto ciò ha consentito di far fronte ad un contenzioso dai numeri piuttosto elevati (più di 100.000 istanze ai co.re.com nel 2015), ancorché di valore mediamente contenuto, sfociato in accordi in oltre l'82% dei casi⁴¹.

Vi è infine un terzo “blocco” tipologico di ADR di consumo rappresentato dalle procedure conciliative amministrative dalle Camere di Commercio, organi dotati, sin dal loro riordino, di competenza generale nella risoluzione extragiudiziale di tutte le controversie consumeristiche e non⁴², successivamente accreditati dal legislatore di un ruolo privilegiato (al pari degli ordini forensi) anche nell'amministrazione dei procedimenti di mediazione civile e commerciale di cui al d.lg. 28/2010⁴³. Al riguardo è da rilevare come le controversie di consumo costituiscano, per gli sportelli di conciliazione delle camere di commercio, una percentuale significativa del contenzioso gestito, nondimeno in diminuzione a fronte di una crescita del contenzioso tra imprese e tra privati (dato, quest'ultimo, influenzato dall'obbligatorietà della mediazione nelle materie di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lg. 28/2010, nonché nelle controversie derivanti da rapporti di sub-fornitura *ex* art. 10 l. 18 giugno 1998, n. 192)⁴⁴, sicché non sembra più possibile affermare che il modello

⁴⁰ In questo caso la procedura si conclude con un provvedimento vincolante, di natura amministrativa, il quale può disporre eventuali rimborsi all'utente di somme non dovute, o la corresponsione di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, da disposizioni normative o da delibere dell'Autorità, ferma restando, in ogni caso, la possibilità di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno.

⁴¹ Questi dati sono riportati da V. BONSIGNORE, *La ricerca Isdaci sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia nel 2015*, nell'ambito del *Nono rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia* (in http://www.isdaci.it/wp-content/uploads/2016/06/eBook_nono-rapporto_ISDACI.pdf).

⁴² La legge di riordino delle Camere di commercio (l. 29 dicembre 1993, n. 580) ha attribuito alle Camere, tra i vari compiti, quello di costituire “commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti (art. 2, comma 2, lett. g).

⁴³ Va ricordato che, ai sensi dell'art. 19, comma 2, del citato decreto, gli organismi costituiti dalle camere di commercio sono iscritti “a semplice domanda” nel Registro degli organismi di mediazione tenuto dal Ministero della Giustizia.

⁴⁴ Sempre secondo i dati diffusi da V. BONSIGNORE nel *Nono rapporto Isdaci*, cit., nel 2015 le mediazioni in materia di consumo sono state il 38% delle mediazioni complessivamente amministrative dagli organismi camerali.

“generalista” camerale sia il modello più diffuso di ADR dei consumatori⁴⁵. A ciò osta la caratterizzazione egualitaria della regolamentazione delle “mediaconciliazioni” camerale impressa dai relativi regolamenti di procedura (di norma calibrati su un contenzioso “simmetrico” tra parti in posizione di parità), nonché l’onerosità delle stesse procedure che, per quanto contenuta, rende pur sempre l’opzione per la conciliazione camerale meno appetibile rispetto a quella per sistemi di *Consumer ADR* completamente gratuiti, o accessibili a costi puramente simbolici.

6. La Direttiva 2013/11/UE: i principi in materia di accesso, efficacia ed equità delle procedure ADR

La Direttiva 2013/11 del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori si prefigge l’obiettivo di pervenire ad un’armonizzazione, ancorché minima, dei sistemi nazionali di *Consumer ADR* sottoponendoli a principi comuni in particolare circa i requisiti e gli *standards* di qualità delle procedure e degli organismi incaricati della loro gestione⁴⁶. La predetta direttiva si propone quale misura finalizzata al rafforzamento del mercato interno, laddove l’esistenza di strumenti di risoluzione delle liti accessibili, efficaci e a basso costo per consumatori ed utenti è considerata fattore fondamentale di accrescimento della fiducia degli stessi nel funzionamento del mercato stesso⁴⁷.

In questa logica, il legislatore europeo prefigura un sistema di ADR disponibile per tutte le controversie nazionali e transfrontaliere in materia di contratti di vendita o di servizi, della cui esistenza consumatori e professionisti siano adeguatamente informati e le cui procedure rispettino requisiti di qualità uniformi⁴⁸. Particolare rilievo assume a tal

⁴⁵ Cfr., in questo senso, N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, Torino, 2015, 49 ss.

⁴⁶ E’ stato rilevato come, sotto questo profilo, la direttiva in esame rinvenga i propri precedenti nelle Raccomandazioni n. 98/257 e 2001/310 della Commissione Europea, operando una sorta di “canonizzazione” dei principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo *ivi* contenuti (cfr. N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti*, cit., 3 ss.).

⁴⁷ Così, espressamente, il Considerando 4, in stretta correlazione con il Considerando 6, secondo il quale “Le disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell’ADR tra gli stati membri rappresentano una barriera al mercato interno e sono da annoverare tra le ragioni per cui molti consumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri”.

⁴⁸ Cfr. il Considerando 7.

riguardo la necessità di una piena copertura, da parte delle procedure di ADR, di tutti i settori nei quali siano coinvolti diritti dei consumatori, con il conseguente dovere, per ciascuno Stato membro, di prevedere un organismo ADR “residuo”, abilitato a trattare tutte le controversie per le quali non sia disponibile un organismo ADR con specifica competenza⁴⁹.

Il quadro delineato dalla Direttiva ADR risulta, peraltro, integrato e completato dal Regolamento n. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione *online* delle controversie dei consumatori, con il quale è stata istituita una piattaforma ODR europea volta ad agevolare la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa delle controversie aventi ad oggetto obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi online intercorsi tra consumatori e professionisti⁵⁰.

In questa sede interessa evidenziare alcuni principi che, secondo la direttiva, dovrebbero caratterizzare le procedure ADR per le liti dei consumatori, con speciale attenzione a quelli, tra essi, che – come si avrà modo di vedere – pongono i maggiori problemi per il recepimento in un ordinamento, quale quello italiano, fortemente condizionato dall'impostazione in senso deflattivo tipica della più recente normativa in tema di ADR, e della mediazione civile in particolare⁵¹. Si tratta di principi che, in un modo o nell'altro, attengono all'accesso - *lato sensu* inteso – alle predette procedure, e che il legislatore europeo qualifica altresì come principi di efficacia ed equità, applicabili a tutte le procedure ADR, indipendentemente dalla loro connotazione facilitativa o aggiudicativa⁵².

La direttiva si preoccupa, anzitutto, che vi sia un'adeguata informazione sulle procedure ADR disponibili presso i vari organismi, facendo carico agli Stati membri di

⁴⁹ Cfr. il Considerando 24, nonché l'art. 5, 3° par.

⁵⁰ Con l'espressione “piattaforma ODR” ci si riferisce ad un portale web gestito dalla Commissione Europea, attraverso il quale è possibile, per i consumatori (ma anche per i professionisti), presentare un reclamo che verrà poi sottoposto ad un organismo ADR, il quale assisterà le parti nella ricerca di un accordo. La piattaforma, accessibile al link: <http://ec.europa.eu/consumers/odr/> è operativa dal 15 febbraio 2016.

⁵¹ A scanso di equivoci, il Considerando 45 precisa che “l'obiettivo delle procedure ADR non dovrebbe essere né quello di sostituire le procedure giudiziali né quello di privare i consumatori o i professionisti del diritto di rivolgersi agli organi giurisdizionali”.

⁵² L'art. 2 della direttiva, nel delimitare l'ambito applicativo della stessa, fa riferimento alle procedure gestite da un organismo ADR “che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole” (per una disamina di questi aspetti si rinvia a F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1299 ss., spec. 1301 ss.

garantire che tali organismi mantengano siti *web* aggiornati, e consentano ai consumatori di presentare il proprio reclamo e i relativi allegati *on-line* (art. 5, 2° par., lett. *a*). L'agevole accessibilità *on-line* e *off-line* per entrambe le parti è ribadita anche quale principio di efficacia della procedura (art. 8, lett. *a*), accanto alla necessità che questa si concluda entro un termine determinato (decorrente dal ricevimento del fascicolo completo del reclamo da parte dell'organismo), salva proroga in caso di complessità della lite (art. 8, lett. *e*)⁵³.

Al di là del semplice ed immediato accesso alle informazioni e della facilità di presentazione del reclamo, la direttiva prosegue dettando una serie di indicazioni volte a garantire l'effettiva possibilità, per il consumatore, di utilizzare le procedure ADR previste dai vari Stati membri attraverso l'eliminazione di taluni ostacoli che, in concreto, potrebbero pregiudicare o limitare tale possibilità.

A tal proposito, la direttiva stabilisce che gli Stati membri debbano garantire che le parti possano ricorrere alle procedure ADR senza essere obbligate ad avvalersi dell'assistenza di un avvocato o, comunque, di un consulente legale⁵⁴. Il principio è posto, in questi termini, quale requisito di efficacia della procedura (art. 8, lett. *c*), assumendo tuttavia rilievo, da una diversa angolazione visuale, anche quale requisito di equità della stessa, nella misura in cui l'effettiva disponibilità della procedura senza necessità di assistenza legale viene fatta oggetto di un preciso dovere informativo da parte dell'organismo ADR (art. 9, 1° par., lett. *b*)⁵⁵.

Più in generale, si afferma il principio (anche questo collocato tra i requisiti di efficienza) per cui le procedure di ADR devono essere gratuite o disponibili a costi minimi

⁵³ In tema di accessibilità delle procedure, la direttiva individua una serie di casi nei quali le legislazioni dei singoli Stati membri possono autorizzare gli organismi ADR a mantenere o introdurre norme procedurali che consentano di rifiutare il trattamento di una determinata controversia. Mentre alcune di queste previsioni non pongono particolari problemi interpretativi (v., ad es., il riferimento ai casi in cui il consumatore non abbia previamente tentato di risolvere la questione direttamente con il professionista, o non abbia presentato reclamo all'organismo ADR entro un determinato lasso di tempo dalla presentazione del reclamo al professionista, o abbia già sottoposto la lite all'esame di altro organismo ADR o di un organo giurisdizionale), altre fanno riferimento a concetti dai confini più incerti, risultando di non chiara lettura (v. l'ipotesi in cui la lite appaia "futile" o "temeraria" e, soprattutto, il caso in cui il trattamento di un dato tipo di controversia "rischierebbe di nuocere significativamente all'efficace funzionamento dell'organismo ADR").

⁵⁴ E' fatta salva, in ogni caso, la possibilità per le parti di avvalersi del parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualunque fase delle procedure.

⁵⁵ Dal punto di vista del legislatore europeo, dunque, non basta che la procedura sia di fatto accessibile alle parti senza obbligo di munirsi di assistenza legale, ma è altresì necessario che gli organismi provvedano ad un'adeguata informazione circa l'insussistenza di siffatto obbligo.

per i consumatori (art. 8, lett. *c*). Il legislatore europeo non manca di manifestare la propria preferenza per la gratuità, precisando tuttavia che, laddove siano previsti costi, questi non debbano superare un importo puramente simbolico⁵⁶.

Infine, vengono ascritti al novero dei requisiti di equità alcuni principi di salvaguardia dell'autonomia delle parti, specificamente attinenti alla libertà per le medesime di gestire il proprio comportamento e le proprie scelte nel corso della procedura ADR nel modo ritenuto più opportuno e/o conveniente⁵⁷. In particolare, è previsto che le dette parti abbiano la possibilità di ritirarsi in qualsiasi momento dalla procedura, senza conseguenze pregiudizievoli, qualora non siano soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento di essa (art. 9, 2° par., lett. *a*)⁵⁸, e comunque debbano essere adeguatamente informate della possibilità di accettare o rifiutare, anche in quest'ultimo caso senza penalizzazioni, un'eventuale proposta di risoluzione della controversia formulata dall'organismo ADR (lett. *b*, *sub i*)⁵⁹.

7. Il recepimento della direttiva ADR nell'ordinamento italiano (d.lgs. 130/2015) e il rapporto con la mediazione civile e commerciale: profili problematici

All'indomani dell'adozione della Direttiva ADR non si è mancato di rilevare come la sua attuazione comportasse problemi di non poco momento per il legislatore italiano, non tanto con riferimento alle procedure ADR di settore (oggetto di discipline normative e regolamentari in linea di massima compatibili con il quadro disegnato dalla direttiva), quanto con riguardo a quella peculiare figura di ADR “generalista” rappresentata dalla

⁵⁶ Cfr., sul punto, il Considerando 41. L'affermazione, da parte della direttiva, della necessità che i costi della procedura si attestino su livelli “minimi” ha indotto, evidentemente, a ritenere superfluo il riferimento al criterio del proporzionamento dei costi al valore della controversia, presente nella Raccomandazione 2001/310/CE.

⁵⁷ Nella “tassonomia” della direttiva, tuttavia, alla “libertà” della procedura vengono specificamente ricondotte, dall'art. 10, da un lato la non vincolatività per il consumatore dell'accordo preventivo con il professionista sulla presentazione di un reclamo presso un organismo ADR che abbia l'effetto di privare il consumatore della possibilità di adire un organo giurisdizionale; dall'altro, la previa informativa alle parti circa il carattere vincolante della soluzione individuata dall'organismo ADR, unitamente all'acquisizione del relativo assenso.

⁵⁸ Non è ben chiaro a cosa si riferisca il legislatore europeo quando prevede la possibilità per le parti di ritirarsi dalla procedura “se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura”. Sembra, tuttavia, che con questa (non felice) espressione la direttiva abbia inteso riferirsi a qualunque tipo di ritiro, comunque motivato, fino a ricomprendere il rifiuto *a monte* di partecipare (ipotesi, quest'ultima, espressamente contemplata dalla Raccomandazione 2001/310/CE).

⁵⁹ L'obbligo informativo si estende sino a ricomprendere la possibilità che la soluzione proposta sia diversa da quella ottenibile da un'autorità giudiziaria che applichi norme giuridiche (lett. *b*, *sub iii*).

mediazione civile e commerciale, così come disciplinata dal d.lg. 28/2010 nella versione novellata dalla l. 98/2013⁶⁰. La cd. “mediaconciliazione”, infatti, rientra a pieno titolo tra le ADR consumeristiche, avendo il legislatore nazionale previsto, da un lato, il possibile accreditamento di organismi specializzati in materia di consumo (art. 16 d.lg. 28/2010, art. 3 d.m. 180/2010), dall’altro – e soprattutto - l’obbligatorietà del previo esperimento della mediazione nelle controversie relative a contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5, comma 1-*bis*, d.lg. 28/2010), le quali vedono di norma un consumatore, o più consumatori, contrapposti ad operatori professionali⁶¹.

Va preliminarmente chiarito che, nella prospettiva europea, benché sia evidente la predilezione per un sistema volontario di ADR, l’obbligatorietà *ex lege* dell’esperimento di una procedura stragiudiziale prima dell’instaurazione di un processo giurisdizionale non è, di per sé, un problema, non essendo rinvenibile una disposizione che precluda agli Stati membri di legiferare in tal senso. Con specifico riferimento alla mediazione già la Direttiva 52/2008, all’art. 5, 2° par., faceva salva “la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l’inizio del procedimento giudiziario”, con la precisazione che questa “non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”, ed anche con riguardo alle ADR dei consumatori la Direttiva 2013/11, all’art. 1, ribadisce il concetto secondo cui non è pregiudicata “la legislazione nazionale che prevede l’obbligatorietà di tali procedure, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario”⁶².

Dal canto suo, la Corte di Giustizia ha avuto modo di puntualizzare, proprio con riferimento alle controversie di consumo, i limiti entro i quali le ADR obbligatorie non costituiscono ostacolo all’accesso al giudice, affermando che, entro questi limiti, esse costituiscono strumento per il legittimo perseguimento di obiettivi di interesse generale,

⁶⁰ Sul punto si richiama, ancora una volta, lo studio di N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti*, cit., spec. 1 ss.; 152 ss.

⁶¹ Si tratta di settori che generano un contenzioso di dimensioni rilevanti, come dimostrato dai dati ufficiali diffusi dal Ministero della Giustizia (per i dati aggiornati al 30 giugno 2017 si rinvia al link <https://webstat.giustizia.it/Analisi?%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%2030%20giugno%202017.pdf>).

⁶² Di “neutralità” della normativa europea, sotto questo profilo, discorre Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, cit., chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle previsioni del d.lg. 28/2010 in materia di mediazione civile.

quali la composizione più rapida delle liti e la diminuzione del contenzioso giudiziario, rispetto ai quali appaiono misure non manifestamente sproporzionate⁶³. Affermazioni, queste, riprese qualche anno dopo con riferimento alla mediazione civile *ante* riforma del 2013 dalla Commissione Europea, la quale però in questa occasione ebbe a concludere nel senso che una mediazione obbligatoria onerosa non fosse, in linea di principio, compatibile con le regole poste dalla Direttiva 2008/52, pur demandando al giudice interno di valutare, caso per caso, se i costi fossero tali da rendere la misura sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti⁶⁴.

Il punto è, dunque, quello di regolamentare le procedure ADR obbligatorie contemperando le esigenze di rapida definizione delle liti (e di alleggerimento del carico giudiziario) con l'effettività del diritto di accesso al giudice, ed in quest'ottica il problema è costituito dalle modalità con cui le legislazioni nazionali scelgono di disciplinare le ADR obbligatorie.

Come noto, il legislatore italiano ha cercato di rispondere alle obiezioni delle istituzioni europee reintroducendo un'obbligatorietà "temperata" dalla previsione di un primo incontro gratuito finalizzato, tra l'altro, a verificare la possibilità di avviare la mediazione vera e propria, il cui esito infruttuoso determina la realizzazione della condizione di procedibilità. Se, dunque, le novità introdotte nel 2013 possono aver contribuito ad attenuare i fattori di maggior attrito della normativa italiana rispetto alla direttiva sulla mediazione civile e commerciale, ben altro discorso merita il rapporto tra il novellato d.lg. 28/2010 e la Direttiva ADR per quanto concerne la mediazione delle controversie di consumo e, in particolare, la mediazione delle liti in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari. In questo campo, infatti, permangono nodi problematici

⁶³ Così la nota decisione della Corte di Giustizia, 18 marzo 2010, nei procedimenti riuniti C-317/08, 318/08, 319/08, 320/08, *Alassini* più altri (in *Foro it.*, 2010, IV, 361), sulla compatibilità della normativa italiana in tema di conciliazione obbligatoria nelle telecomunicazioni con la Direttiva n. 2002/22/CE, relativa al cd. servizio universale. In questa sentenza la Corte ha precisato che una procedura di ADR obbligatoria non può condurre ad una decisione vincolante per le parti, non deve comportare un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, deve sospendere la prescrizione dei diritti e non generare costi ingenti per le parti, non può essere disponibile solo *on-line* e deve contemplare la possibilità dell'adozione di provvedimenti provvisori in caso d'urgenza.

⁶⁴ Il riferimento è al già citato parere della Commissione Europea del 2 aprile 2012 (v., *supra*, nt. 27). Va dato conto del fatto che la Corte di Giustizia ha poi chiuso il procedimento di rinvio pregiudiziale senza pronunciarsi nel merito, essendo intervenuta nel frattempo la declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni sulla mediazione obbligatoria da parte della Corte costituzionale italiana.

che, come subito si dirà, il decreto di attuazione della direttiva 2013/11 non ha contribuito a sciogliere.

Il profilo dei costi è senz'altro quello più delicato. Mentre nel sistema della Direttiva ADR, come si è visto, il consumatore deve poter usufruire di una procedura preferibilmente gratuita o a costi puramente simbolici, e la gratuità ovvero la minima onerosità sono effettive (non essendo necessario che le parti siano munite di difesa tecnica), nella mediazione lo stesso consumatore deve necessariamente avvalersi dell'assistenza di un avvocato anche per partecipare al primo incontro "esplorativo", sicché l'esenzione di tale incontro dai costi di mediazione stabilita dalla riforma del 2013 risulta, in concreto, vanificata dai costi dell'assistenza tecnica⁶⁵.

Vi è poi l'aspetto della libertà di poter abbandonare la procedura in ogni momento, che la Direttiva ADR garantisce al consumatore senza conseguenze pregiudizievoli, e che per contro il d.lg. 28/2010 assortisce di sanzioni di vario tipo, salva la ricorrenza di un giustificato motivo⁶⁶. Ed ancora, la libertà di accettare o rifiutare un'eventuale proposta di composizione della lite senza conseguenze negative, anch'essa riconosciuta al consumatore dalla Direttiva ADR, esclusa invece dalla normativa nazionale sulla mediazione civile, che prevede penalizzazioni sul piano delle spese processuali per la parte che abbia rifiutato una proposta il cui contenuto si sia rivelato *ex post* non più soddisfacente rispetto a quello della decisione giudiziaria (art. 13 d.lg. 28/2010). Vi sono, cioè, nella disciplina italiana della mediazione civile, rilevanti forme di condizionamento del comportamento dei contendenti che, già difficilmente giustificabili in una logica di contrapposizione tra parti "pari"⁶⁷, appaiono "sproporzionate" rispetto all'obiettivo di efficientamento della giustizia ove siano

⁶⁵ Alcuni indirizzi formalistici della giurisprudenza di merito non favoriscono, peraltro, il consumatore. Cfr., ad es., Trib. Torino, 30 marzo 2016 (fattispecie in materia bancaria, in *Redazione Giuffrè* 2016) secondo cui la comparizione della parte istante senza l'assistenza dell'avvocato nel primo incontro dinanzi al mediatore determina il mancato soddisfacimento della condizione di procedibilità, ancorché detta parte abbia partecipato con l'assistenza di altra figura di consulente.

⁶⁶ Si va dalla sanzione pecuniaria, di importo corrispondente al contributo unificato previsto per il giudizio, alla possibilità che il giudice tenga conto della mancata comparizione ingiustificata in mediazione ai fini del giudizio di merito (art. 8, comma 4-bis, d.lg. 28/2010), fino all'eventualità della condanna ai sensi dell'art. 96 c.p.c.

⁶⁷ Occorre ricordare che la Commissione Europea, nel parere del 2 aprile 2012, cit. (*sub* 64 ss.), con specifico riguardo alla disciplina del rifiuto della proposta del mediatore contenuta nell'art. 13 d.lg. 28/2010 era giunta alla conclusione che, nella mediazione obbligatoria, tale costrizione della volontà delle parti fosse sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti.

chiamate ad operare in un contesto “asimmetrico” nel quale la legge dovrebbe apprestare una tutela differenziata alla parte cd. “debole” del rapporto in contestazione⁶⁸.

Alla luce di quanto esposto, ben si comprende come l’attuazione della Direttiva ADR implicasse scelte importanti, che in un modo o nell’altro avrebbero dovuto condurre ad una rivisitazione della normativa interna in materia di mediazione civile e commerciale, o attraverso la sottrazione delle controversie di consumo all’ambito operativo dell’obbligatorietà, o mediante esclusione dell’applicabilità alla mediazione consumeristica di alcuni meccanismi da essa previsti, ed in particolare di quelli sopra richiamati.

Il d.lg 6 agosto 2015, n. 130, attuativo della Direttiva 2013/11 (emanato a seguito della legge delega 7 ottobre 2014, n. 154), ha però scelto una terza via, optando per una soluzione “conservatrice” che ha lasciato sostanzialmente immutato, in tutti i suoi aspetti, l’attuale impianto della mediazione civile. Nell’operare la sostanziale “trasfusione” delle regole della direttiva all’interno del Codice del consumo⁶⁹, il legislatore delegato ha precisato, infatti, che le nuove disposizioni trovano applicazione con riferimento alle procedure *volontarie* di composizione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo (art. 141, 4° comma), facendo espressamente salve le vigenti disposizioni del d.lg. 28/2010 in materia di mediazione obbligatoria e delle normative che prevedono obbligatori tentativi di conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche, nonché nelle materie di competenza dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico (6° comma, lett. *a*, *b* e *c*). Il decreto di attuazione, dunque, “stralcia” le ADR obbligatorie e, conseguentemente, aggira le problematiche più delicate inerenti alla compatibilità della mediazione con i principi della direttiva ADR evitando scelte delicate destinate ad incidere su un nervo scoperto di politica giudiziaria.

E’ da chiedersi, tuttavia, se la Direttiva 2013/11 consentisse al legislatore italiano, in sede di attuazione, di sottrarre le ADR obbligatorie, e la mediazione in particolare, all’applicazione dei principi *ivi* affermati. La convinzione alla base del decreto delegato del

⁶⁸ Un esempio di tutela differenziata è offerto dall’art. 9, 2° par., lett. *a*) della Direttiva ADR, che nel riconoscere alle parti la possibilità di ritirarsi dalla procedura in ogni momento, fa salva l’ipotesi in cui la legislazione nazionale preveda l’obbligatoria partecipazione del professionista, stabilendo che in tal caso l’*opt out* sia garantito al solo consumatore.

⁶⁹ Il decreto attuativo introduce infatti, nella parte V del d.lg. 6 settembre 2005, n. 206, un Titolo II-*bis*, rubricato “Risoluzione extragiudiziale delle controversie”, composto dagli artt. 141-141-*decies*.

2015 è, evidentemente, che ciò fosse possibile alla luce, in particolare, di quanto affermato dall'art. 3, 2° cpv., della direttiva, in cui è previsto che questa si applichi “fatta salva la direttiva 2008/52/CE” sulla mediazione civile e commerciale⁷⁰.

Tale salvezza, però, costituisce elemento suscettibile di interpretazione tutt'altro che univoca, sia in sé considerato, sia ove posto in relazione con altre disposizioni della direttiva e dei Considerando preliminari. Sotto il primo profilo, essa conserva un senso compiuto anche intesa come salvezza del sistema della mediazione civile *nei settori estranei alla materia del consumo*; sotto il secondo profilo, essa non può essere sganciata dal 1° par. dell'art. 3, che nel considerare l'eventualità del contrasto tra la direttiva ADR ed altri atti giuridici dell'Unione Europea giunge ad affermare la prevalenza delle disposizioni della prima (salvo che la stessa disponga diversamente).

Ma è soprattutto il Considerando 19 a rivelare l'impostazione europea dei rapporti tra ADR consumeristiche e mediazione, ovvero tra Direttiva 2013/11 e Direttiva 2008/52. Qui, infatti, dopo una premessa a dire il vero ambigua⁷¹, alla quale fa seguito l'affermazione secondo cui la direttiva ADR “non dovrebbe pregiudicare” la direttiva sulla mediazione, si arriva a concludere che la direttiva 2013/11 “è destinata a essere applicata orizzontalmente a tutti i tipi di procedure ADR, *comprese le procedure ADR contemplate dalla direttiva 2008/52/CE*”. Privilegiando questa chiave di lettura, il sistema dei rapporti tra normativa sulle ADR dei consumatori e normativa sulla mediazione appare configurabile come un sistema di rapporti tra cerchi concentrici parzialmente sovrapposti, dove le aree di non sovrapposizione mantengono il proprio regime normativo, mentre l'area di sovrapposizione (ove si collocano le controversie di consumo) è assoggettata ad un concorso di norme (quelle sulle ADR di consumo e quelle sulla mediazione civile), il cui contrasto va risolto nel senso della prevalenza dei principi di tutela rafforzata propri del diritto consumeristico.

⁷⁰ Nella Relazione illustrativa del decreto attuativo si legge che “il recepimento della direttiva 2013/11/UE non dovrebbe avere alcuna influenza generale sul decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, in quanto i due ambiti di applicazione continueranno a rimanere distinti” (la Relazione è consultabile al link: http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/gefTesto.ashx?file=0165_F001.pdf&leg=XVII#page mode=none).

⁷¹ Così il testo italiano della prima parte del Considerando 19: “Per garantire la certezza giuridica è opportuno prevedere che, in caso di conflitto, prevalga la presente direttiva, salvo qualora sia previsto altrimenti”.

Il sistema, così ricostruito, riacquista una sua intrinseca coerenza, nella misura in cui assicura al consumatore, anche in sede di risoluzione stragiudiziale delle controversie, “un livello elevato di protezione”⁷² indipendentemente dall’ADR prescelta.

8. *L’intervento della Corte di Giustizia*

Il d.lg. 130/2015, come detto, ha però scelto di mantenere il regime normativo della mediazione civile obbligatoria separato da quello delle procedure per la risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo. Ne risulta, sotto il profilo dei rimedi alternativi, un sistema a “protezione diseguale” per il consumatore, nel quale il settore della mediazione nei rapporti di consumo inerenti, in particolare, ai contratti assicurativi, bancari e finanziari, dominato dall’obbligatorietà e dall’onerosità non minimale, si contrappone a quello delle procedure ADR genericamente riferibili alle obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti e consumatori, caratterizzato dalla volontarietà e dalla gratuità, ovvero da un’onerosità meramente simbolica⁷³. Se si considerano altresì i diversi livelli di tutela sotto il profilo delle garanzie informative per il consumatore caratterizzanti l’uno e l’altro regime, si deve riconoscere che l’attuazione della Direttiva 2013/11 in Italia abbia mancato l’obiettivo di armonizzazione e razionalizzazione del sistema delle procedure ADR consumeristiche indicato dall’Europa, privilegiando le esigenze interne di deflazione del contenzioso dinanzi alle corti statali.

Ancora una volta è stata la giurisprudenza, in prima battuta, ad evidenziare le aporie legislative e a farsi carico di affrontare i nodi problematici. Con specifico riferimento al rapporto tra mediazione obbligatoria e Direttiva 2013/11, una corte italiana di merito ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sottoponendole due distinti quesiti concernenti, l’uno, il rapporto intercorrente, in generale, tra la direttiva ADR e la direttiva sulla mediazione civile e commerciale; l’altro, la compatibilità con la direttiva ADR di talune

⁷² Art. 169 TFUE, richiamato dal Considerando 1 della direttiva ADR.

⁷³ Perplexità al riguardo sono espresse anche da O. DESIATO, *Le politiche dell’Unione Europea in favore della “degiurisdizionalizzazione” e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1806 s., la quale osserva come la sottrazione della mediazione obbligatoria dall’ambito operativo dei principi della Direttiva 2013/11 rappresenti una “nota stonata” anche rispetto alla disciplina della negoziazione assistita, la quale esclude che l’espletamento della detta procedura possa costituire condizione di procedibilità per le controversie riguardanti obbligazioni derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

norme sulla mediazione obbligatoria contenute nel d.lg. 28/2010. Il giudice italiano ha infatti dubitato che “attraverso il richiamo alla Direttiva 2008/52, la Direttiva 2013/11 abbia inteso implicitamente far salvo il diritto degli stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria in sostituzione della ADR per i consumatori anche nelle controversie in cui è possibile il ricorso a questo strumento”, osservando inoltre che “la procedura italiana sulla mediazione obbligatoria, come delineata dal d.lgs. 28/2010, appare difforme dalla procedura di ADR dei consumatori anche in alcuni specifici e rilevanti profili”⁷⁴.

A seguito di tale rinvio pregiudiziale la Corte di Giustizia (prima sezione) ha pronunciato la sentenza del 14 giugno 2017 (C-75/16), la quale, però, lascia sostanzialmente irrisolti i principali nodi problematici attinenti al coordinamento tra mediazione obbligatoria e principi europei dell’ADR di consumo⁷⁵. La Corte ha evitato, innanzitutto, di prendere posizione sulla fondamentale questione del rapporto tra Direttiva 2008/52 e Direttiva 2013/11, ritenendo che nel caso specifico ciò non fosse necessario a motivo del carattere puramente interno della controversia originante il rinvio, come tale non rientrante, ad avviso della Corte, nell’ambito applicativo della direttiva sulla mediazione civile e commerciale (art. 1, 2° par.)⁷⁶.

⁷⁴ Il riferimento è all’ordinanza emessa da Trib. Verona, 28 gennaio 2016 (in *Contratti*, 2016, 537 ss., con il commento di N. SCANNICCHIO), con la quale il giudice ha richiesto alla Corte di chiarire:

- se se l’art. 3 par. 2 della direttiva 2013/11, nella parte in cui prevede che la medesima direttiva si applichi “fatta salva la direttiva 2008/52”, vada inteso nel senso che fa salva la possibilità per i singoli stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria per le sole ipotesi che non ricadono nell’ambito di applicazione della direttiva 2013/11, vale a dire le ipotesi di cui all’art. 2, par. 2 della direttiva 2013/11, le controversie contrattuali derivanti da contratti diversi da quelli di vendita o di servizi oltre quelle che non riguardino consumatori;

- se l’art. 1 par. 1 della direttiva 2013/11, nella parte in cui assicura ai consumatori la possibilità di presentare reclamo nei confronti dei professionisti dinanzi ad appositi organismi di risoluzione alternativa delle controversie, vada interpretato nel senso che tale norma osta ad una norma nazionale che prevede il ricorso alla mediazione, in una delle controversie di cui all’art. 2, par. 1 della direttiva 2013/11, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale della parte qualificabile come consumatore, e, in ogni caso, ad una norma nazionale che preveda l’assistenza difensiva obbligatoria, ed i relativi costi, per il consumatore che partecipi alla mediazione relativa ad una delle predette controversie, nonché la possibilità di non partecipare alla mediazione se non in presenza di un giustificato motivo”.

⁷⁵ La decisione della Corte di Giustizia è consultabile al link: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191706&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

⁷⁶ Osserva la Corte (*sub* 30 ss.) che, se è vero che il considerando 8 della Direttiva 2008/52 non vietava ai singoli Stati membri di applicare la stessa anche ai procedimenti di mediazione interni, il fatto che il legislatore italiano si sia avvalso di questa possibilità “non può avere l’effetto di ampliare l’ambito di applicazione della direttiva 2008/52, come definito all’articolo 1, paragrafo 2, della stessa”.

Premesso che la controversia principale potesse al più rientrare – quantomeno in astratto – nell’ambito applicativo della sola direttiva 2013/11, la Corte ha quindi demandato al giudice del rinvio di valutare se essa vi rientrasse *in concreto*, e cioè se si trattasse di una controversia: *a)* promossa da un consumatore contro un professionista con riguardo ad obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o servizi; *b)* soggetta ad una procedura di mediazione conforme ai requisiti di indipendenza, imparzialità, trasparenza, efficacia, rapidità ed equità previsti dalla predetta direttiva, suscettibile di: *c)* essere affidata ad un organismo ADR incluso nell’elenco di cui all’art. 20, par. 2, notificato alla Commissione, e pertanto rispondente ai requisiti di qualità previsti dalla direttiva. Solo in caso di ritenuta sussistenza di tutte le predette condizioni, il giudice del rinvio avrebbe potuto, e potrebbe, procedere al sindacato di compatibilità, con i principi della direttiva, di taluni aspetti normativi della disciplina normativa italiana della mediazione civile, quali l’obbligatorietà del previo esperimento della procedura, la necessità dell’assistenza legale e la previsione di sanzioni per la mancata partecipazione⁷⁷.

La declaratoria finale della Corte secondo cui la Direttiva 2013/11 osta ad una normativa nazionale, come quella sulla mediazione civile italiana, che obbliga il consumatore all’assistenza legale e gli consente di ritirarsi solo in presenza di un giustificato motivo, è dunque una declaratoria condizionata, la cui efficacia si esplica se, e solo se, il giudice del rinvio ritenga che la lite sottoposta al suo esame, e la relativa procedura di mediazione abbiano le caratteristiche di cui sopra⁷⁸. Ed è pertanto una declaratoria che, nell’immediato, difficilmente potrà avere un impatto significativo sulle mediazioni obbligatorie, posto che queste, in quanto estranee all’ambito operativo del d.lg. 130/2015, continueranno a svolgersi dinanzi ad organismi non qualificabili come “organismi ADR” ai sensi della Direttiva 2013/11, almeno fino a quando il Ministero della Giustizia e il Ministero dello sviluppo economico non avranno istituito il registro degli organismi

⁷⁷ A tal proposito la Corte precisa (*sub* 40), che la direttiva 2013/11 si applica non a tutte le controversie che abbiano come parte un consumatore, ma solo alle procedure che soddisfino i requisiti di cui nel testo.

⁷⁸ Per quanto attiene all’obbligatorietà delle procedure di mediazione nelle materie di cui all’art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010 (segnatamente per le liti in materia bancaria, finanziaria e assicurativa), la Corte di Giustizia conferma l’orientamento a suo tempo espresso dalla sentenza *Alassini*, dichiarando che la direttiva 2013/11 non osta ad una normativa nazionale che preveda il ricorso a una procedura di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda, purché non sia impedito alle parti l’esercizio del diritto di accesso al sistema giudiziario (valutazione, anche questa, rimessa dalla Corte al giudice del rinvio).

specializzati in materia di consumo previsto dall'art. 16 del d.lgs. 28/2010 ovvero l'elenco degli organismi ADR ai sensi dell'art. 141-*decies* Cod. Consumo⁷⁹.

La Corte di Giustizia ha dunque “salvato”, almeno per ora, il regime dualistico italiano di protezione del consumatore nel settore delle procedure ADR, avallando una differenziazione di tutela a seconda che il ricorso a tali procedure sia volontario, o imposto dalla legge come condizione di procedibilità della domanda. Ed a fronte di ciò, all'interprete non resta che prendere atto di quanto lunga sia, ancora, la strada per il superamento dell'attuale frammentazione del sistema.

Camerino, dicembre 2017.

⁷⁹ L'art. 141-*octies*, lett. a), Cod. Consumo (così come introdotto dal d.lg. 130/2015), individua infatti nel Ministero della Giustizia unitamente al Ministero dello sviluppo economico le autorità competenti ai fini dello svolgimento delle funzioni di cui agli artt. 141-*nonies* e -*decies* (iscrizione nell'elenco degli organismi ADR, gestione dell'elenco e relativa vigilanza) con riferimento al registro degli organismi di mediazione relativo alla materia del consumo.

FELICE MERCOGLIANO*

*Genovesi, la 'Diceosina' e la legislazione matrimoniale augustea.
Brevi note e riflessioni, con una considerazione romanistica***

Sommario: 1.- Genovesi e l'illuminismo nella Napoli del Settecento. 2.- Giustizia ed etica nella *Diceosina*. 3.- Il valore esemplare della legislazione matrimoniale augustea.

1. *Genovesi, la 'Diceosina' e l'illuminismo nella Napoli del Settecento*

Antonio Genovesi, nato nel 1713 a Castiglione (Salerno) scrisse, dal 1764 fino alla sua morte nel 1769 a Napoli, l'opera quasi della sua vita, rivolta all'insegnamento essenzialmente dell'etica, orientata alla giustizia e all'onestà morale, intitolata *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*¹.

La *Diceosina* costituisce il suo maggior lascito scientifico, di una vita intrisa di polemica politica, che lo vide protagonista come autore innovativo rispetto alle correnti intellettuali precedenti in quel secolo dei Lumi di una vivacità culturale unica. L'illuminismo divampava, infatti, nella «Napoli di Genovesi»². Pare appena il caso di ripassare qua e là un

* Professore associato di *Fondamenti del diritto europeo e di Storia del diritto romano presso l'Università di Camerino. Affidatario di Istituzioni di diritto romano presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara*

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *double blind peer-review*. Munito di note essenziali, è il testo dell'intervento tenuto al convegno su «Il non profit e l'economia civile», che ha avuto luogo il 25 maggio 2017 all'Università di Camerino.

¹ Domenico Terres, Napoli 1777.

² «La Napoli di Genovesi» è il titolo di un capitolo del volume di F. VENTURI, *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*, Einaudi, Torino 1969, 523-644, al quale rinvio per un'analisi critica di dati e problemi circa vicende personali ed opere di Genovesi, inquadrare nella cornice del moto riformatore, che fu «il filo rosso del nostro Settecento» (*ibid.*, xv).

paio di belle pagine, riferite alla genesi ed all'impronta educativa della *Diceosina* di Genovesi, scritte da Franco Venturi³: «Ad un libero insegnamento dell'etica egli dedicò una parte importante dell'ultimo periodo della sua vita. Nel 1765 usciva *De iure et officiis in usum tironum libri II*, subito ripreso, nel 1767, in una seconda edizione “elegantior, duobus tomis comprehensa”, “ex typographia simoniana”. Era pieno di notazioni stimolanti, di discussioni con Montesquieu e Helvétius, Prémontval e Rousseau, Muratori e Hume. Dall'esigenza di dare, anche per questa scienza, un testo italiano nacque uno dei suoi libri più fortunati, *Della Diceosina, o sia della filosofia del giusto e dell'onesto per gli giovanetti ...* Anche quest'opera, come tante altre sue, gli era ‘cresciuta sotto il torchio’, come egli diceva, stampata a mano a mano che le pagine uscivano dalla sua penna, disordinata e sincera, con un certo piglio di rapsodia giornalistica e di diario personale delle sue letture e riflessioni che già stupì i contemporanei e che costituisce l'attrattiva e la causa insieme della caducità di questa e di altre simili produzioni genovesiane. Ristampata con aggiunte, sempre da Simone nel 1771, la *Diceosina* venne rimessa in circolazione, di molto aumentata, su un manoscritto lasciato dall'autore, nel 1777, dal libraio Domenico Terres. L'opera avrà una decina di edizioni. Parve diventare davvero il manuale ‘della filosofia del giusto e dell'onesto’, quale egli aveva voluto che fosse. Tutti i problemi, dalla metafisica all'economia, erano considerati dal punto di vista etico e riscaldati da quel senso profondo di umanità che stava al cuore della sua personalità e che egli poteva qui dispiegare senza gli ostacoli frapposti dalle preoccupazioni metafisiche e teologiche. Vivo è il senso di questa larga, comune, classica morale che è suo compito riaffermare e porgere ai ragazzi, in mezzo ad una società disfatta, corrotta, piena di infinite brutture».

Formare i giovani al senso profondo della giustizia, non a caso, fu lo sbocco di una personalità unica qual era quella di Genovesi. In quell'Italia del Settecento che ai poteri dispotici sapeva rispondere con fierezza e coraggio per un nuovo cammino di idee e pensiero. L'illuminismo aveva trovato la sua elaborazione principalmente in territorio francese grazie alla grande attività organizzativa promossa dagli Enciclopedisti. Attraverso l'illuminismo francese i riformatori italiani, come parte dell'ampio movimento rinnovatore europeo, giunsero ad una loro dimensione originale di natura pratica, più che filosofica e

³ F. VENTURI, *Settecento riformatore*, cit., 600-601.

speculativa, rivolta in altri termini a questioni essenzialmente economiche e giuridiche. La finalità fondamentale perseguita sembrava essere il progetto di una nuova organizzazione sociale mediante efficaci strumenti legislativi, amministrativi ed economici, come propugnava appunto Genovesi nel suo *Discorso sopra il vero fine delle lettere e delle scienze*⁴. Quest'ultimo s'inserisce appieno in un contesto europeo, rinnovato dagli illuministi, nel quale i modelli francesi stanno imponendo una nuova cultura. Si affacciavano anche nuovi tecnicismi, ma – come ha affermato Eluggero Pii⁵ – vi aggiungeva Genovesi «la ricerca del legame tra contenuti culturali e bisogni della società. Il nesso cultura-realtà e cultura-società fecero del *Discorso* genovesiano il vero ... manifesto dell'illuminismo napoletano»⁶.

Il riformismo a Napoli si mostrò attivo soprattutto in funzione antifeudale ed anticurialista, dapprima durante il regno di Carlo di Borbone (1734-1759), poi sotto la reggenza del ministro Bernardo Tanucci, allorché Carlo lasciò Napoli per passare sul trono di Spagna. Un gruppo particolarmente impegnato di intellettuali riformatori si rivolse allora soprattutto ai problemi teorico-pratici del diritto e dell'economia. V'era però una forte sopravvivenza delle strutture feudali e la presenza egemonica di una classe baronale di latifondisti, detentori di gran parte del patrimonio terriero, sotto la protezione di un fitto tessuto di privilegi e di immunità⁷. Ma s'era ora aperta la strada ai giovani della nuova generazione, formatasi nell'atmosfera politica del regno meridionale da quando, nel 1734, Carlo di Borbone l'aveva strappato agli austriaci e costituito in regno autonomo. Il vecchio toscano Bartolomeo Intieri divenne il punto di riferimento per coloro che allora stavano assimilando le idee innovatrici. Sarà lui a consentire ad Antonio Genovesi di salire sulla prima cattedra di economia politica introdotta in Italia, denominata con il nome sintomatico di Mec-

⁴ Sul punto cfr. G. SCALIA, *Introduzione*, in ID. (cur.), *Illuminismo e riforme nell'Italia del Settecento*, Zanichelli, Bologna 1970, rist. 1976, 8-9. Il *Discorso sopra il vero fine delle lettere e delle scienze* uscì come una sorta di introduzione all'opera di Ubaldo MONTELATI, *Ragionamento sopra i mezzi più necessari per far rifiorire l'agricoltura del p. abate d. Ubaldo Montelatici della congregazione lateranense colla Relazione dell'erba orobanche detta volgarmente succiamele e del modo di estirparla del celebre Pier-Antonio Micheli con un discorso di Antonio Genovesi Regio Professore d'Etica sopra il vero fine delle lettere e delle scienze. Il tutto dedicato al signor Bartolomeo Intieri*, Giovanni di Simone, Napoli 1753 (ma 1754), ora rist. in R. PATALANO, *Antonio Genovesi*, «I momenti d'oro dell'economia», Luiss University Press, Roma 2012, 51-77.

⁵ Alla monografia di E. PII, *Antonio Genovesi dalla politica economica alla «politica civile»*, Leo S. Olschki, Firenze 1984, rinvio per un itinerario ben documentato di Genovesi, con solido impianto storiografico e bibliografia in dettaglio.

⁶ E. PII, *Antonio Genovesi*, cit., 26.

⁷ In tal senso, G. SCALIA, *Introduzione*, cit., 16.

canica e commercio. Come è stato posto in rilievo⁸: «Quando Intieri incontrò Genovesi, questi usciva da una crisi profonda, la crisi stessa della cultura tradizionale, metafisica e teologica, disputatrice ed accademica, alla ricerca di qualche cosa di nuovo e di diverso. Una vera e propria conversione sarà la sua, che lo porterà dalla morale allo studio della società, dalla filosofia all'economia», da quest'ultima – aggiungerei – all'economia civile infine.

Rinnovare la società e l'economia, dunque, costituì il fine dell'attività di Genovesi e del suo 'mercantilismo'⁹ nel «tentativo che ben riflette il vivo bisogno di concretezza e la gran voglia di fare ingenerati in Genovesi dalla lezione di Intieri e dallo stesso clima creato dall'anticurialismo giannonianiano»¹⁰. Ben presto sorse pure un senso di svalutazione della legislazione positiva, in cui caddero i fautori stessi delle riforme, come Genovesi. Questi ultimi «nel momento in cui le proponevano, non potevano fare a meno di prospettarsi l'inconveniente attuale e concreto dell'inflazione legislativa, il pericolo di accrescerla ... Ad un concetto ampliato della società, non poteva che corrispondere una legislazione assolutamente elementare»¹¹.

Nel medesimo ambiente culturale di Genovesi – è il caso, ad es., del suo valente allievo Gaetano Filangieri – dalla riflessione sul diritto scaturiva un nesso tra l'esigenza di norme giuridiche generali, semplici, chiare e comprensibili con una serie di critiche mosse al diritto romano. Ma ad essere soprattutto osteggiata era la vecchia impostazione del potere politico, al quale si ricollegava per affinità la radicata scienza romanistica, quasi come un necessario obiettivo congiunto, in vista di una rottura radicale con il passato. Filangieri esprimeva certo un orientamento illuminista di matrice francese, ma rivolto alla scienza 'madre' del diritto qual era la scienza del diritto romano in una direzione che nell'immediato avvenire sarebbe stata smentita ideologicamente dall'affermazione di metodologie scientifiche nello studio dei vari settori del diritto, in misura crescente e autonoma nello spazio eu-

⁸ Da F. VENTURI, *Riformatori napoletani*, in *Illuminismo e riforme*, cit., 108-109.

⁹ Su ciò si v., per tutti, A.M. FUSCO, *Antonio Genovesi (e il suo mercantilismo «rinnovato»)*, in ID., *Visite in soffitta. Saggi di storia del pensiero economico*, Editoriale scientifica, Napoli 2009, 47-68 con riferimenti bibliografici.

¹⁰ Sono le parole di A.M. FUSCO, *Antonio Genovesi (e il suo mercantilismo «rinnovato»)*, cit., 53; su Giannone cfr. R. AJELLO, *Giuristi e società al tempo di Pietro Giannone*, Jovene, Napoli 1980.

¹¹ Così, a proposito di Genovesi, R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Jovene, Napoli 1976, 88-89.

ropeo. Infatti dall'Ottocento, puntualizza molto bene Casavola¹², «si sarebbe costituita in Europa, a partire dalla Germania, una scienza del diritto, perseguita con articolazioni specialistiche sempre più ora concettualizzate ora tecnicizzate nel nostro secolo, che nulla aveva in comune con la settecentesca 'scienza della legislazione'. In realtà quella 'scienza' alla cui elaborazione si dedicò Filangieri era una scienza del governo mediante le leggi. Il suo destinatario era il legislatore dello Stato moderno, invitato a liberarsi della morta e dannosa eredità del diritto romano comune. La scienza della legislazione è un prodotto razionale che si oppone al diritto romano inteso come prodotto storico, corpo di norme compilate da un imperatore autocratico e mostruosamente ingigantito dai commenti e dalle discordi opinioni dei dottori dell'età medievale fino ai giorni dei Lumi».

In percorsi ideologici come quelli di Filangieri tuttavia sono evidenti, per un romanista almeno, accostamenti impropri tra un senso dispregiativo attribuito all'antico e una sorta di innovazione che superi l'antico in tutti i campi del sapere scientifico giuridico. In altri termini, un antagonismo insanabile tra esperienze oggetto di studio storiografico e norme rispondenti all'attualità, le sole che avrebbero dignità di diritto positivo vigente. A proposito di tali operazioni concettuali, percorse da un esibito spirito innovativo, sarebbe sempre opportuno ricordare appena una celebre frase di Francesco De Martino: «in ogni tempo il diritto romano ebbe aspre inimicizie, le quali passarono come soffi di vento sulle vette di boschi, che avevano sfidato le tempeste e la lunga notte dei secoli di mezzo»¹³.

2. Giustizia ed etica nella 'Diceosina'

Torniamo a quella magnifica opera, elevata espressione dell'illuminismo europeo, che è la *Diceosina* scritta da Genovesi sin dal 1764. Oggi si può prendere come riferimento una affidabile edizione recente, pubblicata nel 2008¹⁴. L'impianto espositivo di Genovesi è percorso da una solida formazione connotata dalle fonti dell'antichità classica. Non v'è una an-

¹² F.P. CASAVOLA, *Filangieri, la scienza della legislazione e la religione* (1994), in *Ritratti italiani. Individualità e civiltà nazionale tra XVIII e XXI secolo*, Guida, Napoli 2010, 51-52.

¹³ Mi permetto di rinviare sul punto a F. MERCOGLIANO, *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, in *Index* 33, 2005, 91 [= ID., *Fundamenta*², Satura, Napoli 2012, 43]; cfr. sulla stessa frase, a proposito della problematica dell'individualismo, M.P. BACCARI, *Alcuni principi di diritto romano per la difesa dell'uomo nella globalizzazione*, in *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica* 1, 2005, 26.

¹⁴ Per i tipi delle Edizioni della Laguna dal Centro di Studi sull'Illuminismo europeo «Giovanni Stiffoni» che ha sede presso l'Università Ca' Foscari di Venezia: A. Genovesi, *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, cur. N. GUASTI, Edizioni della Laguna, Mariano del Friuli (GO) 2008.

tiquata visione del diritto romano, come sembra ancora fosse propria di Cirillo (che pare detestasse Genovesi) avverso Muratori, che con la sua opera eminente che tratta *Dei difetti della giurisprudenza* aveva già posto le basi per una riconsiderazione della storicità del diritto, non in chiave di brutta opposizione al passato¹⁵.

In realtà, oltre e più che avversioni o preferenze per lo studio dell'esperienza giuridica romana, si era «aperto un ampio squarcio di storia del pensiero giuridico, una storia popolata di figure eminenti e significative, quasi tutte ormai votate, non già all'esegesi delle norme, o anche, e più nobilmente, alle proposte di riforma di singoli istituti, ma ad un riassetto globale dell'ordinamento giuridico, con particolare riguardo alle fonti del diritto: figure dunque, molto spesso, più di politici del diritto che di giuristi in senso stretto¹⁶.

Ma è senz'altro da notare pure¹⁷, come Genovesi non rinunci ad «utilizzare gli autori classici in maniera diretta, per cui rinveniamo nella *Diceosina* l'intero repertorio di poeti (Omero, Eschilo, Euripide, Lucrezio, Orazio, Virgilio), di storici (Erodoto, Polibio, Livio, Sallustio, Tacito, ecc.), di filosofi (Lucrezio, Platone, Aristotele, Seneca, Cicerone, ecc.), di giuristi (Ulpiano e i tanti commentatori successivi del *Digesto* e delle *Pandette*). La riscoperta della cultura greco-romana, che spesso appare filtrata dai pensatori moderni come Locke, Vico e Shaftesbury, si prefiggeva quindi di individuare nella storia e nel pensiero antico le tracce dei diritti e dell'eguaglianza naturali. In tal senso l'influsso dello stoicismo (in particolare di Epitteto) ... è evidente, tanto da condurlo sulla soglia, che comunque non riesce o vuole varcare, della laicizzazione della morale». Infatti era pur sempre un abate, Genovesi, e

¹⁵ Sulle polemiche a Napoli scaturite soprattutto dall'opera di Muratori, che, intessute di studio del diritto romano e del sapere accademico, s'intersecano con le vicende di Genovesi, si v. F. VENTURI, *Riformatori napoletani*, in *Illuminismo e riforme*, cit., 169-170: «La discussione più interessante venne da Napoli, dove la situazione era tutt'altro che immobile. Uno dei giuristi più in vista, Gioseffo Pasquale Cirillo, 'professor di leggi nella università di Napoli', vi ristampò l'opera muratoriana, aggiungendovi della rapide sue osservazioni, dedicate a Bernardo Tanucci. Erano lo sfogo d'uno specialista irritato di veder invaso il suo campo e la sua disciplina. Certo Muratori era un grand'uomo. 'Ma s'e' si fosse rimaso di scrivere intorno alla giurisprudenza avrebbe fatto per mio giudizio gran senno'. Per capire il diritto bisognava essere professori. Seneca, Tacito, Poliziano, Valla si erano sbagliati ripetutamente in materia di diritto romano. E così Muratori ... Quando poi Cirillo scendeva al concreto, si limitava a criticare singoli e specifici punti ed interpretazioni muratoriane delle leggi romane».

¹⁶ Sono affermazioni del compianto R. BONINI, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, Pàtron, Bologna 1985, 5-6, che si v. spec. per le proposte del Muratori, di ascendenze individuabili chiaramente nel Domat per quanto concerne l'operazione di necessario svecchiamento delle operazioni concettuali a cui sottoporre la compilazione giustiniana, che conferma la dimensione europea del dibattito giuridico settecentesco (ivi, 15-27).

¹⁷ Con N. GUASTI, *Un caso editoriale: la Diceosina di Antonio Genovesi*, in A. GENOVESI, *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, cit., xxv-xxvi.

aveva avuto problemi di censura ecclesiale anche nella liberale Napoli che mai accettò il tribunale dell'inquisizione, ma la *Diceosina* risulta essere il primo vero trattato di morale in Europa, fondato sul linguaggio dei diritti dell'uomo e sulla edificazione di un'idea di giustizia¹⁸. Anzi, coniando un neologismo, Genovesi, estremamente attento sulle orme di Vico all'etimologia, fa uso del termine greco che significa giusto (*δικαιος*) per farne derivare *δικαιοσύνη*, nel senso di concreta pratica di giustizia.

Secondo Genovesi, la giustizia andava intesa, in sostanza, in un duplice senso e, inserendosi in un annoso dibattito sull'eguaglianza, infatti chiariva¹⁹: «Esistono due tipi di giustizia: 1. Quella commutativa che si fonda sull'eguaglianza aritmetica e quindi su un principio di identità ...; 2. La giustizia distributiva, che segue invece un'eguaglianza geometrica, cioè un'eguaglianza sotto un certo rapporto, una proporzione tra diversi bisogni: essa misura quindi il merito, la stima, il valore».

Vale forse la pena di rivolgere, a proposito della giustizia, uno sguardo all'aspetto problematico della storicità del diritto e del ruolo del diritto romano nella cultura dell'abate campano, considerato che è stato sottolineato²⁰ quanto Genovesi condivida a ragione «uno dei capisaldi della riflessione vichiana poiché crede che il diritto civile si determina storicamente, è un fatto storico; nello stesso tempo si rifiuta di immaginare, come gli altri giusnaturalisti, uno stato di natura astratto, frutto di una costruzione logica, preferendo (come Vico) partire dalla prima forma di comunità, e cioè la famiglia. Questa impostazione porta Genovesi a rivalutare, sulle tracce di Vico, la poesia greca e il diritto romano, i quali vengono considerati veri e propri contenitori degli autentici principi del diritto naturale (una volta depurati dalle contaminazioni successive ... Non si tratta però di una relativizzazione della legge di natura, che è universale e immutabile, quanto della convinzione che sia l'applicazione della stessa attraverso le leggi civili a variare a seconda dei costumi e dei contesti culturali; questa posizione, i cui presupposti metodologici e interpretativi essenziali Genovesi trae dalla 'scuola storica' napoletana, rappresenta una prima definizione di ciò che Filangieri chiamò venti anni dopo "bontà relativa delle leggi"».

¹⁸ In tal senso, si v. V. FERRONE, *Introduzione*, in A. GENOVESI, *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, cit., v.

¹⁹ Seguo ancora l'affidante ricostruzione di N. GUASTI, *Un caso editoriale*, cit., xxiv-xxv.

²⁰ Si v. N. GUASTI, *Un caso editoriale*, cit., xxviii-xxix.

Queste ultime acute osservazioni ci portano, sotto il profilo cronologico, ormai a ridosso della stagione delle codificazioni che – a partire dalla Francia napoleonica – disegneranno un volto nuovo a tutta l'Europa e ai Paesi extraeuropei che della nostra tradizione romanistica nutriranno i loro codici; ma per quanto concerne gli aspetti di teoria generale del diritto siamo giunti ad un vero dilemma. Si tratta della dialettica tra diritto naturale (o, meglio, equità) e diritto positivo²¹, su cui ci ha lasciato una memorabile prolusione Vittorio Scialoja, pronunciata a Camerino nel 1879²². Il vero risultato cui era pervenuto Genovesi mi sembra fosse quello che disgiungeva la morale dal diritto. Da vecchio professore di Etica nell'Università partenopea sin dal 1745, egli oramai aveva compreso che «chiarire i fondamenti della morale nasceva da una ben precisa volontà pratica, e cioè riformare i vizi della legislazione. In altri termini una nuova definizione dei principi dell'etica appariva a Genovesi il primo passo per promuovere le scienze politiche ed economiche, senza le quali la società coeva non poteva progredire. Emergeva con forza quella proiezione riformistica, politica quindi, che caratterizzò l'ultima fase della vita di Genovesi ... Queste stesse motivazioni avevano stimolato Genovesi, almeno dal 1754, e cioè dalla creazione della cattedra ... di meccanica ... ad individuare nei giovani gli interlocutori privilegiati della rifondazione delle antiche discipline, i cui principi erano stati malintesi (in particolare la morale e la politica); e anche della definizione di quelle nuove (come l'economia), il cui statuto scientifico appariva ancora fluttuante ed incerto. Solo formando la gioventù si poteva sperare che le generazioni future avrebbero rifiutato i vecchi pregiudizi e continuato a battere la strada del progresso delle conoscenze»²³.

3. *Il valore esemplare della legislazione matrimoniale augustea*

Dunque, la formazione civile secondo Genovesi avrebbe dovuto essere acquisita dai giovani, nell'ambito per essi più consono degli insegnamenti universitari, al fine di illustrare la dialettica tra morale e leggi. Un modello nel passato adatto a spiegare ciò Genovesi lo ritrova nella storia romana. Per la precisione, Genovesi si rivolse alla vicenda esemplare della

²¹ Per una panoramica recente in materia si v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2013.

²² Su cui mi sia consentito rinviare a F. MERCOGLIANO, *Italia «legibus fundata». Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità*, in ID., *Fundamenta*², cit., 231-243.

²³ Così N. GUASTI, *Un caso editoriale*, cit., xii-xiii.

legislazione matrimoniale augustea. Leggi, con tenacia promosse e fatte approvare ad opera di Augusto, in un arco di tempo che coprì quasi per intero il suo principato allo scopo di una riforma dei costumi mediante la diffusione della delazione fiscale, che suscitò opposizione, ma pure consenso²⁴.

Ebbene, nel cap. II, che reca la rubrica *Della legge morale generalmente*, del primo libro (dal titolo *Della natura dell'Uomo, della legge del Mondo, e de' doveri generali*) della *Diceosina*, al § 5 si legge: «... nelle ben regolate Repubbliche si punisce il male colle pene, e si promuove il bene col solletico de' premj, che vuol dire, si punisce chi non fa del bene pel dolore della perdita del premio; che si dà a' virtuosi. La legge Papia Poppea punisce i celibi col non dar loro de' premj...»²⁵.

La legge Papia Poppea approvata nel 9 d.C. al culmine della legislazione matrimoniale augustea, intesa a realizzare il programma riformatore augusteo per accrescere l'autorità maritale e la compattezza della famiglia, introdusse incapacità successorie per i celibi e i coniugati senza figli. In estrema sintesi, i *caelibes* non potevano ricevere (cioè «*capere*» e da qui viene «incapacità») se non si fossero sposati o fidanzati entro 100 giorni dall'apertura della successione ereditaria. Gli *orbi* (sposati senza figli) avrebbero potuto avere soltanto la metà. I beni ereditari che non andavano loro divenivano «*caduca*» e potevano essere rivendicati dagli eredi o collegatari che fossero padri, altrimenti finivano nell'erario o nel fisco, ma qualsiasi cittadino poteva a questo punto quale delatore rivendicarli ed ottenere una quota del loro valore²⁶.

Dalla proposta di moderare la *lex Papia Poppaea* avanzata nel 20 d.C., Tacito trae lo spunto per un celeberrimo *excursus* critico *de principibus iuris*²⁷, che inizia così, permettendo allo storico latino di risalire alle cause della moltitudine di leggi a cui si è pervenuti²⁸ e fondare

²⁴ Si v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Exsecranda pernicies. Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Jovene, Napoli 1984, rist. 1993, 121-166; nonché ID., *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*³, Jovene, Napoli 2010, cfr. ora ID., *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, Jovene, Napoli 2013.

²⁵ A. GENOVESI, *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, cit., 36.

²⁶ Cfr. sulle misure normative della *lex Papia Poppaea*, per tutti, T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Exsecranda pernicies*, cit., 160-166.

²⁷ In Tac. *ann.* 3.26.1-28.4, su cui si v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Exsecranda pernicies*, cit., 139-147.

²⁸ Come afferma Tac. *ann.* 3.26.2: *Ea res admonet, ut de principibus iuris et quibus modis ad banc multitudinem infinitam ac varietatem legum perventum sit, altius disseram.*

su ciò una polemica sugli effetti perversi scaturiti da essa, cioè l'iniziativa processuale ad opera di delatori privati stimolati da guadagni personali²⁹:

Tac. *ann.* 3.25.1. Relatum dein de moderanda Papia Poppaea, quam senior Augustus post Iuliae rogationes incitandis caelibum poenis et augendo aerario sanxerat. Nec ideo coniugia et educationes liberum frequentabantur praevalida orbitate; ceterum multitudo periclitantium gliscebat, cum omnes domus delatorum interpretationibus subverterentur, utque antehac flagitiis, ita tunc legibus laborabatur.

Genovesi, dal canto suo, non ebbe dubbi evidentemente a portare come esempio la *lex Papia Poppaea* per attestare l'azione riformatrice che la legge può tentare di esercitare sui costumi e la morale, tuttavia non s'addentrò nei contrasti e gli sviluppi nefasti che videro in seguito il metodo delatorio intorbidire il diritto criminale romano. La più complessa questione della coercibilità della morale tramite il diritto, dal punto di vista storico-giuridico testimoniato dalla vicenda della legislazione matrimoniale augustea in modo emblematico, richiederebbe però ben altro approfondimento, qui ed ora impossibile³⁰.

In conclusione, quindi, può appena dirsi che Genovesi s'era formato anche con lo studio dell'esperienza giuridica romana alla vera missione del docente che aspira a trasmettere una formazione civile, sia essa tramite la storia, l'economia, la filosofia o altre discipline che tutte dovrebbero tendere ad insegnare la solidarietà per un sentire comune di eguaglianza e rispetto delle leggi.

²⁹ Sulla critica tacitiana di recente cfr. P. GIUNTI, *Il mare del diritto. Legalità e famiglia in Roma antica*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di C. STORTI, Giappichelli, Torino 2016, 6-10, con la giusta osservazione (ivi, 8) che la polemica tacitiana al contempo denuncia «gli esiti perversi di tale manovra sul piano fiscale (il meccanismo premiale ha scatenato i delatori, flagello peggiore di ogni male) ed il suo fallimento sul piano applicativo (la soluzione normativa e le pene previste non hanno invertito la tendenza verso una crescente disaffezione per matrimoni e procreazione)».

³⁰ Per un saggio che ultimamente esamina il problema del duplice obiettivo del risanamento dei costumi e dell'incremento demografico, perseguito da Augusto tramite le sue leggi (dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. sino alla *lex Papia Poppaea* del 9 d.C., alla luce soprattutto della condizione giuridica femminile), si v. G. COPPOLA BISAZZA, *La posizione giuridico-ideologica della donna nella legislazione augustea e le innovazioni giustinianee: due concezioni a confronto*, in *Koinonia* 40, 2016, spec. 165-197.

Abstract

The paper, beginning by making a few brief points about Antonio Genovesi during the Eighteenth-century Neapolitan Enlightenment and a quick look at his *Diceosina*, points out *Iex Papia Poppaea* which in Genovesi's treatment can serve as a model for Ethics which is used in rewarding ethical virtues (marriage and parentage) through legislative instrument.

Abstract

Il contributo, premesse alcune brevi considerazioni su Antonio Genovesi, nella cornice illuministica napoletana settecentesca, ed un rapido sguardo alla sua *Diceosina*, accenna alla *lex Papia Poppaea* che, nella trattazione di Genovesi, ricopre valore esemplare per la funzione etica svolta nel premiare virtù etiche (matrimonio e filiazione) tramite lo strumento legislativo.

Camerino-Pescara, dicembre 2017.

FERNANDO NETTO BOITEUX*

*Direito à verdade na atividade empresarial: uma perspectiva constitucional***

Sommario: 1. Introdução. – 2. A função social da propriedade. – 3. A função social do contrato. – 4. A função social da empresa. – 4.1 Responsabilidade empresarial e função social – 4.2 A função social da empresa no direito positivo. – 4.3 A responsabilidade social da empresa e os interesses externos. – 5. Conclusões.

1. *Introdução*

Na visão dos economistas clássicos, a atividade econômica não gerava nenhum exercício compensador de poder, pois se presumia que a empresa fosse pequena em relação ao mercado a ser abastecido¹. O capital nela empregado era fornecido por poucas pessoas, e, em contrapartida, elas contraíam responsabilidade pessoal pelas dívidas. O princípio que presidia a legislação regente da sua atividade era o do sigilo, não o da transparência: o legislador buscava proteger o empresário de seus concorrentes.

Essa realidade sofreu profundas modificações a partir da Revolução Industrial: os capitais envolvidos na atividade empresarial aumentaram de valor, o número de investidores se ampliou, a quantidade de empregados cresceu, o poder sobre o mercado consumidor se incrementou e o impacto sobre a população ganhou relevância. O poder da empresa passou a requerer regulamentação.

* *Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual foi Professor Doutor. Advogado*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-reviem. Estudo realizado para a IV Giornate Internazionali su “Diritto alla verità, alla memoria, all’oblio”, promovida pela Cátedra UNESCO “Diritti umani e violenza: governo e governanza”, Itália, novembro de 2016.*

¹ GALBRAITH, John Kenneth. *O novo estado industrial*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 56.

A partir da década de 1920, em especial após a crise econômica de 1929, não apenas o Estado, com o New Deal, mas também uma parcela dos empresários compreendeu que a atividade econômica envolvia a consideração de outros interesses que não os do capital. A par da regulamentação mais ampla da atividade empresarial surgiu a preocupação com o impacto da empresa sobre interesses externos a ela.

Hoje, não resta dúvida de que a atividade empresarial afeta, de forma positiva ou negativa, a vida dos investidores que não participam do controle das sociedades, dos trabalhadores na empresa e da comunidade em que ela atua, abrangendo direitos e interesses individuais, coletivos ou difusos. Dentre estes últimos, o direito ao meio ambiente equilibrado é o exemplo mais marcante.

A partir do exame da função social da propriedade, do contrato e da empresa (Constituição Federal, Código Civil de 2002 e Lei nº 6.404/76, respectivamente), buscamos determinar em que medida as pessoas afetadas pela atividade empresarial têm direito de exigir dos empresários informações verdadeiras e adequadas sobre as questões que lhes dizem respeito.

2. *A função social da propriedade*

A propriedade, na *Magna Carta* de 1215 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tinha a finalidade de defender o indivíduo contra o poder do Estado. Tanto é que esta última definia a propriedade como “direito inviolável e sagrado”.

O primeiro texto legal a consagrar a *função social da propriedade* foi a Constituição de Weimar de 1919². A Constituição da República Italiana de 1948 exclui a propriedade dos direitos fundamentais e prevê a sua função social. Na Constituição espanhola de 1978, a propriedade está limitada pela sua função social.

A Constituição Federal brasileira de 1988 tem entre seus fundamentos a garantia do direito de propriedade, que atenderá à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). A ordem econômica atenderá aos mesmos princípios (art. 170, II e III). Mas, até recentemente, essa função não configurava princípio jurídico, e se confundia, em regra geral, com as

² Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar), art. 153, última alínea: “A propriedade obriga. Seu uso, ademais, deve servir ao bem comum”.

tradicionais limitações ao exercício do direito de propriedade. Ela só passou a despertar a atenção dos estudiosos a partir da edição do Código Civil de 2002, que prevê a função social do contrato³.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, ainda que afirme a função social da propriedade, individual ou produtiva, tem entendido sua aplicação à propriedade individual como uma restrição ao seu uso. No caso da propriedade produtiva, entende que ela constitui um poder-dever e exige do proprietário uma postura ativa. Em síntese:

a) a *propriedade individual*, na qual se inclui a propriedade da terra, representaria direito individual: “um meio destinado a proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais”, exigindo apenas “que o proprietário não a utilize em prejuízo de outrem (sob pena de sofrer restrições decorrentes do poder de polícia)”⁴;

b) a *propriedade dos bens de produção*, aquela que “não fica adstrita à finalidade de prover o sustento do indivíduo e o de sua família”, ou excede “o suficiente para o cumprimento da função individual”, está sujeita ao cumprimento de uma função social, que exige do proprietário uma postura ativa e impõe-lhe “respeitar a legislação trabalhista e ambiental, além de favorecer o bem-estar dos trabalhadores”, tornando-a “um poder-dever”⁵;

c) a “ordem constitucional-legal brasileira não garante ao proprietário e ao empresário o máximo retorno financeiro possível dos bens privados e das atividades exercidas”⁶.

d) no direito de propriedade, seja ela individual ou de bens de produção, estão contidos “atributos públicos” que dizem respeito à proteção do meio ambiente; por serem públicos, não integram a propriedade⁷.

Em *conclusão parcial*, o direito à propriedade privada na Constituição Federal de 1988 é direito subjetivo, ainda que o exercício desse direito, no que se refere à *propriedade individual*,

³ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-396.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.138.517/MG, Segunda Turma, relator Ministro Humberto Martins, votação unânime em 18/08/2011, Diário da Justiça eletrônico de 01/09/2011, ementa (transcrição parcial).

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.138.517/MG, citado.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.109.778/SC, Segunda Turma, relator Ministro Herman Benjamin, votação unânime em 10/11/2009, Diário da Justiça eletrônico de 04/05/2011.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.109.778/SC, citado.

esteja sujeito a limitações no seu uso, decorrentes das normas constitucionais e infraconstitucionais. A *propriedade dos bens de produção*, aqueles que não estão adstritos à finalidade de prover o sustento do indivíduo ou de sua família, têm uma função social, de maneira que o seu uso está condicionado a uma postura ativa do proprietário para a realização das finalidades constitucionais.

3. *A função social do contrato*

A concepção de contrato nas grandes codificações burguesas, a saber, o Código Civil francês de 1804 (*Code Napoléon*) e o alemão de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), respeitadas as diferenças entre eles, representa a ideologia da liberdade contratual⁸. O contrato decorre da vontade individual, razão de ser da sua força obrigatória⁹: sua matriz é a mesma que levou ao reconhecimento do direito de propriedade como direito absoluto¹⁰.

Com o reconhecimento do Estado Social e dos novos valores que nele se fazem presentes – a Constituição Federal de 1988 tem entre seus fundamentos a “dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, incisos III e IV, respectivamente) –, deixou-se de reconhecer à vontade, exclusivamente, o poder de produzir efeitos jurídicos¹¹. Atualmente, na expressão “autonomia privada” “está implícita a existência coletiva ou comunitária, exercida na (e pela) sociedade civil (...)”, como sintetiza Judith Martins-Costa¹².

Dispõe o artigo 421 do Código Civil de 2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Esse dispositivo legal é pioneiro nos

⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 40.

⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Vol. 3, 4ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 19.

¹⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Ob. Cit., p. 42-46.

¹¹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 23. Entre nós: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30-31.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético e solidarista. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 346. Nossa doutrina, na vigência do Código Civil de 1916, adotava as expressões “autonomia da vontade” ou “autonomia privada” com um único sentido, como se vê, por exemplo, em Pontes de Miranda (MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. Vol. 3, 4ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 54) e Vicente Ráo (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, s/data, p. 44-46).

sistemas de direito privado ocidental, de maneira que seu alcance e interpretação ainda não se encontram estabelecidos¹³.

A corrente à qual nos filiamos entende que “a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública”, razão pela qual ela “é considerada um fim para cuja realização ou preservação se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes”¹⁴.

4. *A função social da empresa*

Questiona-se, há quase um século, se a empresa deve buscar, prioritariamente, o aumento do seu valor, somente para beneficiar seus acionistas, ou se deve ir além, perseguindo um objetivo social mais abrangente. As bases essenciais desse debate permanecem¹⁵, sendo útil rememorar suas origens.

4.1. *Responsabilidade empresarial e função social*

A preocupação dos dirigentes das grandes empresas com a responsabilidade empresarial tem sido notada desde a década de 1920, quando se formaram alguns dos maiores grupos empresariais norte-americanos. Uma das mais antigas e notadas expressões acerca da questão foi cunhada por Owen D. Young, então presidente da General Electric Company, na qual ele se pergunta se seria um *trustee* da instituição ou um mandatário do investidor, para afirmar que, como administrador, deveria atender aos interesses de três grupos distintos: o dos investidores, o dos trabalhadores e o dos consumidores e do público em geral¹⁶.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, nota 11 ao art. 421, p. 540: “O CC 421 é dispositivo pioneiro nos sistemas de direito privado ocidental. Não há nenhum outro código civil que tenha adotado a cláusula geral de função social dos contratos como limitadora e fundadora da liberdade de contratar”.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. 2, 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 9.

¹⁵ THE ECONOMIST. A finalidade de uma empresa. In: *O Estado de São Paulo*, 25/03/2015, p. B-14. Tradução de Terezinha Martino. No original: The Economist. Mar 19th 2015. The business of business. An old debate about what companies are for has been revived. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/business/21646742-old-debate-about-what-companies-are-has-been-revived-business-business>>. Acesso em 25/03/2017.

¹⁶ *Apud* CARY, William L. *Cases and materials on corporations*. 4ª ed., unabridged. Mineola: The Foundation Press, 1969, p. 237 e ss.

De outro lado, Alfred Sloan Jr., criador da noção de corporação tal como a conhecemos, afirma que a empresa deve ser dirigida tendo em vista, acima de tudo, o retorno financeiro para os acionistas, mas sustenta não ter negligenciado sua responsabilidade para com os seus funcionários, clientes, revendedores, fornecedores e a comunidade¹⁷.

No primeiro exemplo, o administrador se posiciona como um “trustee” dos interesses dos acionistas e dos interesses externos; no segundo, limita-se a não negligenciar os demais interesses.

Atualmente, a *2016 Revision of The Model Business Corporation Act* inclui entre os poderes gerais de administração os de pagar benefícios aos empregados da empresa e fazer doações para o bem-estar público¹⁸, mas ela se destina, apenas, a deixar clara a licitude de atos voluntários.

Esses exemplos demonstram que a noção de função social das empresas não é estranha à classe empresarial¹⁹. Os acionistas também começaram, há vários anos, “a solicitar à administração que explicasse seu fracasso em atender o que eles consideram *mais amplas* preocupações sociais”²⁰. Mais que um resultado, eles exigem um esforço em atender as preocupações sociais ligadas à atividade empresarial²¹.

Entretanto, o caminho da responsabilidade empresarial não é linear. Para Milton Friedman, “há poucas coisas capazes de minar tão profundamente as bases de uma sociedade livre do que a aceitação por parte dos dirigentes das empresas de uma responsabilidade social que não a de fazer tanto dinheiro quanto possível para os seus

¹⁷ SLOAN JR., Alfred. *Meus anos com a General Motors*. Tradução de Nivaldo Montingelli. São Paulo: Negócio Editora, 2001, p. 181.

¹⁸ 2016 Revision of The Model Business Corporation Act. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authc_heckdam.pdf>. Acesso em 26/03/2017, § 3.02.

¹⁹ TUNC, André. *Le droit américain des sociétés anonymes*. Paris: Economica, 1985, item 86, p. 158-162, apresenta exemplos nesse sentido. EISENBERG, Melvin Aron. An overview of the Principles of Corporate Governance. *The American Lawyer*. V. 48, August 1993. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3024&context=facpubs>>. Acesso em 18/09/2015, p. 1.275-1.278, comenta os American Law Institute Principles of Corporate Governance.

²⁰ LEECH, Noyes E. Ações sociais movidas por acionistas. *Revista Brasileira de Mercado de Capitais*. V. 1, n. 3, set/dez 1975, Rio de Janeiro, p. 335.

²¹ TUNC, André. *Le droit américain des sociétés anonymes*. Ob. Cit., p. 162, nota 16. HENN, Harry G.; ALEXANDER, John R. *Laws of corporations*. 3ª ed. St. Paul: West, 1983, p. 32-34, exemplificam a demanda de algumas empresas por maior responsabilidade social.

acionistas”²².

Algumas de nossas grandes empresas têm publicado, ao lado do balanço patrimonial, o denominado “balanço social”²³, indicando sua preocupação com interesses que extrapolam a finalidade meramente lucrativa. Entre elas encontramos desde sociedades brasileiras de capital aberto²⁴ até sociedades de capital estrangeiro e fechado.

Entre os nossos doutrinadores, partindo da Lei das Sociedades por Ações de 1976, que previa a função social da sociedade anônima no artigo 116, parágrafo único, identificamos quatro posições principais:

a) a primeira identifica nas sociedades uma *função empresarial*, que consistiria na criação e na expansão da empresa, na administração dela e na assunção dos riscos econômicos da atividade²⁵;

b) a segunda reconhece nos interesses externos ao capital um limite ao exercício da atividade empresarial²⁶;

c) a terceira, outrora como agora, não distingue algum interesse no exercício da empresa que não seja o econômico, no seu sentido mais estrito²⁷; os demais interesses, internos e externos, estariam em conflito com este;

d) a quarta considera que “a empresa, como unidade de produção, não congrega apenas os interesses dos sócios da companhia, mas também os dos fornecedores,

²² FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. 3ª ed. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 120-123.

²³ IUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS, Eliseu; Gelbeke, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo dos. *Manual de contabilidade societária*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 7: “O balanço social, componente não obrigatório das demonstrações contábeis requeridas, tem por objetivo demonstrar o resultado da interação da empresa com o meio em que está inserida. Possui quatro vertentes: o Balanço Ambiental, o Balanço de Recursos Humanos, Demonstração do Valor Adicionado e Benefícios e Contribuições à Sociedade em geral”.

²⁴ Por exemplo, a Companhia de Bebidas das Américas – Ambev publicou, já em 2002, balanço no qual constavam as suas iniciativas sociais (Gazeta Mercantil, 04/03/2002, p. A-18).

²⁵ Seguem nesse sentido, em linhas gerais, com pequenas nuances: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A. (pressupostos, elaboração, aplicação)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 158-159; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 248; TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. I São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 297.

²⁶ SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996, p. 158; MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 97; REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 71.

²⁷ SZTAJN, Raquel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 139, p. 31; BULGARELLI, Waldírio. *Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 98; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. Vol. 3. 2ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 265.

empregados, consumidores e de toda a comunidade na qual exerce as suas atividades”²⁸.

As duas primeiras posições pouco se aproximam de uma verdadeira função social. A terceira a rejeita. A quarta reconhece a função social da empresa e faz lembrar da declaração de Owen Young, transcrita acima. Ocorre que *a chamada responsabilidade social da empresa, ou cidadania empresarial, reflete-se em atitudes voluntárias*: depende da vontade do próprio agente e não tem coercitividade²⁹. *A função social só é atendida quando são cumpridas as finalidades previstas no ordenamento jurídico*.

4.2. *A função social da empresa no direito positivo*

Na vigência das nossas Constituições de 1967 e de 1969 a doutrina já deduzia que o termo “propriedade” se refere a qualquer direito patrimonial³⁰, não se limitando aos bens imóveis, mas abrangendo as empresas, pois os bens de produção são móveis ou imóveis³¹ e o tema se inseria no título “Da ordem econômica e social”. Vimos que a propriedade e o contrato têm função social (título 2, acima). Cabe examinar de que maneira essa função se reflete sobre o exercício da empresa pelas sociedades.

A função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil, estende-se, naturalmente, ao contrato de sociedade³² e deve ser entendida como incidindo sobre a

²⁸ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. Vol. II, 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 240. Em sentido semelhante, com maior grau de generalidade: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. Vol. 2, 5ª ed., 2012, p. 577-578, segue. Fábio Konder Comparato afirma que “a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se, naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros, na hipótese de conflito” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 365).

²⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. Vol. I, t. I: teoria geral do direito privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 567.

³⁰ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 398, afirmava ser o conceito constitucional de propriedade mais amplo que o da propriedade em direito privado, significando “qualquer direito patrimonial”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 132, out-dez/2003, p. 7-9, encontra o precedente no direito alemão.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 29.

³² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: do direito de empresa. Vol. 13 (coord. Antonio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 330. Em sentido semelhante: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Enunciado 53: “Art. 966: Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

própria causa do negócio³³. Vista a questão pelo ângulo da pessoa jurídica que explora a empresa, a função social do contrato incidirá sobre a sua causa³⁴, condicionando todo o exercício da atividade empresarial.

Na afirmação de Perlingieri, que aplicamos ao contrato de sociedade: “O interesse público do usuário é cronologicamente precedente à negociação e representa a sua justificação. Ele pode se referir a qualquer tipo de função contratual sem mudar, nem mesmo minimamente, as suas características”³⁵.

A Lei brasileira das Sociedades por Ações de 1976 prevê o fim lucrativo da sociedade anônima como o seu único fim lícito, sob pena, inclusive, de sua dissolução judicial caso se desvie dele. De outro lado, ela afirma o dever do acionista controlador de “usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender” (Lei nº 6.404/76, art. 116, parágrafo único). A identificação do acionista controlador permite a aferição de sua responsabilidade.

O administrador, por sua vez, deve agir no interesse da companhia, mas sua atuação está limitada pela satisfação das “exigências do bem público e da função social da empresa” (art. 154, *caput*).

A Lei nº 11.101/2005 (Lei da recuperação da empresa e da falência) prevê que “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47).

³³ Em sentido contrário, Raquel Sztajn pretende que se considere a função social “mera figura de retórica”. SZTAJN, Raquel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 139, p. 31. Essa proposta reflete a teoria do individualismo possessivo do século XVII (MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 13-14).

³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, item 179, p. 287: “O interesse pode fazer parte diretamente da função do contrato: isso acontece quando o negócio contenha originariamente, na previsão legal, o interesse público dentro da função, seja quando o esquema negocial típico é adaptado e vinculado inderrogavelmente a um interesse específico (interesse não presente na função do negócio típico originário)”.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. Ob. Cit., p. 288.

Podemos afirmar, portanto, que a função social da empresa não está relacionada ao seu porte, ainda que sua incidência seja mais visível nas grandes empresas, nem ao tipo societário adotado (anônima, limitada ou outro). O aspecto a ser considerado é o impacto que a empresa tem sobre os interesses da comunidade em que atua ou sobre o meio ambiente.

4.3. *A responsabilidade social da empresa e os interesses externos*

O interesse lucrativo da empresa é facilmente identificável, e as sociedades que exploram a atividade empresarial asseguram a sua coesão. Interesses externos são, para os efeitos deste estudo, o dos sócios ou acionistas que não participam do controle da sociedade, dos trabalhadores, dos consumidores e da comunidade em que a empresa atua. Eles se encontram dispersos, pois se referem a coletividades cujos titulares são, muitas vezes, indeterminados.

Os interesses coletivos (tais como o da proteção do meio ambiente) são de difícil determinação. Ainda que o legislador preveja a obrigação de o controlador respeitá-los (Lei nº 6.404/76, art. 116), apenas os acionistas encontram representação adequada na estrutura das sociedades; os interesses externos ao capital não encontram representação institucional no seio das sociedades empresárias.

A exigência de *autorização administrativa* para o exercício de determinadas atividades, como exceção ao princípio da liberdade empresarial (art. 170, parágrafo único), não contempla todos os interesses envolvidos.

De outro lado, a Constituição Federal dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X). Esse direito fundamental é garantido como um direito à não intervenção³⁶ por parte do Estado e dos demais particulares. Ocorre que essa garantia não se aplica a relações com terceiros, especialmente em se tratando de relações econômicas, razão pela qual o sigilo não representa valor absoluto.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.258-1.259.

O princípio da privacidade ou sigilo dos registros contábeis, ressalvados os casos previstos em lei (art. 1.190 do Código Civil), destina-se a impedir a concorrência desleal, mas poderá ser rompido por razões de interesse público, nos casos especificados em lei.

Os administradores das sociedades anônimas devem “manter reserva sobre os seus negócios” (art. 155, *caput*, da Lei nº 6.404/76), mas esse dever não pode ser interpretado em sentido contrário à função social da empresa. Ao prever o sigilo sobre informações que possam influenciar na cotação de valores mobiliários, por exemplo, o legislador visou proteger os investidores contra a divulgação seletiva de informações que possam prejudicá-los, não contra a divulgação em si (art. 155, §1º).

O *interesse dos investidores* – assim entendidos os acionistas que não participam do bloco de controle das sociedades – *de obter informação verdadeira sobre os negócios da sociedade, está assegurado*, de um lado, *pela participação na assembleia geral e no conselho fiscal das sociedades*; de outro, *pela atuação da Comissão de Valores Mobiliários*, à qual compete fiscalizar “a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados” (Lei nº 6.385/76, art. 8º, inciso III).

Sobre o *interesse dos trabalhadores*, afirmava Adam Smith serem eles incapazes de compreendê-lo, bem como de compreender a ligação entre esse interesse e o da sociedade³⁷.

A evolução do reconhecimento dos direitos dos trabalhadores e a defesa dos seus interesses coletivos não se deram de maneira uniforme, e é de se reconhecer a influência da doutrina social da Igreja Católica nesse tema³⁸.

Na Alemanha, por exemplo, a reivindicação pela cogestão é mais antiga do que o dissídio coletivo e a luta organizada do trabalho. Ela remonta à primeira metade do século passado, quando pensadores liberais propuseram a organização empresarial de forma que os trabalhadores participassem dos lucros e das decisões empresariais³⁹. Desde o final da

³⁷ SMITH, Adam. *Riqueza das nações*. Tradução de Teodoro Cardoso *et al.* Vol. I, 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1987, p. 476.

³⁸ Encíclicas papais *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931) e *Mater et Magistra* (1961).

³⁹ KUEBLER, Friedrich. Cogestão – Direito societário alemão – Estruturas e experiências. Palestra pronunciada em 16.08.1980 em São Paulo no Curso de Extensão Universitária sobre “Sociedades Anônimas: Experiências e perspectivas”, patrocinado pela Associação dos Advogados de São Paulo. Tradução de Walter Mueller. Policopiado.

última guerra mundial, a legislação sobre sociedades anônimas prevê a participação de representantes dos empregados nos conselhos de administração de determinadas empresas.

A França estabeleceu um sistema facultativo de participação dos empregados nos resultados da empresa em 1959⁴⁰. Atualmente, essa participação é obrigatória nas empresas com mais de 50 empregados, sendo facultativa nos demais casos⁴¹.

No Brasil, como na Itália, o trabalhador individual não encontra normas que lhe concedam direito à informação⁴². Mas, entre nós, desde a Constituição de 1946 está prevista a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas. A Constituição de 1988 declara que é direito fundamental dos trabalhadores a “participação nos lucros, ou resultados, desvinculados da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei” (art. 7º, XI).

A Lei nº 10.101/2000 regulamentou a participação nos lucros e nos resultados “como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade” (art. 1º). A Lei nº 10.303/2001 previu para as sociedades por ações regime de cogestão facultativa (art. 140 da Lei nº 6.404/76) e a Lei nº 12.353/2010 dispôs sobre a participação de empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista⁴³.

Tanto o direito à participação nos lucros quanto o regime de cogestão implicam no fornecimento de informações verdadeiras aos empregados.

Os *consumidores*, por sua vez, como um grupo de fora da empresa, representam “a tendência de transferir para a empresa uma margem de risco mais alta, correspondente a uma reparação mais extensa de danos provocados na sociedade por produtos

⁴⁰ FRANÇA. Ordonnance nº 59-126 du 7 janvier 1959.

⁴¹ FRANÇA. Loi nº 90-1002 du 7 novembre 1990. Na atualmente, os dispositivos legais correspondentes estão consolidados nos artigos L3322-2 e L3322-6, respectivamente, do *Code du Travail*.

⁴² SPINA, Dora Briguori. Il diritto all'informazione del singolo lavoratore subordinato. In: VERRUCOLI, Piero. *Poteri dell'imprenditore e diritto all'informazione nella gestione dell'impresa – profili comparatistici*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 428. Concluiu a autora: “In definitiva, cioè, si può concludere, osservando come, nelle diverse esperienze, al lavoratore subordinato, individualmente considerato, non venga mai riconosciuto né un diritto e nemmeno un interesse giuridicamente rilevante a conoscere le linee della politica aziendale perseguita dal proprio datore di lavoro (...)”.

⁴³ VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Notas sobre a cogestão da empresa no direito brasileiro, em especial nas companhias com maioria do capital votante da União (Lei nº 12.353/2010). Erasmo Valladão França analisa amplamente o tema. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito societário contemporâneo II*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 683.

defeituosos”⁴⁴. Essa constatação parte da perspectiva do consumidor individualmente considerado, como contraparte da empresa, ainda que a soma das reivindicações do conjunto dos consumidores acabe por influenciar a relação das empresas com eles.

Guido Alpa analisa a questão sob outro ângulo. Reconhecendo que a legislação italiana não prevê a atuação direta dos consumidores sobre a atividade empresarial, ele propõe uma abordagem “social” da questão, a partir do artigo 41 da Constituição Italiana, que prevê a “utilidade social” da atividade econômica⁴⁵.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo os direitos coletivos dos consumidores lesados, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), determinando, por exemplo, que a inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito, sem prévia notificação, enseja a compensação por danos morais⁴⁶. Em outras palavras, o Tribunal *reconhece o direito do consumidor à informação prévia e verdadeira sobre os fatos que lhe dizem respeito*.

O *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* está previsto na Constituição Federal, que dispõe ser o meio ambiente “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (Constituição Federal, art. 255, *caput*).

A preocupação com a preservação do meio ambiente não se revela apenas na legislação, brasileira ou estrangeira. Diversas empresas internacionais vêm revelando cada vez maior preocupação com a sustentabilidade, e o estudo realizado em 2016 com executivos de grandes empresas no que se refere à adoção da Agenda 2030 das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável demonstra a preocupação com o tema⁴⁷.

⁴⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 22.

⁴⁵ ALPA, Guido. *Controllo della gestione dell'impresa e diritto del consumatore*. In: VERRUCOLI, Piero (A cura di). *Poteri dell'imprenditore e diritto all'informazione nella gestione dell'impresa – profili comparatistici*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 625-637: “In conclusione, per quanto il nostro ordinamento potrebbe ammettere forme di controllo interno delle attività d'impresa da parte dei consumatori, le condizioni obiettive oggi esistenti rendono poco probabile e fortemente aleatoria qualsiasi iniziativa al risguardo” (citação de p. 637).

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (recurso repetitivo) 1.061.134/RS, Segunda Seção, relatora Ministra Nancy Andrighi, votação unânime em 10/12/2008, Orientação 2.

⁴⁷ Accenture. *The UN Global Compact – Accenture Strategy CEO Study*. Agenda 2030: A window of opportunity. Disponível em: <<https://www.accenture.com/us-en/insight-un-global-compact-ceo-study>>. Acesso em 30/10/2016.

Entre nós, a Constituição Federal busca dar efetividade ao direito ao meio ambiente equilibrado dispondo caber ao Poder Público “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (art. 255, § 1º, inciso IV). Portanto, *o direito da população exposta a essas atividades a obter declarações verdadeiras das empresas nela envolvidas se dá por meio do procedimento de licenciamento ambiental.*

Os interesses da *comunidade* em que a empresa atua não se encontram representados junto às sociedades empresárias, e a comunidade prejudicada não dispõe de meios adequados para encaminhar seu pleito à administração da sociedade. Por essa razão, *as comunidades que se sintam prejudicadas pelo exercício da atividade empresarial têm de se valer do Poder Judiciário para apresentar suas reivindicações.*

5. Conclusões

Há discussões que nasceram para não ter fim: a do nível de informação que as sociedades devem prestar às pessoas que não participam do seu controle é uma delas. Buscamos, neste artigo, traçar um quadro a partir do qual a questão possa ser examinada com o auxílio de princípios e regras jurídicas.

Como acentua Stefano Rodotà, “na democracia, a verdade é filha da transparência”⁴⁸. A informação que permite conhecer a verdade é, no mais das vezes, um instrumento para a satisfação ou proteção de um interesse⁴⁹.

A função social da propriedade, no que se refere à atividade empresarial, nem sempre integra um sistema, tendo em vista que a legislação sobre sociedades revela, antes de tudo, um sistema de distribuição de competências no qual a função social é relegada a segundo plano. Nesse contexto, o direito à verdade se coloca como viga-mestra do controle da legalidade das ações individuais e coletivas.

A maneira mais eficaz de tornar efetivo o respeito aos interesses coletivos ou difusos

⁴⁸ RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Tradução de José Manuel Revuelta. Madri: Trotta, 2014, p. 210, tradução livre.

⁴⁹ MAZZONI, Alberto. Considerazioni generale: prospettive. In: VERRUCOLI, Piero (A cura di). *Poteri dell'imprenditore e diritto all'informazione nella gestione dell'impresa – profili comparatistici*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 641: “(...) l'informazione non è generalmente un bene in sé, ma piuttosto un bene strumentale alla soddisfazione o protezione di un interesse (ad agire o a poter agire, anziché a meramente conoscere)”.

tem sido o recurso ao Judiciário. Os interesses individuais podem ser atendidos por meio das ações individuais, mas nossa legislação já revela, principalmente por meio da ação civil pública, meios de acesso das coletividades ao Judiciário para a defesa dos seus interesses.

Os princípios constitucionais podem e devem ser aplicados na defesa dos interesses externos à empresa, pois “(...) a orientação majoritária na doutrina e atualmente em vigor no STF admite que o Preâmbulo tenha eficácia normativa indireta e não autônoma, como parâmetro auxiliar para a interpretação e aplicação do direito e argumento adicional para a fundamentação das decisões judiciais”⁵⁰.

Esse é o quadro no qual se insere o direito à verdade na atividade empresarial. Ele se sobrepõe a qualquer outro não protegido especificamente por lei, de maneira que os particulares e as coletividades têm direito, por princípio constitucional, de obter informação verdadeira e eficaz, tanto do Poder Público quanto das empresas, sobre os fatos que dizem respeito à defesa de seus legítimos interesses.

Abstract

The present study is aimed at examining to which extent people affected by business activities have the right, based on constitutional norms, to require from entrepreneurs true and adequate information on matters concerning them. In the Introduction, we review the general framework: business activity in the view of classical economists, the changes arising from the New Deal and transformations arising from the promulgation of the 1988 Federal Constitution. In the second section, we examine the social function of property, from the *Magna Carta* to the present day in our country, to demonstrate how it is understood by the tribunals. In the third section, we examine the social function of contract based on the *Code Napoléon* and the *BGB* to demonstrate that it only came to have relevance among us with the Civil Code of 2002. In the fourth section, in turn, we approach the social function of the company, distinguishing the notions of social responsibility and social function to ex-

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Estrutura, funções e conteúdo das instituições. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 79: “(...) a orientação majoritária na doutrina e atualmente em vigor no STF admite que o Preâmbulo tenha eficácia normativa indireta e não autônoma, como parâmetro auxiliar para a interpretação e aplicação do direito e argumento adicional para a fundamentação das decisões judiciais”.

amine corporate social function in positive law and the extension of corporate social responsibility to cover external interests to it. This examination allow us to conclude (fifth section) the article with the presentation of the framework within which the right to truth in the business activity is inserted regarding our Federal Constitution, based on legal principles and rules, in order to give a clearer view of how individuals and collectivities might exercise their rights to obtain true and effective information from both public authorities and companies on facts concerning the defense of their legitimate interests: a goal to be achieved.

Camerino, dicembre 2017.

NELSON D. MARCIONNI*

*La construcción del Derecho a la Verdad: el caso de la República Argentina***

Sumario: 1. Nota contextual; 2. Evolución normativa interna; 3. Evolución jurisprudencial interna; 4. A modo de colofón.

1. *Nota contextual*

El objeto de esta exposición se vincula a presentar sintéticamente el caso paradigmático de la República Argentina en la evolución contemporánea del Derecho a la Verdad.¹

Hacerlo es por cierto doloroso porque significa que la historia reciente, viva y muy presente en la sociedad argentina, ha dado materia suficiente para aleccionarnos en carne propia, en nuestros más profundos sentimientos y percepciones, sobre la conducta humana de mayor potencialidad dañosa: la del *desprecio por el Otro*.

* *Prof. Dr. de Derecho Internacional Público, Universidad Nacional de Córdoba e Universidad Nacional del Litoral.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹ El trabajo representa los lineamientos generales expuestos por el autor en ocasión de su intervención en el Convegno. No se pretende agotar en este espacio una visión exhaustiva del tema. Para una descripción en profundidad de la problemática se recomienda consultar como elaboración de referencia, la tesis de María Trinidad CHIABRERA, *El reconocimiento del Derecho a la Verdad en Argentina*, publicada por la Universidad Internacional de Andalucía, disponible en el link: <http://dspace.unia.es/handle/10334/36>. Igualmente resulta de particular valor, interés y pertinencia el trabajo de Valeria BARBUTO, relativo al capítulo *Argentina* en la obra *Las víctimas y La justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*, publicado en 2010 por Fundación para el Debido Proceso Legal, pp. 35-62 y que puede consultarse en el link: <http://www.dplf.org/sites/default/files/1285258696.pdf>

Para un estudio comprensivo inserto a nivel del Sistema Interamericano puede consultarse el documento OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. , de 23 agosto 2014, DERECHO A LA VERDAD EN LAS AMÉRICAS, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/derecho-verdad-es.pdf>

No deseo redundar en conceptos que mis distinguidos colegas ya han enfatizado, o enfatizarán en sus trabajos, pero es imprescindible que recorra un mínimo de antecedentes entre los que destaco el principio enunciado por la Comisión de Derechos Humanos, en 1997, sobre la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II)². En modo muy particular el que hace hincapié en que *cada persona tiene un derecho a saber la verdad acerca de lo que le ha ocurrido y que la sociedad en su conjunto tiene el derecho a saber y también el deber de recordar*.

Y, cómo lo había hecho ya el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en mayo de 1989 en su resolución 65, el Principio 9 del Anexo que dispone en el título *Investigación*, que : “Se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquéllos en los que las quejas de parientes constituyen como objeto general de una indagación, descubrir la verdad acerca de acontecimientos que ocasionaron la muerte sospechosa de una víctima, determinar la causa, la forma y el momento de la muerte, la persona responsable y el procedimiento o práctica que pudiera haberla provocado.”³

Estas formulaciones centrales de carácter no sólo conceptual sino normativo en el tema que se examina, han tenido igualmente recepción, desarrollo y actualización en documentos un poco más recientes tales como la Adición presentada como Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁴ del mismo Consejo en el año 2005. Bajo el acápite Principios Generales asociados al Derecho a Saber se integran, al numeral 2, el Derecho Inalienable a la Verdad en su expresión colectiva asociada a cada pueblo: “Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron,

² Puede consultarse el documento a texto completo, disponible en el link: <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/verdad-justicia/principios-Joinet.pdf>

³ Disponible en el link: http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/180828/E_RES_1989_65-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y

⁴ Disponible en el link: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>

mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”.

En el Principio 4, del mismo instrumento, su extensión se encuentra acotada a la propia víctima y a sus familiares: “Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”.

El tiempo y espacio son breves para explicitar tan medular proceso por lo que iré directamente a los aspectos centrales que describen en el caso objeto de la exposición, cómo el derecho a la verdad, fue consagrándose institucionalmente en el ámbito doméstico de la República Argentina, en forma paralela al modo en que iba adquiriendo virtualidad en los contextos universal y regional.

Sabemos que los procesos asociados al derecho a la verdad nacieron en el contexto de gobiernos de transición, más o menos condicionados, por la influencia residual, que no quiere decir necesariamente menor, de los mismos actores sociales (por ejemplo grupos económicos) e institucionales (el caso de las fuerzas armadas, del poder judicial, entre otros), integrados por personas que, o compartieron la ideología, o las prácticas, o los objetivos, o todos ellos; o los alentaron, justificaron o encubrieron con distinto grado de participación durante las administraciones cuestionadas. Algunos de dimensión local, otros desde la influencia de los centros de poder mundial, comprometiendo, como lo demuestra la paulatina y creciente desclasificación de documentos reservados o secretos, por parte de distintos gobiernos, a los “jugadores de las grandes ligas” del escenario internacional⁵.

⁵ Recomendamos, para una lectura de apertura a la comprensión de la dimensión y complejidad de este aspecto internacional asociado al tema, revisar el documentado artículo de Daniel H. MAZZEI “El águila y el cóndor. La relación entre el departamento de Estado y la dictadura argentina durante la administración Ford (1976-1977)”, en *Huellas de Estados Unidos*, N° 05, septiembre de 2013. Disponible a texto completo en el link: http://www.huellasdeena.com/ediciones/edicion5/09-25_Mazzei.pdf

La República Argentina no fue la excepción y la maestría de la intencionalidad democrática, representada por la administración del Presidente Alfonsín, radicó principalmente en tratar de dar una respuesta que no admitiera cuestionamientos éticos sobre la necesidad de conocer la trama real de la represión, gestionando las tensiones entre los actores del pasado de modo tal que sus eventuales oposiciones al proceso de reconstruir la verdad, no fueran éticamente aceptables desde los requerimientos básicos de un Estado de Derecho.

Por ello, un punto central de esa estrategia, radicó en lograr que las prácticas constitutivas del terrorismo de Estado, concluyeran siendo reconocidas como inaceptables por los propios responsables del régimen militar una vez que fueran desnudadas públicamente en el histórico Informe “Nunca Más”⁶ de 20 de setiembre de 1984, luego de la conformación y actividades por nueve meses de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)⁷, como por caso las asociadas a la apropiación sistemática e ilegal de niños así como la supresión y sustitución de sus identidades.

Como valor agregado de la actuación de la CONADEP, quedaron igualmente visibilizados el *modus operandi* y la infraestructura de la maquinaria represiva organizados por el gobierno de las Juntas Militares.

Había contribuido a legitimar este resultado, la visita objeto de toda manipulación propagandística por el régimen militar, efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en setiembre de 1979, fruto de la cual elaboró el conocido internamente como “Informe Prohibido” del año 1980 y que concluyera que la Argentina, así como sus agentes, habían violado un amplio espectro de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana.⁸

⁶ El texto completo del Informe Final de la CONADEP se encuentra disponible para su consulta en el link: <http://www.derechoshumanos.net/lesabumanidad/informes/argentina/informe-de-la-CONADEP-Nunca-mas.htm>

⁷ Sobre su creación, funcionamiento, y fondo documental de la CONADEP puede consultarse el sitio desarrollado por el Instituto de Políticas Públicas del MERCOSUR en el link: <http://atom.ippdb.mercosur.int/index.php/conadep-comision-nacional-sobre-la-desaparicion-de-personas-2>

El texto del Decreto N° 187 que dispone su creación puede consultarse en el link: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/260000-264999/263505/norma.htm>

⁸ El documento OEA/Ser.L/V/II.49 doc. 19, fechado el 11 abril 1980, que constituye dicho Informe, puede consultarse a texto completo en el link: <http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/indice.htm>

En aquellos años, un épico activismo social en busca de respuestas, tuvo como protagonistas a la Liga Argentina por los Derechos Humanos; a la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos; al Servicio de Paz y Justicia; a las Madres de Plaza de Mayo y al Centro de Estudios Legales y Sociales.

2. Evolución normativa interna

Hubieron de ser revisadas y resueltas en pos de indagar la verdad, cuestiones jurídicas entonces problemáticas, como la anulación de las leyes de auto-amnistía y su relación con el principio de aplicación de la ley penal más benigna (Ley 23040)⁹; de cómo derivar a una justicia civil independiente por vía de apelación obligatoria, procesos sustanciados en la jurisdicción militar (Ley 23049)¹⁰; cómo reinterpretar y precisar la noción de obediencia debida en el entorno del error inducido y la coacción.

En este contexto, en 1983 mediante los Decretos 157 y 158 y bajo el principio estratégico de justicia simétrica (castigo al terrorismo independientemente del bando de pertenencia del autor) se ordenaron los juicios a siete de los principales responsables de las organizaciones armadas guerrilleras por vía de la justicia civil, y a nueve miembros de las Juntas Militares por vía de sometimiento a la jurisdicción militar del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas con sistema de apelación obligatoria ante la Cámara Federal de Apelaciones, órgano de la justicia civil.¹¹

La sentencia de este último y ejemplar juicio, conocida como Causa 13/84 que aportó definitivamente al ejercicio individual y colectivo del derecho a la verdad fue leída el 09 de diciembre de 1985.¹²

Decisiones posteriores como las conocidas leyes 23.521 (conocida como “ley de obediencia debida”)¹³ y 23.492 (llamada “ley de punto final”)¹⁴, tanto como los indultos de la

⁹ Ley de Derogación de la Ley (de facto) de Pacificación Nacional 22924. Texto completo disponible en el link: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28166/norma.htm>

¹⁰ Ley de Modificaciones al Código de Justicia Militar, disponible a texto completo en el link: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28157/norma.htm>

¹¹ Disposiciones adoptadas mediante Decreto del Poder Ejecutivo Nacional el 13 de Diciembre de 1983.

¹² Su texto completo se encuentra disponible en el link: <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/index.html>

presidencia de Carlos Menem¹⁵, destinadas a limitar responsabilidades o a disminuir condenas sobre la base de cálculos de naturaleza de oportunidad política, fueron objeto de críticas masivas, de cuño social, político y legal, que conducirían a un proceso en el que finalmente se pronunciarían los distintos poderes del estado por su inconstitucionalidad y declaración de nulidad absoluta a los fines de evitar que fueran invocadas bajo el argumento de aplicación del principio de la ley más benigna en los procedimientos penales incoados.

Finalmente aquellas críticas encontraron recepción legal y, consecuentemente jurisprudencial como veremos, a través de su definitiva derogación por la ley 24.952 sancionada el 25 de marzo de 1998 y promulgada el 15 de abril de ese año¹⁶, y de la ley 25.779, del año 2003, norma en que fueron declaradas “insanablemente nulas”¹⁷.

3. *Evolución jurisprudencial interna*

Las posibilidades de someter a juzgamiento para su investigación y esclarecimiento en dichos contextos de transición, casos tan graves como los acaecidos en la República Argentina,

¹³ Su texto completo se encuentra disponible en el link: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm>

¹⁴ Su texto completo se encuentra disponible en el link: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm>

¹⁵ Se refiere de ese modo a los diez Decretos firmados entre octubre 1989 y diciembre de 1990. Decreto 1002/89: Indulta a jefes militares procesados que no habían sido beneficiados por las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Decreto 1003/89: Indulta a líderes y miembros de grupos guerrilleros y personas acusadas de subversión, entre ellas personas que se encontraban muertas o “desaparecidas”. También indulta a militares uruguayos. Decreto 1004/89: Indulta a los participantes de las rebeliones militares de Semana Santa y Monte Caseros en 1987 y de Villa Martelli en 1988. Decreto 1005/89: Indulta a Leopoldo Galtieri, Jorge Isaac Anaya y Basilio Lami Dozo, por los delitos cometidos en la conducción de la Guerra de las Malvinas. Decreto 2741/90: Indulta a los comandantes condenados en el Juicio a las Juntas de 1985 Jorge Rafael Videla, Emilio Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Viola, y Armando Lambruschini. Indulta a los militares condenados en crímenes de lesa humanidad Ramón Camps y Ovidio Riccheri. Decreto 2742/90: Indulta a Mario Eduardo Firmenich, de la organización guerrillera Montoneros. Decreto 2743/90: Indulta a Norma Kennedy, procesada por malversación de fondos públicos. Decreto 2744/90: Indulta a Duilio Brunello, condenado a inhabilitación absoluta y perpetua por el delito de malversación de fondos públicos. Decreto 2745/90: Indulta al ex-ministro de Economía José Alfredo Martínez de Hoz procesado por participación en los delitos de lesa humanidad (secuestro y torturas) contra Federico y Miguel Ernesto Gutheín. Decreto 2746/90: Indulta a Guillermo Suárez Mason por delitos de lesa humanidad.

¹⁶ Su texto completo se encuentra disponible en el link: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/50364/norma.htm>

¹⁷ Su texto completo se encuentra disponible en el link: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/88140/norma.htm>

hacían imprescindible, además de una muy firme voluntad política, y tal como se expresara la remoción de los obstáculos legales.

Este proceso de judicialización interna, dadas las circunstancias tanto las fases de apertura como de reapertura de casos, fue ciertamente estimulado por los pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos mediante soluciones amistosas, informes de países o decisiones de casos de la CIDH y sentencias de la Corte Interamericana¹⁸.

Ya han sido mencionados antes los avances y retrocesos asociados al juzgamiento y condena de miembros de las Juntas Militares, así como a los indultos de militares, responsables de la guerrilla y civiles.

Sobre la base de fórmulas que privilegiaban el afán investigativo por sobre la pretensión punitiva desde el año 1995 comenzaron a llevarse a cabo los “juicios de la verdad” mediante los que jueces del Poder Judicial pudieron investigar formalmente los hechos denunciados, aun cuando no estuvieran facultados para sancionar a los responsables.

En este mismo año el Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina¹⁹, da cuenta de las acciones incoadas asociadas al derecho a la verdad entre ellas, la que formulara Carmen Aguiar de Lapacó, por la desaparición de su hija, Alejandra Lapacó, ocurrida el 17 de marzo de 1977.

Sobre esta acción, el 13 de agosto de 1998 se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarando que “...conforme al artículo 178 del Código de Procedimientos en lo Criminal, las diligencias de investigación tienen por fin comprobar la existencia de un hecho punible y descubrir a los autores, y que ello, en el estado actual de la causa, al haberse agotado su objeto procesal, no resulta admisible”. Expresó igualmente dicho órgano que “...La realización de las medidas requeridas implicaría la reapertura del proceso y el consecuente ejercicio de actividad jurisdiccional contra quienes han sido sobreseídos definitivamente por las conductas que dieron lugar a la formación de la presente causa (...) Carecería de toda

¹⁸ Ver en particular párrafos 201 y 202 Informe OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. , de 23 agosto 2014, DERECHO A LA VERDAD EN LAS AMÉRICAS, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/derecho-verdad-es.pdf>

¹⁹ CELS; "Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina. 1996"; Buenos Aires; 1997.

virtualidad la acumulación de prueba de cargo sin un sujeto pasivo contra el cual pudiera hacerse valer". Ello agotó las vías disponibles en la jurisdicción interna y permitió Carmen Lapacó denunció ante la CIDH al Estado argentino por violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁰

Viabilizado según el procedimiento de solución amistosa la resolución del caso, se alcanzó un acuerdo histórico en 1999 entre la demandante y el Estado Argentino que se comprometió a garantizar, como imprescriptible, el derecho a la verdad tanto de víctimas cuanto de sus familiares por casos de desapariciones ocurridos antes de la restauración de la democracia el 10 de diciembre de 1983, en los siguientes términos:

“Derecho a la verdad: El Gobierno Argentino acepta y garantiza el derecho a la verdad que consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas. Es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible. Particularmente acuerdan este derecho en relación a la desaparición de Alejandra Lapacó.

Competencia exclusiva de las Cámaras Federales: El Gobierno Argentino gestionará la normativa para que las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país, tengan competencia exclusiva en todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las personas desaparecidas con anterioridad al 10 de diciembre de 1983, con la única excepción de las causas por secuestro de menores y sustracción de identidad que continuarán según su estado.

Fiscales especiales coadyuvantes: El Gobierno Argentino gestionará ante el Ministerio Público Fiscal para que destine un cuerpo de fiscales *ad hoc* —por lo menos dos— para que actúen de forma coadyuvante sin desplazar a los naturales, en todas las causas de averiguación de la verdad y destino final de personas desaparecidas, a fin de que se alcance una especialización en la búsqueda e interpretación de datos y una mejor centralización y circulación de información entre las causas dispersas.

²⁰ Para mayor información sobre el caso "Lapacó" ver CELS; "Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual enero-diciembre de 1998"; Buenos Aires, Eudeba; 1999.

Suspensión de la acción: La actora congela su acción internacional mientras se cumple el acuerdo y acepta firmarlo en la Argentina"²¹.

En el momento de su adopción, este acuerdo contribuyó grandemente a dar consistencia jurídica, sistematicidad a las investigaciones, e impulso a los procesos que, con un endeble marco normativo y gran dispersión de la información acumulada en ellas, se venían concretando como esfuerzos aislados de ciertos tribunales dentro de aquellos primeros juicios por la verdad.

Un hito jurisprudencial importante en la consolidación del reconocimiento del derecho a la verdad, antes de conocerse el descripto acuerdo de solución amistosa, estuvo representado por el Caso Urteaga²² del año 1988, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en octubre de ese año, poco tiempo después de la denegatoria a Lapacó. En el caso, un hermano de la víctima, Facundo Arteaga, demandó conocer las circunstancias de la muerte, conocida por medios periodísticos, y ulterior destino de los restos, de José Benito Arteaga quien era un jefe guerrillero.

En el dictum, surge de forma muy específica el reconocimiento del derecho a reconocer la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos.

Igualmente la recepción explícita por parte del Alto Tribunal de numerosos principios acuñados en el Sistema Interamericano que refieren entre otros a los deberes de los Estados de: esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes, que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto; de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial; de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos; de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en orden a garantizar su efectividad; de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos

²¹ Este reconocimiento expreso sobre la existencia del Derecho a la Verdad puede consultarse en el link: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Soluci%C3%B3n%20Amistosa/Argentina12059.htm>

²² Caso "Urteaga" (CSJN, Fallos: 321: 2767, Octubre 15, 1998) disponible en <http://www.sajj.gob.ar/home>

humanos no se encuentra sujeta a excepciones; de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares y que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades (Casos "Velásquez Rodríguez", "Blake"; "Suárez Rosero"; "Durand y Ugarte"; "Paniagua Morales", y el ya citado "Barrios Altos").

Como corolario, y a los fines de esta presentación debe destacarse que la CSJN concluyó que existía la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad.

Igualmente este órgano máximo del sistema judicial argentino expresa que *por recepción del ius cogens*, del contenido de todos aquellos tratados firmados por el Estado Argentino y conforme la doctrina acuñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *no pueden quedar impunes actos aberrantes y tampoco resulta posible dictar normas internas que consagren dicha impunidad o que siquiera estorben o impidan el esclarecimiento de los hechos y el castigo de sus responsables*.

Sin lugar a dudas ayudó a consolidar los distintos juicios abiertos hasta entonces en las Cámaras Federales de Buenos Aires, La Plata y Córdoba, por averiguación del destino final de los desaparecidos.

El fallo estableció que el derecho de hábeas data puede ser ejercido por el hermano de Urteaga, por tratarse de una persona legitimada, y ordenó librar oficios a todos los organismos que puedan tener información sobre la muerte y el destino final de su familiar.

Una evolución en la recepción de estos criterios se advierte con claridad en otros tres casos de años inmediatos posteriores donde las leyes de impunidad fueron declaradas nulas e inconstitucionales. El primero tramitado inicialmente en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4, Secretaría N° 7, Causa Nro. 8686/2000 caratulada "Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años", que obtuvo sentencia de en esta instancia el 6 de marzo de 2001. El segundo, tramitado originalmente en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 de la ciudad de Buenos Aires, Secretaría N° 21, Causa Nro. 6.859/98 caratulada "Scagliusi, Claudio Gustavo y otros s/privación ilegal

de la libertad", con sentencia en este tribunal de 12 de septiembre de 2002; y el tercero radicado inicialmente en el Juzgado Federal de Resistencia, Provincia de Chaco, Causa caratulada "Verbitsky, Horacio- C.E.L.S. S/ Inconstitucionalidad de las leyes N 23521 y 23492, en relación: Desaparición forzada de personas- torturas y homicidios agravados en hechos ocurridos en la localidad de Margarita Belen (Chaco el 13 / 12 / 76, expdte. No. 306 / 01", con sentencia de primera instancia el 6 de marzo de 2003.

Un fallo trascendental es sin duda el que fuera posteriormente dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768- del 14 de junio de 2005²³

En la argumentación del caso comentando²⁴ se consolidó el peso preponderante del derecho a la verdad basándose la Corte Suprema de Justicia en el conocido pasaje del Caso "Barrios Altos" (sentencia del 14 de marzo de 2001, Cap. VII "Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención, párr. 41/45, vinculado con la república de Perú), donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que "... son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos...", "...como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto-amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables...".

²³ Disponible a texto completo incluido el Dictamen del Procurado General de la Nación, Esteban Righi en el link: <http://www.saij.gob.ar/home>

²⁴ Recomendamos la lectura del apartado 2c *El derecho de las víctima a obtener justicia* pp. 49-55 del texto autoría de V. BARBUTO (op. cit., p. 1), con una secuencia pormenorizada de los antecedentes que desembocan en este pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en especial el pronunciamiento del juez Gabriel Cavallo.

Este derrotero reconoce otro antecedente relevante en las consideraciones de la sentencia en el Caso Mazzeo, en la que la Corte Suprema (13 de Julio de 2007) de Justicia declaró la inconstitucionalidad del Decreto del Poder Ejecutivo 1002/89 que dispuso el indulto del recurrente; evaluó que los hechos investigados encuadraban en la categoría de crímenes de lesa humanidad -con cita de las definiciones al respecto dadas por esta Corte en los precedentes “Arancibia Clavel” y “Simón”-, y que como consecuencia de ello surgía la obligación, por parte de toda la comunidad internacional, de "perseguir", "investigar" y "sancionar adecuadamente a los responsables" de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, en virtud de que el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, así lo establecía a través de diversos tratados.

4. *A modo de colofón*

Desde entonces las estadísticas publicadas por el Ministerio Público Fiscal de Argentina dan cuenta, a la fecha de cierre de este trabajo, de que suman 2780 las personas imputadas por crímenes de lesa humanidad de las cuales 1049 se encuentran actualmente detenidas²⁵, 518 con arresto domiciliario²⁶. De ellas 750 cumplen condenas con sentencias firmes, otras 794 están procesadas²⁷. El total de causas vinculadas a esta materia se eleva a 593, encontrándose todavía 284 en etapa de instrucción.²⁸

Sobre el universo total de causas tramitadas que cuentan con sentencia, unas 175, el índice acumulado de personas absueltas, sobreseídas, y a las que se les dictó falta de mérito en su conjunto no alcanza el 10%²⁹.

Puede ello representar un aspecto relevante acerca de la continuidad de los procesos iniciados. Sin duda son una exteriorización de la voluntad continua de la sociedad, especialmente las víctimas y sus familiares, así como de los organizaciones no gubernamentales

²⁵ Fuente <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/imputados-segun-condicion/>

²⁶ Fuente <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/imputados-detenedos-segun-tipo-de-detencion/>

²⁷ Fuente <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/causas-por-delitos-de-lesa-humanidad-segun-situacion-procesal/>

²⁸ Fuente <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/causas-por-delitos-de-lesa-humanidad-segun-estado-procesal/>

²⁹ Fuente <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/causas-por-delitos-de-lesa-humanidad-segun-situacion-procesal/>

asociadas a la lucha por la protección de los derechos humanos y a un Poder Judicial que trata de responder, con enormes limitaciones y contra la presión de los grupos de poder que conservan influencia institucional e ideológica, a las demandas legítimas del ejercicio del derecho a la verdad.

Una mirada muy atenta a procesos siempre sensibles a los vaivenes políticos de oportunidad, en sociedades inestables y tan castigadas por estas traumáticas experiencias como la argentina, nos hace ser cautos sobre conclusiones demasiado halagüeñas, demasiado felices, para la realización del valor Justicia. El reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reivindicando el concepto de *limitación de potestades remediales* para reconocer un límite a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye un llamado de atención, un hito contrastante, con la consolidación de la tendencia progresiva del sistema judicial argentino.³⁰

Resulta especialmente preocupante que el Considerando 6º), destaque que “ Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) (conf. doctrina de Fallos: 327:5668, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 6º). *Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales.* En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana.” Esta preocupante posición se reafirma en el párrafo 18 que señala: “Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Estos principios reseñados se traducen en el modo

³⁰ Consúltese detenidamente la documentación obrante sobre Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se expresa en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de Febrero de 2017. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/home>

en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. *El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.* (los énfasis y los subrayados son nuestros). Todo lo cual aparejaría redefinir, con todas sus implicancias, el carácter monista internacionalista del ordenamiento jurídico argentino, por otro de carácter finalmente nacionalista. Así lo confirma la conclusión contenida en el muy resolutivo numeral 20 de los considerandos que derechamente dispone: “En virtud de lo expuesto, no corresponde hacer lugar a lo solicitado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Lo dicho hasta aquí no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del arto 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (art. 63, CADH; arts. 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional) .

Camerino, diciembre 2017.

UMBERTO CELLI*

*Il Diritto alla Verità nell'ottica del Diritto Internazionale: il caso brasiliano***

Sommario: 1 – L'origine del diritto alla verità; 2 – Il sistema interamericano e la progressiva evoluzione e costruzione del diritto alla verità; 3 – Un principio emergente nel diritto internazionale; 4 – La Convenzione Interamericana dei Diritti dell'Uomo e la legge di amnistia brasiliana; 5 – La Commissione per la verità del Brasile; 6 – Considerazioni Finali.

1. *L'origine del diritto alla verità*

Nel quadro del diritto internazionale, l'origine del diritto alla verità risale al diritto internazionale umanitario dei familiari di conoscere la sorte dei propri congiunti. Questo diritto è sancito negli articoli 32 e 33 del I Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949¹, adottato nel 1977, nonché negli obblighi delle parti belligeranti nei conflitti armati internazionali di cercare persone scomparse. Questi articoli trattano specificamente del diritto alla verità delle persone scomparse in conseguenza del conflitto ed impegnano le parti belligeranti ad assumere tutti i provvedimenti necessari a questo scopo.²

Con il tempo, la sparizione forzata di persone ed altre gravi violazioni di diritti umani durante periodi di estrema violenza sponsorizzata da Stati, in particolare in numerosi paesi dell'America Latina, come Cile, Brasile e Argentina, portarono ad una interpretazione più

* *Professore ordinario di Diritto Internazionale all'Università di San Paolo, Brasile. Preside della Scuola di Giurisprudenza di Ribeirão Preto dell'Università di San Paolo.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹ Le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 hanno portato un importante passo avanti per il diritto internazionale umanitario. Esse sono state completate nel 1977 con l'adozione dei Protocolli I e II, recepiti in Brasile dal decreto n. 849 del 25 giugno 1993. Recita infatti l'art. 32 del I Protocollo aggiuntivo (rubricato Principio generale): «Nell'applicazione della presente Sezione, le attività delle Alti Parti contraenti, delle Parti in conflitto e delle organizzazioni umanitarie internazionali menzionate nelle Convenzioni e nel presente Protocollo, dovranno essere motivate soprattutto dal diritto che hanno le famiglie di conoscere la sorte dei loro membri.»

² L. E. BORGES. *O Direito Internacional Humanitário*. Belo Horizonte, 2006, p. 113.

ampia della nozione del diritto di provvedere informazioni su persone scomparse. Questi fatti consentirono inoltre l'individuazione e il riconoscimento di un diritto - il diritto alla verità – nella prassi della Commissione Interamericana dei Diritti dell'Uomo, della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e anche del Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite.

Il diritto alla verità viene riconosciuto come un diritto inalienabile di conoscere le circostanze e le ragioni che hanno portato, attraverso massicce e sistematiche violazioni, alla commissione di crimini. Il pieno ed effettivo esercizio di questo diritto costituisce una garanzia fondamentale contro la commissione di tale violazioni. È necessario stabilire la connessione tra il diritto alla verità e il dovere dello Stato di conservare documenti e altre prove riguardanti le violazioni di diritti umani e diritto umanitario per facilitare la conoscenza di tali violazioni in modo a preservare dall'oblio la memoria collettiva.

2. Il sistema interamericano e la progressiva evoluzione e costruzione del diritto alla verità

Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani ha contribuito al consolidamento del diritto alla memoria e verità storica attraverso il lavoro della Commissione Interamericana dei Diritti Dell'Uomo e della Corte Interamericana dei Diritti Dell'Uomo, istanze azionate dalle vittime e famiglie in cerca della verità.

Dal 1998, la giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo viene sottolineando che il dovere di indagare sulle gravi violazioni dei diritti umani deve essere rispettato come un dovere proprio degli Stati, cioè non deve essere trattato come una semplice gestione di interessi particolari che dipenda esclusivamente dall'iniziativa processuale della vittima o dei suoi parenti, oppure emerga incidentalmente da meri elementi probatori, senza che l'autorità pubblica cerchi effettivamente la verità.

Nel corso delle ultime tre decadi, la Corte ha contribuito in modo decisivo a chiarire che il diritto alla verità sia riconducibile sia alle vittime e ai loro familiari che della società nel suo insieme, mettendo in evidenza il ruolo delle commissioni per la verità in conformità con l'obbligo di garantire e di conoscere la verità, in quanto contribuiscono alla costruzione e alla conservazione della verità storica. Secondo la Corte, l'istituzione di una commissione

non sostituisce, tuttavia, l'obbligo dello Stato di ottenere la verità attraverso processi giudiziari.³

In linea con questa tendenza, l'articolo 24 della Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate del 2006 ha stabilito che ogni «vittima ha il diritto di conoscere la verità sulle circostanze della sparizione forzata, il progresso e i risultati delle indagini e il destino della persona scomparsa. Ogni Stato Parte deve adottare le opportune misure in tal senso».⁴

Sempre nel 2006, il diritto alla verità ha ricevuto l'attenzione dell'Alto Commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite, quando è stato pubblicato uno studio sul diritto alla verità, che definisce il diritto di conoscere la “verità piena e completa” sulle cause e le circostanze per gravi violazioni di diritti umani e di diritto umanitario, i progressi ed i risultati delle indagini, le circostanze ed i motivi per la commissione di crimini internazionali, le circostanze in cui le violazioni hanno avuto luogo e, infine, l'identità degli autori.

Questo ha permesso la progressiva evoluzione e costruzione del diritto alla verità e della base per il mantenimento e la rivendicazione di altri diritti fondamentali, come il diritto di accesso alla giustizia e a strumenti di riparazione efficaci. Si è anche notata la progressiva espansione del diritto alla verità oltre a informazioni su eventi relativi a persone scomparse, per includere altre gravi violazioni di diritti umani nel contesto in cui si sono verificati. In maniera estensiva, ciò che si può osservare è che il diritto alla verità ha un rapporto diretto con la nozione di vittima di una serie di violazioni di diritti umani.

Questo diritto risulta dalla violazione di altri diritti umani fondamentali e rileva in particolar modo nel caso in cui le informazioni relative a questa violazione non siano state fornite dalle autorità competenti, attraverso una dichiarazione ufficiale o di altri sistemi di ricerca della verità. La sua logica risiede nel diritto delle vittime o delle loro famiglie di essere informate su alcuni eventi come parte essenziale del processo di riparazione. Tra altre

³ Rapporto della Commissione Brasiliana per la Verità (*Comissão Nacional da Verdade*), vol. I, Brasília, 2014, p. 35.

⁴ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/ConventionCED.aspx>

cose, il diritto alla verità ha un senso di chiusura, giacché permette il recupero della dignità e fornisce meccanismi di riparazioni per le violazioni dei diritti.⁵

Il diritto alla verità ha dunque due dimensioni, vale a dire, costituisce sia un diritto individuale che collettivo. Ogni vittima ha il diritto di conoscere la verità sulle violazioni che l' hanno incisa, ma la verità deve essere raccontata nel piano della società come una "garanzia fondamentale contro il ripetersi di violazioni".⁶

Peraltro, il diritto alla verità è anche visto come una salvaguardia contro l'impunità. Per questo motivo, è stato utilizzato per contestare la validità di leggi che concedono amnistia *tout court* per proteggere coloro che hanno violato i diritti umani secondo il diritto internazionale, e per incoraggiare i governi ad essere più responsabili e trasparenti. Dopo un conflitto armato o di periodi di conflitto interno, il diritto alla verità è stato invocato per aiutare le società a comprendere le ragioni di tali conflitti oppure di diffuse violazioni di diritti umani.

Molti Paesi hanno cercato di implementare il diritto alla verità attraverso la creazione di commissioni, commissioni di inchiesta o commissioni per la verità. Tale diritto può trovare un adeguato adempimento attraverso altri strumenti o meccanismi, come ad esempio processi pubblici, la divulgazione di documenti dello Stato e la corretta gestione di archivi, garantendo il diritto all'informazione.⁷

Il problema è che nonostante il fatto che l'esistenza e l'importanza del diritto alla verità siano già ampiamente riconosciute e individualizzate, ancora è difficile da delineare i suoi esatti confini giuridici nel diritto internazionale. Ciò dipende dal fatto che il diritto alla verità non è contenuto *per sé* nei trattati o nelle convenzioni regionali, vale a dire, non è stato enucleato come una norma chiara e vincolante in un trattato o in una convenzione internazionale.

⁵ Y. NAQUVI, *The right to the truth in international law: fact or fiction?*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, p. 248 ss.

⁶ Principio n. 2 del *Set of Principles for The Protection And Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity* (E/CN.4/2005/102/Add.1.), secondo il quale «the right to the truth is both a collective and an individual right. Each victim has the right to know the truth about violations that affected him or her, but the truth also has to be told at the level of society as a 'vital safeguard against the recurrence of violations'» in <http://www.derechos.org/nizkor/impu/principles.html>

⁷ Y. NAQUVI, *op.cit.*, p. 248 ss.

3. *Un principio emergente nel diritto internazionale*

Data questa situazione, un gran numero di autori lo considerano un concetto emergente nel diritto internazionale dei diritti umani, con applicazione abbastanza diversa da parte degli Stati. A questo proposito MARCON sottolinea che «The 'right to truth' is an emerging concept in international human rights law, but it is by no means enforced equally across nations. The body of literature on the explicit right to truth is limited because although it is a developing principle of human rights, there is no official universal right to truth in regional or international convention».⁸

Altri ritengono che potrebbe essere classificato come una consuetudine internazionale, la cui cristallizzazione sarebbe peraltro difficile da provare, oppure un principio generale di diritto e, in questo caso, più specificamente, come uno dei “principi emergenti del diritto internazionale”.⁹ In questo senso, è opportuno notare che, accanto alle convenzioni internazionali (generali e speciali), la consuetudine internazionale e i principi generali di diritto sono fonti del diritto internazionale che sono espressamente riconosciute dall'articolo 38 (1) (a) - (c), dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

La questione delle fonti del diritto internazionale, in particolare in caso di consuetudini e principi generali, contiene spesso, tuttavia, un elemento di incertezza che deriva dalla difficoltà di individuare esattamente quando creano regole con forza vincolante, diversamente da quanto accade nel caso di norme pattizie.

D'altra parte, compito molto più complicato è quello di identificare quando un mero comportamento – più o meno diffuso - assurge al rango di norma consuetudinaria o di principio generale di diritto, poiché i criteri per il riconoscimento di tali norme è meno chiaro. Infatti, come osservato da PAUWELYN, enucleare «the rights and obligations that derive from sources of international law other than treaties, in particular custom and general principles of law, and to apply them to a given case may even be more difficult».¹⁰

Il diritto alla verità sarebbe molto più vicino a un “principio emergente nel diritto internazionale” dal che deriverebbe conseguendo una serie di ostacoli alla sua piena applicazione e implementazione. È vero che può essere utilizzato come un mezzo di inferire

⁸ G. A. MARCON, *Does Brazil have the right to truth?*, in *the Macalester Review*, Vol.3: Iss. 2, Article 8, 2013, p. 2.

⁹ Y. NAQUVI, *op.cit.*, p. 268 ss.

¹⁰ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*. Cambridge: 2008, p. 91 e ss.

l'esistenza di regole più complete a partire di norme più specifiche attraverso un processo induttivo, come ha dimostrato la giurisprudenza dei tribunali per i diritti umani. Eppure, poiché non è ben delineato come una norma con forza vincolante, le difficoltà persistono nella sua esatta interpretazione e applicazione.

Questo potrebbe anche spiegare un altro tipo di ostacolo che spesso affronta il diritto alla verità: ossia il suo essere confuso con il diritto alla giustizia e specialmente alla riconciliazione. La riconciliazione è stata la base e il fondamento per le leggi di amnistia in diversi Paesi, tra cui la legge di amnistia del Brasile, Legge n. 6683 del 28 agosto 1979.

4. *La Convenzione Interamericana dei Diritti dell'Uomo e la legge di amnistia brasiliana*

Anche se ci siano state gravi violazioni di diritti umani durante la dittatura (1964-1985), come *inter alia* sparizioni forzate, tortura, omicidio e sequestro, la legge brasiliana ha concesso un'ampia amnistia, totale e senza restrizioni a tutti gli agenti pubblici che li hanno commessi, nonché ai membri della resistenza armata.

La legge di amnistia brasiliana è stata storicamente contestata perché in contrasto con i principi desumibili dalla prassi della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo. In pratica, una amnistia per poter essere compatibile con il principio generale di diritto che sancisce il diritto alla verità - che non è da intendersi come riconciliazione - secondo la Corte, deve comunque consentire alle vittime delle violazioni di diritti umani e alle loro famiglie di essere informate sulla scomparsa dei loro familiari e gli eventi che l'hanno causata, così come di ottenere la riparazione appropriata. Nel caso specifico poi, secondo la Corte, gli agenti pubblici che hanno violato i diritti umani dovrebbero essere ritenuti responsabili e puniti, dando anche modo alla società brasiliana di capire le ragioni per le sistematiche violazioni di diritti umani che si sono verificate nel Paese durante il periodo della dittatura militare.

In breve, la Corte interamericana ha sempre sottolineato l'incompatibilità manifesta delle leggi di amnistia con la Convenzione Interamericana dei Diritti dell'Uomo, affermando che, nella misura in cui impediscono l'indagine, l'individuazione e la punizione dei responsabili di gravi violazioni di diritti umani, sono prive di effetti giuridici.

Nel 2010, dopo di essere stata chiamata a esprimersi sulla legge di amnistia in un contesto post-Costituzione del 1988, la Corte Suprema brasiliana ha convalidato la sua costituzionalità. Anche se non può essere trascurata la natura politica della sentenza, forse essa sarebbe stata diversa nel caso in cui il diritto alla verità avesse la forma di norma esplicita e quindi dotata di forza effettivamente vincolante nelle convenzioni internazionali e regionali.

Nello stesso anno (novembre 2010), per la seconda volta, la Corte Interamericana ha dichiarato la legge di amnistia incompatibile con la Convenzione Americana e quindi incostituzionale. Questa è stata la posizione della Corte nel suo esame sulla legge di amnistia brasiliana nel caso *Gomes Lund e altri* (“Guerrilla Araguaia” – una piccola formazione guerrigliera annientata dall’esercito brasiliano fra il 1972 ed il 1974). La Corte ha ritenuto che il modo in cui è stata interpretata la legge di amnistia del Brasile che inibiva ogni indagine, processo e punizione dei responsabili di gravi violazioni di diritti umani, fosse incompatibile con la Convenzione.

In questo senso, i dispositivi della legge n. 6.683/ 1979, che impediscono l’indagine e la punizione degli organi statali, non hanno effetti giuridici e non possono continuare a ostacolare le indagini per l’accertamento dei fatti e per l’individuazione e punizione dei responsabili, né possono avere uguale o simile impatto per quanto riguarda altri casi di gravi violazioni di diritti umani ai sensi della Convenzione Americana che si sono verificati in Brasile: «3. The provisions of the Brazilian Amnesty Law that prevent the investigation and punishment of serious human rights violations are not compatible with the American Convention, lack legal effect, and cannot continue as obstacles for the investigation of the facts of the present case, neither for the identification and punishment of those responsible, nor can they have equal or similar impact regarding other serious violations of human rights enshrined in the American Convention which occurred in Brazil». Di conseguenza, la Corte ha condannato lo Stato brasiliano prescrivendo al governo di condurre indagini appropriate sugli omicidi, torture e sparizioni forzate e fosse stabilita la responsabilità per le gravi violazioni di diritti umani durante il regime militare: «9. The State must effectively conduct, within the ordinary jurisdiction, the criminal investigation of the facts of the present case in order to ascertain them, determine those criminally responsible, and effectively apply the

punishment and consequences which the law dictates, in the period of time established in paragraphs 256 to 257 of this Judgment».¹¹

Questa decisione conferma la pertinente giurisprudenza della Corte sulla materia. Nel caso *Barrios Altos vs. Perù* (2001), la Corte ha dichiarato che le leggi di auto-amnistia perpetuano l'impunità, ostacolano il chiarimento dei fatti, favoriscono una continua ingiustizia, impediscono le vittime e le loro famiglie l'accesso alla giustizia e il diritto di conoscere la verità e di ottenere il risarcimento corrispondente, ciò che costituirebbe una violazione diretta alla Convenzione Americana: «Self-amnesty laws lead to the defenselessness of victims and perpetuate impunity; therefore, they are manifestly incompatible with the aims and spirit of the Convention. This type of law precludes the identification of the individuals who are responsible for human rights violations, because it obstructs the investigation and access to justice and prevents the victims and their next of kin from knowing the truth and receiving the corresponding reparation».¹²

In questo modo, le leggi di auto-amnistia avrebbero la configurazione di un illecito internazionale e la sua revoca una forma di compensazione non pecuniaria. In breve, la logica della Corte è chiara: leggi auto-amnistia costituiscono illeciti internazionali, perpetuano l'impunità e favoriscono un'ingiustizia continua, impedendo alle vittime e alle loro famiglie l'accesso alla giustizia, in contrasto diretto al dovere dello Stato di indagare, perseguire, giudicare e riparare le gravi violazioni dei diritti umani.

5. *La Commissione per la verità del Brasile*

Considerata definitiva e senza appello, la sentenza della Corte Interamericana è o dovrebbe essere *self-executing* in Brasile, ma alla luce della convalida della legge di amnistia posta in essere dalla Suprema Corte brasiliana, ha ovviamente trovato ostacoli alla sua integrale applicazione.

Tuttavia, dopo questa decisione della Corte Interamericana, diversi procedimenti penali sono stati proposti con successo dai procuratori federali, come nel caso degli imputati

¹¹ Sentenza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo del 24 novembre 2010, causa *Gomes Lund et al.* («*Guerrilha do Araguaia*»), par. 3 e 9.

¹² Sentenza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo del 30 novembre 2001, causa *Barrios Altos v. Peru*, par. 43.

Curió e Ustra. Secondo il *Ministerio Público* Federale, la denuncia contro questi due colonnelli in pensione, i quali hanno partecipato al sequestro di persone durante la dittatura, non è in contrasto con la legge di amnistia nella misura in cui il sequestro dei politici scomparsi è un reato permanente a differenza del reato di omicidio contemplato da tale legge.

La magistratura brasiliana ha inizialmente risposto in modo favorevole alle richieste e forse la Suprema Corte rivedrà la sua posizione in futuro.

Questo compito potrebbe essere reso più facile se il diritto alla verità acquistasse confini giuridici più precisi nelle convenzioni internazionali e regionali, apparendo come una norma esplicita, dotato indubitabilmente di forza vincolante.

In ogni caso, occorre sottolineare che ci sono stati progressi significativi nel Paese con l'istituzione della Commissione per la verità dalla Legge n. 12.528 del 18 novembre 2011. Dopo un lungo processo di indagine, la Commissione ha presentato le sue conclusioni e raccomandazioni contenute nel rapporto della Commissione per la verità reso pubblico il 9 dicembre 2014.

Le conclusioni della Commissione per la verità sono state le seguenti:

- (i) accertamento di gravi violazioni di diritti umani;
- (ii) constatazione della natura diffusa e sistematica delle gravi violazioni di diritti umani;
- (iii) riscontro di avvenuti crimini contro l'umanità; e
- (iv) la persistenza di gravi violazioni di diritti umani nel Paese.

Alla luce di questi risultati e al fine di prevenire gravi violazioni di diritti umani, nonché di garantire la loro non-ripetizione e promuovere l'approfondimento dello stato democratico di diritto, la Commissione per la verità ha raccomandato l'adozione di diciassette misure istituzionali e otto iniziative di riforma legislativa nell'ambito costituzionale o legislativo e di quattro misure di *follow-up* delle azioni e le raccomandazioni.

Le misure istituzionali comprendono *inter alia*:

- (i) il riconoscimento da parte delle forze armate della propria responsabilità istituzionale per le gravi violazioni di diritti umani durante la dittatura militare; e

(ii) la determinazione da parte degli organi competenti delle responsabilità penali, civili e verificatisi durante il periodo esaminato dalla Commissione, non essendo applicabili a questi agenti i dispositivi della legge n. 6.683/79 né altre disposizioni costituzionali e legali.

La Commissione ha infine ritenuto che l'estensione della amnistia agli agenti pubblici che hanno dato origine ad arresti arbitrari, torture, esecuzioni, sparizioni forzate e occultamento di cadaveri è incompatibile con il diritto brasiliano e l'ordine giuridico internazionale, poiché tale illecito, data la scala e sistematicità con cui sono stati commessi, sono crimini contro l'umanità, imprescrittibili e non soggetti a amnistia.¹³

6. *Considerazioni Finali*

Come visto, poiché il diritto alla verità è molto più vicino a un “principio emergente nel diritto internazionale” ne consegue una serie di ostacoli alla sua piena applicazione e implementazione. Siccome non è ben delineato come una norma con forza vincolante, le difficoltà persistono nella sua interpretazione e applicazione.

Questo potrebbe spiegare un altro tipo di ostacolo che spesso affronta questo diritto, ossia il suo essere confuso con il diritto alla giustizia e specialmente alla riconciliazione. La riconciliazione è stata la base e il fondamento per le leggi di amnistia in diversi Paesi, tra cui la legge di amnistia del Brasile.

In ogni caso, il rapporto finale della Commissione per la verità del Brasile rappresenta un progresso significativo nella giusta direzione. Al di là dei dubbi circa l'efficacia delle sue risoluzioni e raccomandazioni, il suo approfondito lavoro di ricerca ha permesso alla società brasiliana di conoscere più ampiamente uno dei periodi più nefasti della sua storia recente.

Bibliografia

L. E. BORGES, *O Direito Internacional Humanitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

D. GROOME, *The right to the truth in the fight against impunity*, in *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29:1, 2010.

¹³ Rapporto della Commissione Brasiliana per la Verità (*Comissão Nacional da Verdade*), *op.cit.*, p. 964 e ss.

Y. NAQUVI, *The right to the truth in international law: fact or fiction?*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 88, No. 862, 2006.

J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Documenti

Convenzioni di Ginevra del 1949, Protocolli I e II.

Relatório da Comissão da Verdade, Brasil, 2014.

Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances (http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-right_to_the_truth.pdf).

Decreto n. 849, de 25 de junho de 1993 (<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/113221/decreto-849-93>).

Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity (E/CN.4/2005/102/Add.1.), (<http://www.derechos.org/nizkor/impu/principles.html>).

2006 International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, (<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/ConventionCED.aspx>).

Estatuto da Corte Internacional de Justiça, (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm).

Lei No. 6683, de 28 de agosto de 1979 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm).

Giurisprudenza

Sentenza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo del 30 novembre 2001, causa *Barrios Altos v. Peru*, par. 43.

Sentenza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo del 24 novembre 2010, causa *Gomes Lund et al.* (“*Guerrilha do Araguaia*”), par. 3 e 9.

Abstract

The origin of the right to truth is related to the international humanitarian law of families to know the fate of their relatives. The enforced disappearance of persons and other serious violations of human rights gave rise to broader interpretation of the concept of the right to provide information on missing persons and allowed for the specification and recognition of a right, the right to truth. Despite the evolution of a more specific case law on the merits of the right to truth, it is still difficult to identify its precise legal nature in international law. The purpose of this paper is to analyse the development of the right to truth concept in light of the international law, its jurisprudential evolution especially in Latin America by using as backdrop the Brazilian case.

Camerino, dicembre 2017.

ALESSANDRO HIRATA*

Entnazifizierung: tra la memoria e l'oblio dell'ideologia nazionalsocialista**

Sommario: 1. Introduzione; 2. Definizione; 3. Il processo politico; 4. Fine della denazificazione; 5. Risultati della denazificazione; 6. Considerazione conclusive.

1. Introduzione

La “Entnazifizierung”¹ fu un'iniziativa alleata, successiva alla Seconda Guerra mondiale, volta a liberare dall'ideologia nazionalsocialista la società, la cultura, la stampa, l'economia, la giustizia e la politica dell'Austria e soprattutto della Germania. Il programma di denazificazione fu lanciato dopo la fine della seconda guerra mondiale e fu rafforzato dalla Conferenza di Potsdam. Fu infine abbandonato con l'avvento della guerra fredda e la creazione della Germania Ovest. Anzi, in non pochi casi, personaggi che avevano fatto parte del partito o comunque di organizzazioni naziste assunsero a ruoli importanti nella burocra-

* Professore Associato di Diritto Romano e Storia del Diritto dell'Università di San Paolo. Dottorato di Ricerca preso a Ludwig-Maximilians-Universität München.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Sulla denazificazione in generale: W. R. ALBRECHT, *Liberalismus und Entnazifizierung. Zur Haltung der F.D.P./DVP/LDP in der Entnazifizierungsfrage*, München, 2008, S. BOTOR, *Das „Berliner Säuberungsverfahren“ – die letzte Phase der Entnazifizierung*, Frankfurt am Main, 2006, N. FREI, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München, 1996, K.-D. HENKE, H. WOLLER (Hrsg.), *Politische Säuberung in Europa. Die Abrechnung mit Faschismus und Kollaboration nach dem Zweiten Weltkrieg*, München, 1991, K. MEYER, *Entnazifizierung von Frauen: die Internierungslager der US-Zone Deutschlands 1945–1952*, Berlin, 2004, L. NIETHAMMER, *Die Mitläuferfabrik. Die Entnazifizierung am Beispiel Bayerns*, Bonn, 1982, F. OSTLER, *Das Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus vom 5. März 1946 und sein Vollzug. Persönliche Erfahrungen und Erinnerungen*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1996, pp. 821–826, D. RIGOLL, *Staatschutz in Westdeutschland. Von der Entnazifizierung zur Extremistenabwehr*, Göttingen, 2013, C. VOLLNHALS (Hrsg.), *Entnazifizierung. Politische Säuberung und Rehabilitation in den vier Besatzungszonen 1945–1949*, München, 1991.

zia tedesca occidentale e furono inoltre definiti dal cancelliere Adenauer provvedimenti di amnistia che resero liberi diversi nazisti.

Il processo di denazificazione solleva una serie di questioni relative al diritto alla verità e alla memoria, dal momento che il suo obiettivo principale è quello di cancellare ogni traccia di questo nefasto periodo storico. D'altro canto, pone anche questioni relative al diritto all'oblio, atteso che le persone che hanno avuto un passato di rapporti con il regime nazista potrebbero eventualmente avere il diritto di essere dimenticati. I problemi in discorso stanno assumendo oggi nuova rilevanza, sia per l'ampio accesso alle informazioni nella società contemporanea, sia nella prospettiva dei diritti fondamentali.

2. Definizione

Con il termine denazificazione è indicato il processo intrapreso nel luglio del 1945 ed implementato dalle quattro potenze mondiali (Stati Uniti, Unione Sovietica, Inghilterra e Francia), al fine di liberare la società tedesca e austriaca da ogni influenza del nazismo. Esso fu portato avanti soprattutto rimuovendo dalle posizioni di influenza coloro che erano legati al partito nazionalsocialista tedesco (NSDAP – Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei/Partito Nazionalsocialista Tedesco dei Lavoratori), nonché sciogliendo o rendendo impotenti le organizzazioni ad esso associate. L'obiettivo del processo di denazificazione avrebbe dovuto essere raggiunto attraverso una combinazione di misure, tra cui una vasta democratizzazione e la demilitarizzazione. Lo scioglimento del NSDAP e delle sue organizzazioni affiliate fu una conseguenza legata al processo di denazificazione. La denazificazione servì altresì a rimuovere i simboli fisici del regime nazista².

3. Il processo politico

Nella Germania post-guerra la denazificazione fu attuata con una serie di direttive emanate dal gennaio 1946 dal consiglio di controllo alleato, situato a Berlino. Le direttive di denazificazione identificarono i gruppi e le persone specifiche, indicando altresì le procedure giuridiche e le linee guida per il loro trattamento. Anche se tutte le forze occupanti aderì-

² Per esempio, nel 1957 il governo tedesco ridistribuì le croci di ferro della seconda guerra mondiale senza la svastica al centro.

rono all'iniziativa, i metodi usati per la denazificazione e l'intensità con cui vennero applicati furono diversi a seconda delle zone di occupazione³.

Gli Alleati vittoriosi avevano stabilito i principi generali per la “pulizia” del sistema politico nella Conferenza di Potsdam. Non erano, tuttavia, stati decisi, né concordati procedure e obiettivi comuni. Ogni potenza occupante procedeva con diversa durezza e diversi regimi lavorativi. Solo nel mese di gennaio 1946 il Consiglio di controllo alleato di Berlino ha adottato la direttiva del Consiglio di controllo n. 24, con basi nella direttiva americana. In nessun territorio furono realizzati arresti di massa. Nel complesso, nelle tre zone di occupazione occidentali si ebbero solo circa 182.000 internati, di cui, tuttavia, fino al 1° gennaio 1947, circa 86.000 vennero dimessi dai campi di denazificazione. Fino al 1947 furono incarcerati: nella Zona britannica 64.500 persone (34.000 liberati = 53%), nella Zona americana 95.250 (44.244 liberati = 46%), nella Zona francese 18.963 (8040 liberati = 42%) e nella Zona russa 67179 (8214 liberati = 12%)⁴.

Nella zona di occupazione americana la denazificazione fu perseguita inizialmente dal generale Dwight D. Eisenhower, con l'intento di rieducare il popolo tedesco. Ogni tedesco adulto dovette compilare un modulo, detto “Fragebogen”, che scandagliava il suo passato. Nella maggioranza dei casi, nel 1946 la responsabilità per il processo di denazificazione passò all'amministrazione tedesca, che stabilì 545 corti civili per giudicare 900.000 casi⁵. In virtù della legge per la liberazione dal nazionalsocialismo e dal militarismo, che divenne effettiva nel 1946, molte persone dovettero compilare un nuovo modulo, chiamato “Meldebogen” e furono classificate in cinque categorie: - soggetti esonerati o non incriminati, - seguaci o simpatizzanti, - incriminati minori, - attivisti, militanti, profittatori o persone incriminate e criminali importanti. All'inizio del 1947, 90.000 nazisti erano detenuti nelle carceri e nei campi alleati; ad un altro 1.900.000 fu proibito di svolgere qualsiasi mestiere che non fosse un lavoro manuale.

Il controllo delle informazioni alla popolazione era abbastanza rigido. I media tedeschi erano censurati dall'esercito americano, specialmente dall'Information control division, che nel luglio del 1946 controllava 37 giornali, 6 stazioni radio, 314 teatri, 642 cinema, 101

³ Cf. M. WILLE, *Entnazifizierung in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands 1945–48*, Magdeburg, 1993.

⁴ D. SCHENK, *Auf dem rechten Auge blind*. Köln, 2001.

⁵ M. GÖRTEMAKER, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Fischer, 2004.

riviste, 237 case editrici e 7384 tipografie e librerie. Lo scopo principale di questa censura era la democratizzazione del paese. Si mirava altresì a mettere a tacere ogni voce discorde all'occupazione alleata. Fu anche emessa una direttiva per la confisca di tutti i mezzi di comunicazione che potevano aver contribuito al nazismo o al militarismo; essa portò alla compilazione di una lista di oltre 30.000 libri, dai testi di scuola ai poemi, che furono banditi e le cui copie furono confiscate e distrutte. Anche il possesso di uno di questi volumi divenne punibile per legge. Nella zona sovietica⁶, il servizio segreto sovietico, l'NKVD, creò alcuni "campi speciali", in cui furono internate, fra l'altro, persone legate al nazismo. Spesso, tuttavia, diverse persone venivano arrestate arbitrariamente e internate con un processo sommario o senza processo.

A partire dal 1944 furono intraprese attività di propaganda negli Stati Uniti. Tra le diverse azioni, vennero diffusi diversi video impattanti concernenti campi di concentramento nazisti. L'obiettivo era creare un sentimento di colpa collettiva tedesca e era volta anche a porre fine alla consuetudine di vedere il nazismo come un'entità separata rispetto al popolo tedesco. Alcune dichiarazioni di governanti inglesi e americani, rese più o meno nel periodo della resa della Germania, indicarono l'intera nazione tedesca come moralmente colpevole per le azioni del regime nazista e sovente vennero usati i termini "colpa" o "responsabilità collettiva".

Anche come conseguenza di questo processo, il dipartimento di guerra psicologica del comando supremo alleato in Europa (SHAEP) intraprese una campagna di propaganda politica con lo scopo di creare un senso di responsabilità collettiva tra i tedeschi. Gli ufficiali britannici addetti al controllo di radio e giornali ricevettero ordini di enfatizzare la responsabilità di tutto il popolo tedesco per i crimini nazisti e, analogamente, tra le autorità americane il senso di responsabilità collettiva fu considerato alla base di ogni educazione a lungo termine in Germania.

Usando sia la stampa tedesca, che era sotto il controllo alleato, sia il cinema, sia manifesti ed opuscoli, fu condotta una campagna per mettere a conoscenza di tutti i tedeschi ciò che era successo nei campi di concentramento. Questi documenti avevano il fine di scuotere e umiliare i tedeschi e di provare loro che erano stati commessi crimini contro l'umanità,

⁶ Cf. M. WILLE, *Entnazifizierung in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands 1945–48*, Magdeburg, 1993.

dei quali responsabili non erano solo i nazisti e le SS, ma l'intero popolo tedesco. A questo scopo furono diffusi manifesti che rappresentavano vittime dei campi di sterminio. Subito dopo la liberazione dei campi di concentramento molti civili tedeschi furono costretti a visitarli, a seppellire i cadaveri o a riesumarli dalle fosse comuni.

Come esempio della mentalità di questa propaganda politica degli alleati, nel 20 luglio 1945, primo anniversario del fallito attentato a Hitler, non fu fatta menzione dell'evento, perché ricordare al popolo tedesco che c'era stata un'attiva resistenza a Hitler in Germania avrebbe minato gli sforzi degli alleati di creare un senso di colpa collettivo nella popolazione tedesca.

4. Fine della denazificazione

A partire dal 1948, con l'inizio della guerra fredda⁷, l'attenzione degli Stati Uniti venne richiamata dalle ostilità con il blocco orientale sovietico e i casi ancora in corso furono conclusi sommariamente, senza lasciare tempo sufficiente per investigare a fondo. In tal modo, molti processi arrisero agli imputati. Per esempio, nel 1952 alcuni membri delle SS tra cui Otto Skorzeny furono dichiarati formalmente denazificati in contumacia senza alcuna prova che ciò fosse vero. Infine, la denazificazione fu riconosciuta dalle autorità statunitensi come una controproducente caccia alle streghe e come un fallimento, per cui il programma fu abbandonato e talvolta invertito.

L'abbandono da parte dell'Ovest di una denazificazione stringente divenne uno dei maggiori temi di propaganda nella Germania Est, che proclamava come il governo della Germania Ovest non fosse altro che un'estensione del vecchio regime nazista. Tali affermazioni apparvero frequentemente nel giornale ufficiale del Partito di Unità Socialista di Germania, il "Neues Deutschland", secondo il quale le rivolte del 1953 erano state causate da provocatori nazisti inviati da Berlino Ovest. Fra l'altro, il muro di Berlino fu ufficialmente chiamato muro di sicurezza antifascista dalle autorità della Germania orientale, le quali dichiararono di averlo costruito per proteggere la società dalle attività dei nazisti di Berlino Ovest.

⁷ Cf. A. WEINKE, *Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland. Vergangenheitsbewältigungen 1949–1969 oder: eine deutsch-deutsche Beziehungsgeschichte im Kalten Krieg*. Schöningh, Paderborn u. a. 2002.

5. Risultati della denazificazione

Nelle zone occidentali furono emesse 5025 sentenze condannatorie. Di queste, 806 condanne a morte, di cui 486 sono state eseguite. Nelle tre zone occidentali furono circa 2,5 milioni di tedeschi i cui processi furono decisi fino al 31 dicembre nel 1949 da tribunali prevalentemente occupati con giudici onorari. I risultati: 54% partecipanti passivi, per il 34,6% il caso è stato chiuso, lo 0,6% è stato riconosciuto come anti-nazista e l'1,4% come principale colpevole e accusato.

Molti di coloro che erano stati profondamente coinvolti con il passato nazista poterono fare carriera indisturbati dopo il 1949 nella Repubblica federale tedesca. Con i certificati "Persil" dati loro per (presunte) vittime delle commissioni giudicanti e tribunali, dopo il 1949 entrarono in politica, magistratura, amministrazione, polizia e nelle università, spesso sotto falso nome, sovente con l'aiuto delle reti di vecchi compagni o persone specializzate in questi rapporti. In tal modo, più di due terzi del personale dirigente fu temporaneamente ex membro delle SS-Waffen negli anni Cinquanta del Bundeskriminalamt (organo federale criminale).

Questo fallimento di un esame vero e proprio del passato è stato rinforzato né il fatto che la politica estera americana ha avuto dal 1946 impostata la loro attenzione sull'Unione Sovietica (con la guerra fredda). I britannici avevano intenzioni soprattutto pragmatiche al fine di una possibile ricostruzione rapida e liscia, e la Francia aveva difficoltà proprie con il proprio passato in relazione con il maresciallo Pétainnel governo di Vichy.

Il licenziamento dei membri del NSDAP dal servizio civile è stato gestito in modo diverso nelle regioni amministrative della zona sovietica. In alcune zone, furono respinti solo i ranghi più elevati sono, in altri tutti i membri nominali del partito. Si può anche dire che la denazificazione è stata molto più rigida nella zona sovietica. Per i nazionalsocialisti nella zona sovietica il ritorno alla professione di insegnante, alla polizia, al sistema giudiziario e all'amministrazione interna è stato di solito improbabile, diversamente delle zone occidentali. Tuttavia, anche nella zona sovietica c'era una carenza di manodopera, che ha contribuito per una politica di riabilitazione pragmatica.

Il cancelliere tedesco Konrad Adenauer, contrario alla denazificazione, garantì l'amnistia a molte persone implicate nell'olocausto. La denazificazione a quell'epoca era osteggiata

da gran parte della popolazione tedesca e con la creazione della Germania Ovest nel 1949 Adenauer considerò una delle sue priorità farla cessare.

Insieme ad altri partiti tedeschi, Adenauer stabilì una serie di leggi di amnistia per invertire il processo di denazificazione, nominò capo del suo staff Hans Globke⁸, un ufficiale nazista che aveva commentato le leggi razziste di Norimberga e fece pressione per il rilascio dei criminali di guerra. Il 31 gennaio 1951 l'amnistia copriva oltre 792.176 persone, fra le quali erano incluse persone con una pena di sei mesi, 35.000 persone con una sentenza di oltre un anno tra cui più di 3000 funzionari della SA, delle SS e del partito nazista che avevano partecipato alla detenzione delle vittime nelle carceri e nei campi di concentramento; 20.000 altri nazisti incriminati per "crimini contro la vita" (presumibilmente omicidi), 30.000 per aver causato ferite corporali e 5.200 che avevano commesso "crimini e misfatti d'ufficio".

Come "Atto finale della denazificazione" il Bundestag tedesco ha adottato nel 10 aprile 1951 con solo due astensioni, annunciata il 11 maggio 1951, entrata in vigore nel 1° luglio, la "legge che regola lo status giuridico delle persone di cui all'articolo 131 della legge fondamentale". Questa legge assicurava, con l'eccezione del gruppo 1 (colpevole principale) e 2 (persone incriminate), il loro ritorno al servizio pubblico. Quasi per risarcimento morale, la "legge che regola l'ingiustizia nazista per la restituzione per i dipendenti pubblici" fu adottata solo pochi giorni prima per il Bundestag, all'unanimità e proclamata contemporaneamente con questo.

Leggi simili sono state approvate a livello statale, come ad esempio in Schleswig-Holstein, la "Legge per il completamento della denazificazione", adottata nel 14 marzo 1951, a grande maggioranza di tutte le parti. La denazificazione era ormai nel suo stato finale e questo è stato accettato senza opposizione da molti nella popolazione. Nel 1958 solo una piccola parte degli imputati di Norimberga era ancora in prigione.

Poiché la guerra fredda aveva interrotto la denazificazione nella Germania Ovest, alcuni gruppi di estrema sinistra, come la Rote Armee Fraktion, giustificarono il loro uso della violenza contro la classe dirigente della repubblica federale dichiarando che queste per-

⁸ Cf. F. J. BACH, *Konrad Adenauer und Hans Globke*, in D. BLUMENWITZ u. a. (Hrsg.), *Konrad Adenauer und seine Zeit. Politik und Persönlichkeit des ersten Bundeskanzlers*, vol. 1, Stuttgart, 1976, e K. GOTTO (Hrsg.), *Der Staatssekretär Adenauers. Persönlichkeit und politisches Wirken Hans Globkes*, Stuttgart, 1980.

sone avevano beneficiato del periodo nazista e accusando lo Stato stesso di essere rimasto nazista nella mentalità; osservarono altresì che molti ex nazisti occupavano posizioni di potere mentre il Partito Comunista Tedesco era fuorilegge.

Una delle giustificazioni che la Rote Armee Fraktion diede nel 1977 per l'assassinio di Hanns-Martin Schleyer, ritenuto uno dei più importanti industriali della Germania Ovest, fu che questi era stato un ufficiale delle SS e apparteneva ad una organizzazione di ex nazisti che aveva un grande potere economico e politico nel paese.

6. Considerazione conclusiva

Il processo storico di denazificazione dopo la Seconda Guerra Mondiale presenta diversi punti di discussione sotto la prospettiva del diritto alla verità e del diritto all'oblio.

E' tuttavia necessario esaminare la denazificazione come processo storico. Non sarebbe possibile analizzare questo processo sotto i concetti attuali del diritto alla verità e del diritto all'oblio. D'altro canto non si può dubitare che questo confronto tra la verità e l'oblio è ancora molto attuale.

Si potrebbe in tal modo parlare ipoteticamente di un diritto all'oblio di coloro che hanno partecipato ad attività del regime nazista. Questo ovviamente non sarebbe possibile per quei condannati per crimini di guerra o quelli che sono ancora ricercati da diverse organizzazioni internazionali. Non si può dimenticare, tuttavia, che la maggior parte della popolazione tedesca degli anni 30 e 40 ha partecipato ad alcune forme di attività correlate con il regime nazista.

Se si può parlare di questo diritto all'oblio di eventuali partecipanti a queste attività, è necessario parlare anche del diritto alla verità sul regime nazista. Ci sono ancora parenti e vittime del regime nazista che sono alla ricerca della verità di quelli anni di orrori. Anche la società in generale ha un interesse legittimo alla verità di questo periodo che ha prodotto effetti in tutto il mondo.

Non è facile stabilire parametri di attuazione per questi diritti. Il diritto alla verità e il diritto all'oblio devono essere confrontati nelle situazioni concrete.

Non si può, tuttavia, dimenticare l'importanza ancora attuale di questi aspetti nel processo di denazificazione. Nel 2006 lo scrittore tedesco Günther Grass vincitore del

premio Nobel per la letteratura nell'anno 1999 ha ammesso di aver partecipato alla Waffen-SS. Si può parlare di un suo diritto all'oblio? O il diritto alla verità sul suo passato come un membro della Waffen-SS era prevalente?

Quantunque non vi sia stata una discussione più approfondita su questo caso, si può dire, a mio parere, che il scrittore Günther Grass dovrebbe avere il diritto all'oblio rispetto alla sua partecipazione come membro della Waffen-SS. Come si sa, tanti giovani tedeschi, praticamente tutti, hanno partecipato in quel periodo ai diversi organi nazisti. Il diritto alla verità in questo caso non riveste importanza, giacché non si può parlare di condanna criminale o di altri tipo. La verità sulla sua persona non è qui socialmente rilevante.

Bisogna altresì evidenziare che questa informazione oggi, nella società odierna di comunicazione massificata, diviene ancora più drammatica. La velocità di comunicazione e di divulgazione rende abbastanza difficile l'attuazione del diritto. Come parlare di un eventuale diritto all'oblio in questo caso, se l'informazione è già stata accessibile a tutti? Un diritto all'oblio effettivo per casi come questi diventa praticamente impossibile.

Ancora sul questo caso specifico e sui altri tanti simili, tuttavia, l'importanza rilevata per i diversi mezzi di comunicazione su questa informazione di un suo passato nazista dimostra che questo tema non è stato dimenticato, anche più di 70 anni dopo la fine della guerra. Il rapporto con il regime nazista di ogni forma provoca ancora reazioni molto forti di tipo diverso.

Abstract

The term denazification refers to the process that begun in July 1945 and was implemented by the four world powers (the United States, the Soviet Union, England and France) in order to liberate German and Austrian society from any influence of Nazism. The program of denazification raises a series of questions concerning the right to truth and memory, since its main goal is to clear every trace of this nefarious historical period. On the other hand, he also raises questions about the right to oblivion, as people who have had a past relationship with the Nazi regime could possibly have the right to be forgotten.

Camerino, dicembre 2017.

ELZA ANTONIA PEREIRA CUNHA BOITEUX*

*Veracidade e mentira no contexto democrático***

Sommario: 1. Introdução. – 2. *Justificativas.* – 3. Verdade e veracidade. – 4. Mentira, caridade, piedade. – 5. Verdade e Democracia. – 6.

1. *Introdução*

No pensamento ocidental, duas explicações clássicas descrevem a relação entre a verdade e a mentira no contexto democrático: as que afirmam ser o ato de mentir algo inadmissível em toda e qualquer circunstância e as que admitem a possibilidade de mentir em circunstâncias excepcionais.

Kant é o mais famoso defensor do dever de veracidade¹ e, segundo ele, o governante deve interpretar os princípios da arte política de modo que eles possam coexistir com os princípios da moral, mesmo com eventual sacrifício de seu interesse particular.² Entre os que defendem a mentira como exceção encontra-se Platão, para quem o governante tem a prerrogativa de utilizar-se da “nobre mentira” para manter a unidade da *polis*.³ Trata-se de um *phármakon* que só poderia ser utilizado pelo governante em benefício da cidade, e do

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* Estudo realizado para a IV “Giornate Internazionali su “Diritto alla verità, alla memoria, all’oblio”, promovida pela Cátedra UNESCO “Diritti umani e violenza: governo e governanza”, Itália, novembro de 2016.

¹ KANT, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir por amor a humanidade. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 173-179. *Prolegómenos a toda Metafísica Futura*. Lisboa: Edições 70, 1991.

² KANT, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir por amor a humanidade. Ob. Cit., p.178.

³ PLATÃO. *A República*. 8ª ed. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1966, Livro III, 414b-c, p. 155.

qual as demais pessoas não deveriam provar.⁴ Seguem no mesmo caminho Maquiavel⁵ e Benjamin Constant⁶.

Na perspectiva jurídica, Benjamin Constant sustenta que o princípio moral “é um dever dizer sempre a verdade”, se tomado de maneira absoluta e isolada, torna impossível a vida em sociedade, referindo-se diretamente a Kant. Mas Kant insiste e afirma que a declaração de uma mentira é um grave delito e explica que a verdade não é propriedade de qualquer indivíduo. Desta forma, não se pode conceder o direito a um e recusá-lo a outro. Ou seja, o dever *de veracidade* nas declarações não faz qualquer distinção entre pessoas, é válido para todos.

Considerando as explicações de Platão e Benjamin Constant, Celso Lafer afirma que a existência de uma norma geral não se justifica. Segundo ele, é necessário justificar os casos excepcionais, pois a possibilidade de mentir sempre põe em jogo o sacrifício de um *bem menor* em nome de um *bem maior*.⁷ E, para Bobbio, a exigência de justificação nasce quando o ato viola ou parece violar as regras sociais geralmente aceitas, não importa se morais, jurídicas ou costumeiras.⁸

Maquiavel – fundador da ciência política – justifica a violação das regras morais fundamentais que valem para os indivíduos entre si, quando houver necessidade de se conservar o estado, pois considera o *bem público* superior ao dos indivíduos singulares. Sua visão realista lhe dá a convicção de que não se deve esperar que as coisas sejam como devem ser, mas deve-se aceitá-las como efetivamente são e agir de acordo com o

⁴ PLATÃO. *A República*. Ob. Cit., Livro III, 389c, p. 108.

⁵ MAQUIAVELLI. Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. Introdução de Isaiah Berlin, Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. CARDOSO, Fernando Henrique. Maquiavel, o eterno. In: *O príncipe*. Tradução de Maurício Santana Dias. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010, p. 11-22.

⁶ As afirmações de Benjamin Constant sobre o tema estão transcritas em: KANT, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir por amor a humanidade. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990,

⁷ LAFER, Celso. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. In: *Desafios: ética e política*. São Paulo: Siciliano, 1995, p. 18: “Em outras palavras, na dicotomia verdade/mentira a verdade é o termo forte e a mentira o termo fraco, pois dizer a verdade *não requer explicação*, mas dizer uma mentira exige justificação, normalmente articulada, como se viu no texto platônico, em termos de reconhecimento de que ela é um mal – mas *um mal menor* ou *mal necessário*, ou então *resposta ao mal de outra mentira*”.

⁸ BOBBIO, Norberto. Ética e política. In: *Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos*, organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 181.

momento.⁹ Aqueles que deixam a *verdade efetiva* de lado estão fadados a desconhecer a verdadeira natureza da comunidade política, jamais compreenderão os elementos que estruturam a vida política e poderão perder o próprio Estado.

Para Maquiavel, faltava aos príncipes da sua época a capacidade de determinar a ação adequada para o fim de manutenção do poder estatal, sendo que o projeto de conquista e manutenção do poder exige do príncipe saber agir de acordo com as exigências postas por seus objetivos. Como elas nem sempre coincidem com o que prescreve a moral, surge a questão de determinar qual objetivo deve prevalecer em cada caso. Essa escolha não é problema para o filósofo florentino: o que conta para o homem de estado é ao *fim* alcançar *a grande coisa*, o que torna lícitas as ações do governante. *Nos Discursos*, sua resposta é mais clara:

“Quando é necessário deliberar sobre uma decisão da qual depende a salvação do Estado, não se deve deixar de agir por considerações de justiça ou injustiça, humanidade ou crueldade, glória ou ignomínia. Deve se seguir o caminho que leva à salvação do estado e à manutenção da sua liberdade, rejeitando-se tudo o mais.¹⁰

A capacidade de agir segundo seus objetivos é chamada por Maquiavel *virtù*, uma ação do homem em busca de poder.¹¹ O príncipe com *virtù* possui a capacidade de determinar, de acordo com as necessidades do momento presente e em face de seus possíveis desdobramentos futuros, o curso de ação mais apropriado para a manutenção do estado; mesmo que se trate de um curso de ação violento, se necessário for, sem levar em conta julgamentos morais. Possui *virtù* aquele que, sabendo *não ser bom*, não hesita em tomar quaisquer medidas necessárias para se precaver de problemas futuros, nem em *incorrer na infâmia dos vícios* sem os quais lhe seria difícil conservar o Estado. Portanto, é lícito mentir e ocultar fatos para o povo.

⁹ MAQUIAVELLI, Nicolau. Das razões por que os homens, e, especialmente, os príncipes, são louvados ou vituperados. In: *O Príncipe*. Ob. Cit., p. 143. Capítulo XV, “Todavia, como é meu intento escrever coisa útil para os que se interessarem, pareceu-me mais conveniente procurar a verdade pelo efeito das coisas, do que pelo que delas se possa imaginar. (...). Assim, é necessário a um príncipe, para se manter, que aprenda a poder ser mau e que se valha ou deixe-se valer-se disso segundo a necessidade”.

¹⁰ MACHIAVELLI, Niccòlo. Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Tradução de Sergio Bath. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000, cap. XLIII, p. 418.

¹¹ CINTRA, Rodrigo Suzuki. *Shakespeare e Maquiavel: a tragédia do direito e da política*. São Paulo: Alameda, 2015, p. 65, esclarece: *É preciso não confundir virtù com virtude. Virtude no sentido cristão, prega a bondade que será recompensada nos céus. A virtù de Maquiavel pode se antepor veemente contra a bondade, e não é uma esperança de salvação. Mas uma ação efetiva do homem na Terra, na busca de poder.*

2. *Justificativas*

Desde a Antiguidade até à Revolução Francesa, foram usadas muitas metáforas platônicas do governante – como, por exemplo, a do piloto ou do médico – para mostrar que os governantes sabem melhor do que os governados o que é bom para eles.¹² Assim, em situações excepcionais, seria legítima a derrogação dos princípios morais pelo governante. A maioria dos sistemas jurídicos modernos admite *o direito de mentir* em situações especiais, enquanto os governados têm o *dever de dizer a verdade* em toda e qualquer circunstância.

Sem ter sido propriamente filósofo, nem jurista, Maquiavel influenciou os filósofos do direito ao descrever os mecanismos pelos quais se exerce o poder de forma eficaz. Ele reconhece o direito como instrumento do homem político para concretizar os seus objetivos quando explica que existem duas formas de combater: uma, pelas leis; outra pela força”.¹³ A lei é própria dos homens, a força é própria dos animais, mas um príncipe deve servir-se da natureza do animal, adotando as qualidades da raposa e do leão para ser bem-sucedido. O direito e a moral conservam valor no plano ético, mas seriam ineficazes na política, forma autônoma de atividade humana.

Maquiavel destaca a relevância do fim, da *grande coisa*, na conduta do homem de estado: alcançar esse fim torna lícitas as ações que excepcionam a regra que determina observar os pactos convencionados, e as ações impostas pelo código moral. Derrogar uma regra é sempre possível, pois o príncipe precisa “vencer e manter o estado”.¹⁴ Mas, ao mesmo tempo, o príncipe não pode fazer o quer, não pode governar totalmente desvinculado das leis. Nos *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio* Maquiavel afirma:

“Finalmente, lembrarei, para esgotar o assunto, que se as monarquias têm durado muitos séculos, o mesmo acontece com as repúblicas; mas umas e outras precisam ser governadas pelas leis: o príncipe que se pode conceder todos os caprichos é geralmente um

¹² PLATÃO. *A República*. 8ª ed. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1966, Livro III, afirma que a verdade deve ser estimada acima de todas as coisas, pois a mentira é algo útil em determinadas circunstâncias, exatamente como um remédio de gosto amargo, mas de efeito benéfico.

¹³ MAQUIAVELLI, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, cap. XVIII, p. 151.

¹⁴ MAQUIAVELLI, Nicolau. Ob. Cit. Capítulo XVIII, p. 153.

insensato; e um povo que pode fazer tudo o que quer comete com frequência erros imprudentes”¹⁵

Ele considera irrelevante a distinção entre boas e más ações do príncipe, mas, na perspectiva filosófica, Bobbio afirma que devemos distinguir *as boas* das *más* ações dos agentes políticos. Segundo Bobbio, os argumentos éticos podem ser baseados em *princípios* ou nos *resultados*. No primeiro caso, está em jogo o que costuma ser chamado de *ética dos deveres*, que corresponde ao que Max Weber chamou de *ética da convicção* e que, segundo Celso Lafer, *tem como linha de conduta fazer o que se deve, obtendo o que se pode, de acordo com os princípios*.¹⁶ No segundo caso, está em jogo uma *ética de fins* a serem alcançados, que, na ponderação entre *meios* e *fins*, legitimaria a *ética da responsabilidade*, assinalada por Max Weber como sendo a ética da política.¹⁷

A distinção entre moral e política, corresponde à distinção teórica entre ética dos princípios e ética dos resultados, mas segundo Bobbio, essa relação é complementar, não estanque.

Apesar disso, afirma-se que o homem moral é aquele que age e avalia as ações dos outros com base na *ética dos princípios*, enquanto o *homem político* age e avalia as ações dos outros com base na *ética dos resultados*.¹⁸

3. *Verdade e veracidade*

Kant, na refutação à Benjamin Constant,¹⁹ distingue as palavras *verdade* e *veracidade* ao afirmar que caberia a todos, sem exceção, o direito e o dever da veracidade, mas não da verdade, entendida como algo objetivo e fático, do qual a vontade humana não poderia dispor. Ele distingue a proibição *jurídico-moral* da *ético-virtuosa*, para afirmar que os seus

¹⁵ MACHIAVELLI, Nicolau. *Discorsi*: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio, tradução Sérgio Bath, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, 4ª.ed., Capítulo quinquagésimo oitavo, p. 182.

¹⁶ LAFER, Celso. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. In: *Desafios: ética e política*. São Paulo: Siciliano, 1995, p. 18.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. Razão de Estado e democracia. In: *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002, p.85.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. Razão de Estado e democracia. *Ob. Cit.*

¹⁹ KANT, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir por amor a humanidade. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 173-179.

argumentos serão elaborados na perspectiva da proibição *jurídico-moral*.²⁰ A defesa incondicionada do princípio da veracidade proposta por Kant tem o seguinte teor: *é crime a mentira dita a um assassino que nos pergunte se em nossa casa não se refugiou um amigo nosso que ele persegue*.

Benjamin Constant se baseia no pressuposto de que o *dever de veracidade* só vale em relação àqueles que *têm direito a ele*. Constant considera que um criminoso não tem direito à verdade, pois nenhuma pessoa tem direito à verdade dos outros se ela lhes causa dano.

Kant explica, em primeiro lugar, que não há coincidência entre *verdade* e *veracidade*, pois o indivíduo que mente é apenas capaz de dizer aquilo que ele crê ser verdade, e não necessariamente o que é a verdade. Mas, também, o indivíduo que mente pode se enganar e dizer voluntariamente a verdade. Desta forma, não é a veracidade ou não da declaração que ocasiona um dano, mas sim o *acaso*, que pode trazer tais consequências a um terceiro. Em outras palavras, a declaração de veracidade (*veracitas*) corresponde a uma verdade subjetiva, que não coincide, necessariamente, com verdade objetiva, admitindo a possibilidade do engano.

Ele conclui que a veracidade das declarações é um *dever formal* do ser humano em relação a outro, mesmo que ele ou outra pessoa sofra um prejuízo ainda maior. O dever de ser verídico (honesto) em todas as declarações *é um sagrado mandamento da razão, que ordena incondicionalmente e não admite limitação por qualquer espécie de conveniência*.²¹ Não se trata de um problema ético, mas de obrigação legal.

De outro lado, Kant concorda, em parte, com Benjamin Constant no sentido de que uma pessoa comete injustiça contra aquele que lhe obrigou injustamente uma declaração falsa, mas ressalta que essa mentira é uma injustiça contra a humanidade. Citamos:

(...) se a falsifico cometo, pois mediante tal falsificação, a qual também pode se chamar de mentira, em geral, uma injustiça na parte essencial do direito: isto é, faço tanto quanto de mim depende que as declarações em geral não tenham crédito algum, por conseguinte, também que todos os direitos fundados em contratos sejam abolidos e

²⁰ KANT, Immanuel. Ob. Cit. p. 174, nota (2). “Não posso tornar aqui mais acutilante o princípio a ponto de dizer: A inveracidade é a violação do dever para consigo mesmo” Pois tal princípio pertence à ética; mas aqui fala-se de dever do direito – A doutrina da virtude vê naquela transgressão apenas indignidade, cuja reprovação o mentiroso sobre si faz cair”.

²¹ KANT, Immanuel. *Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade*. Ob. Cit, p. 176.

percam a sua força; o que é uma injustiça causada à humanidade.²²

Além disso, o ser humano não pode ser meio ou objeto de algo ou de alguém. Em *Fundamentos da metafísica dos costumes*, Kant o exemplifica com o caso da falsa promessa:

(...) aquele que tem intenção de fazer a outrem uma promessa mentirosa reconhecerá imediatamente que quer servir-se de outro homem// simplesmente como meio, sem que o outro contenha ao mesmo tempo o fim em si.²³

Duas conclusões desse debate são importantes:

a) todo ser humano, todo o ser racional, existe *como fim* em si mesmo, *não pode ser meio* para uso arbitrário desta ou daquela vontade²⁴; e,

b) a declaração mentirosa feita a outra pessoa, ainda que não cause danos a *alguém específico*, causa *dano à humanidade* porque torna inutilizável a fonte do direito.

Isso é muito mais grave do que cometer uma injustiça contra alguém, porque, mediante a mentira, a pessoa destrói o princípio do direito em relação a todas as declarações incontornáveis e necessárias. A confiança é uma exigência do direito, com independência da moral. Ela é condição fundamental para a cooperação entre os homens e uma vida coletiva pacífica. Veracidade e confiança representam a fonte do direito e do direito da humanidade em relação ao contrato social.

4. Mentira, caridade, piedade

Celso Lafer explica que a palavra mentira, vem do latim *mentire*, que significa “mentir”, “imaginar”, inventar, de *mens, mentis*.²⁵ A mentira é uma tentação que não conflita com a razão, pois as coisas poderiam ser como o mentiroso conta.²⁶ A mentira lida com fatos que representam uma verdade factual frágil e vulnerável. Pode-se dizer o falso sem mentir, mas pode-se dizer o verdadeiro mentindo.²⁷

²² KANT, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir por amor a humanidade. *Ob. Cit.* p. 174-175.

²³ KANT, Immanuel. Transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes. In: *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1991, p. 70.

²⁴ KANT, Immanuel. *Prolegómenos a toda metafísica futura*. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 68.

²⁵ LAFER, Celso. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. In: *Desafios: ética e política*. São Paulo: Siciliano, 1995, p.16

²⁶ ARENDT, Hannah. A mentira na política. Considerações sobre os documentos do Pentágono. In: *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1973. Verdade e política. In: *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

²⁷ SANTO AGOSTINHO. Sobre a mentira: *De Mendacio*. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Ed. Ecclesiae,

Para a Igreja Católica, a mentira significa a privação direta e deliberada da verdade de uma afirmação, é a escolha intencional de um ato dirigido a uma afirmação falsa. O catecismo a define como “falar ou agir contrariamente à verdade, para induzir o outro em erro.”²⁸ Embora a mentira em si não constitua um pecado venial, torna-se mortal quando lesa gravemente as virtudes da justiça e da caridade.²⁹ Santo Agostinho afirmava: “nós nunca mentimos, porque somos filhos da luz”. Quem ama a Deus e a justiça deve firmar um real compromisso com a verdade. Em *De Mendacio*, ele indaga:

Percebemos, portanto, que, se nenhum objeto presente no mundo corpóreo pode ser considerado mais importante do que a nossa própria vida, e, se nenhum destes bens pode ser sobreposto à verdade, pergunto-lhes: o que restaria a objetivar aos defensores da possibilidade de mentir, ainda que ocasiões pontuais?³⁰

Existem diversos povos, que se distinguem em vários aspectos, mas há apenas dois gêneros de sociedades humanas, o que Santo Agostinho chama de duas cidades: a dos homens que querem viver segundo o homem (ou segundo a carne) e dos que querem viver segundo Deus (ou segundo o espírito).³¹ Viver segundo o homem equivale a viver segundo a mentira e viver segundo Deus corresponde a viver segundo a verdade, dado que o homem foi criado para fazer a vontade de Deus, e não a sua própria.³²

Se a mentira, na teologia ocidental, é tida como algo vergonhoso na atitude do homem, na teologia judaica, baseada no Talmude, ela é considerada a pior forma dos roubos. Segundo essa doutrina, existem sete classes de ladrões: a primeira é daqueles que roubam a mente dos seus semelhantes através de palavras mentirosas.³³

Na *República*, Platão afirma que a verdade merece ser estimada sobre todas as coisas,

2016, p. 23: “é possível que alguém diga uma falsidade, sem mentir, quando imagina que aquilo que diz corresponde à verdade, embora não o seja na realidade. E o inverso também vale, ou seja, alguém imaginando dizer uma mentira, exponha de fato uma verdade, mas nem por isto deixa de ser devidamente chamado de mentiroso”.

²⁸ Vaticano. *Catecismo da Igreja Católica* 2485. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/catechism_po/index_new/indice_po.html>. Acesso em: 29/10/2016.

²⁹ Vaticano. *Catecismo da Igreja Católica* 2484. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/catechism_po/index_new/indice_po.html>. Acesso em: 29/10/2016.

³⁰ SANTO AGOSTINHO. Sobre a mentira: *De Mendacio*. Ob. Cit, p. 50.

³¹ SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Vol. II, São Paulo: Edameris, 1964, Parte XVI, p. 239.

³² SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Ob. Cit. p. 244.

³³ LAFER, Celso. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. In: *Desafios: ética e política*. São Paulo: Siciliano, 1995, p.15

ainda que faça a ressalva de circunstâncias em que a mentira pode ser útil, e não odiosa. A *nobre mentira* defendida por Platão não pode ser concedida a todos os homens. Na *República*, ele afirma quem pode, excepcionalmente, mentir:

Mas é que, realmente, deve ter-se em alto apreço a verdade. Se, de fato, dissemos bem há pouco, se na realidade, a mentira é inútil aos deuses, mas útil aos homens sob a forma de remédio, é evidente que tal remédio se deve dar aos médicos, mas os particulares não devem tocar-lhe.³⁴

A caridade ou a piedade são valores que justificam a mentira? No pensamento de Santo Agostinho, a caridade nasce do amor ao próximo, sendo certo que amar o próximo significa amar o outro como a Deus e como a si mesmo.³⁵ Por esta razão, a caridade não legitima a mentira. De acordo com Jaques Perrin e Jean-Yves Calvez, a caridade comanda ações que pertencem e que não pertencem à justiça, e mesmo as ações comandadas pela caridade, que não pertencem à justiça, estão com ela relacionadas:

(...) por caridade, tem o cristão verdadeiro dever de agir, mesmo quando, sem nenhuma responsabilidade direta na injustiça, não está obrigado por dever estrito de justiça. Em casos como destes, a caridade alterna, de algum modo, com a justiça, que se mostrou impotente.³⁶

Na Encíclica *Caritas in Veritate*, Bento XVI afirma que a caridade depende da verdade:

Pela sua estreita ligação com a verdade, a caridade pode ser reconhecida como expressão autêntica de humanidade e como elemento de importância fundamental nas relações humanas, nomeadamente de natureza pública. Só na verdade é que a caridade refulge e pode ser autenticamente vivida. A verdade é luz que dá sentido e valor à caridade. Esta luz é simultaneamente à luz da razão e a da fé, através das quais a inteligência chega à

³⁴ PLATÃO. *A República*. 8ª ed. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1966, Livro III, 389 b.

³⁵ ARENDT, Hannah. *O conceito de amor em Santo Agostinho*: ensaio de interpretação filosófica. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 113.

³⁶ PERRIN, Jacques; CALVEZ, Jean-Yves. *Igreja e sociedade econômica*: Ensino social dos Papas de Leão XIII a Pio XII (1878-1958). Porto: Tavares Martins, 1960, p. 257.

verdade natural e sobrenatural da caridade: identifica o seu significado de doação, acolhimento e comunhão. Sem verdade, a caridade cai no sentimentalismo.³⁷

A versão grega da Bíblia usou a palavra compreender no lugar da palavra subsistir, mas a noção grega de compreensão, esclarece o Papa Francisco - na Encíclica *Lumen Fidei* - não é tão alheia ao texto hebraico. A fé passa pela compreensão do agir.

A verdade fidedigna resulta de Deus, razão pela qual afirma o Papa Francisco não haver conhecimento sem verdade:

(...) O homem precisa de conhecimento, precisa de verdade, porque sem ela não se mantém de pé, não caminha. Sem verdade, a fé não salva, não torna seguros os nossos passos.³⁸

Da mesma forma, Santo Agostinho nas *Confissões* apresenta uma síntese entre o *compreender* e o *subsistir* quando fala da verdade em que se pode confiar para conseguirmos ficar de pé: *Estarei firme e consolidar-me-ei em Ti, (...) na tua verdade.*

Os textos religiosos são relevantes porque consideram o homem na perspectiva individual e coletiva: o homem é cada homem e a humanidade inteira, como afirmará Kant, em uma perspectiva antropológica.

Maquiavel insiste no fato de que o sentimento de piedade não consiste na renúncia à violência ou à crueldade pelo príncipe.³⁹ O governante não deve se afastar do bem, se possível, mas pode entrar no mal se for necessário. Para o homem político, a piedade consiste no uso da violência que seja mais conveniente aos súditos. A violência bem utilizada gera ordem e segurança.

A ideia de “ordem” equivale à *violência administrada*; e esta é a condição limite da vida política. Daí a conclusão de que as *boas armas* antecedem as boas leis. Embora haja espaço para a astúcia e para a persuasão, *a violência é sempre o ponto limite necessário.*

³⁷ BENTO XVI. Encíclica *Caritas in Veritate*, de 29 de junho de 2009. Disponível em: <w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/index.html>. Acesso em 30/10/16

³⁸ Vaticano. ENCÍCLICA LUMEN FIDEI. Capítulo II, Fé e verdade, itens 23 e 24. Disponível em: <[2/11/162/11/16.https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papafrancesco_20130629_encyclica-lumen-fidei.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papafrancesco_20130629_encyclica-lumen-fidei.html)>. Acesso em 11/11/2016

³⁹ MAQUIAVEL, N. *O Príncipe*. Ob. Cit, p. 101, cap. XVII. “(...) Um príncipe não deve preocupar-se com a má fama de cruel se quiser manter os seus súditos unidos e fiéis, pois com pouquíssimos atos exemplares ele se mostrará mais piedoso que aqueles que, por excesso de piedade, permitem uma série de desordens seguidas de assassinios e de roubos: estes costumam prejudicar a todos, ao passo que aqueles, ordenados pelo príncipe, só atingem pessoas isoladas.”

Os mecanismos de manutenção do poder estão ligados à produção da *ficção* e da *simulação* que encobre a verdade. Por esta razão, o sucesso da ação política não se relaciona com o *bom governo*, e sim com o propósito básico do príncipe, que é *mantenere lo stato*.⁴⁰ Para alcançar esse propósito, *os meios serão sempre julgados honrosos e merecerão elogios de todos, pois o vulgo é capturado por aquilo que parece e pelo evento da coisa, e no mundo não há senão o vulgo – os poucos não têm vez quando a maioria tem onde se apoiar*.⁴¹

Maquiavel atribui maior valor à pátria do que à alma ao afirmar que é preferível *mentir* para salvar a pátria do que para salvar a própria alma.⁴² O que importa é a verdade efetiva (*verità effettuale*), a verdade testada pelo sucesso e pela experiência. Mentir é um recurso legítimo pois:

Todos concordam quanto é louvável que um príncipe mantenha a sua palavra e viva com integridade, não com astúcia; todavia, em nossa época vê-se por experiência que os príncipes que realizaram grandes feitos deram pouca importância à palavra empenhadas e souberam envolver com astúcia as mentes dos homens, superando por fim aqueles que se alicerçaram na sinceridade.⁴³

5. *Verdade e Democracia*

A palavra *democracia* apareceu pela primeira vez em Heródoto, mas seu significado se alterou muito até a modernidade.⁴⁴ O movimento contra o constante abuso do poder resultou no nascimento do chamado *Estado de direito* e na democracia representativa, no século XIX. No estado de direito o corpo político não se ocupa do *conteúdo* das ações dos cidadãos, mas da sua *forma*: cada qual pode fazer aquilo que lhe pareça melhor sempre e quando respeite as leis que garantam o mesmo espaço de ação para os demais.

Em Kant há uma unidade indissolúvel entre a ideia de mandato e a legislação; entre soberania e ordem legal; entre poder ordenador e a normatividade. Este vínculo constitui

⁴⁰ SKINNER, Quentin. *Maquiavel*. Tradução de Maria Lúcia Montes. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 51.

⁴¹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Ob. Cit. p. 107

⁴² MAQUIAVEL, Nicolau. *Discorsi, Ob. Cit.* Capítulo Quadragésimo Primeiro, p. 418.

⁴³ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Cap. XVIII, p.104

⁴⁴ PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de história da cultura clássica*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 180.

um fim em si mesmo, mas depende do valor principal da filosofia kantiana, a liberdade individual.

Em *A paz perpétua*, Kant fala da discrepância entre a moral e a política para concluir que não só a *honestidade* é a melhor política, como é a própria condição da política. Não há conflito objetivo entre política e moral, eles se dão no plano subjetivo, do sujeito – o que é bom, segundo Kant, para despertar a virtude! A publicidade garante a ligação entre política e moral.⁴⁵

Desta forma, a *visibilidade* e a *publicidade* do poder são elementos básicos da democracia, pois permitem o controle *ex parte populi* da conduta dos governantes. Segundo Bobbio, a democracia requer transparência e publicidade dos assuntos do Estado, tem necessidade de tornar públicas as intenções e os interesses do Estado.⁴⁶ Todavia, antes de eleger o governante, os eleitores aceitam a derrogação da verdade, como uma prática costumeira: as campanhas eleitorais contemporâneas seguem a velha estratégia para vencer as eleições: divulgação de boatos contra os adversários (“spin doctors”), truques, fraudes, dossiês sem fundamento.

Hegel, na Filosofia do Direito, de 1778 perguntou se *é permitido enganar* um povo. E a resposta foi: a plebe “engana a si mesma”. O governante conhece o verdadeiro e o falso, portanto, tem direito de usá-los para garantir o Estado contra os ignaros. A verdade nunca foi reconhecida como uma virtude política.⁴⁷ Será que Hegel tem razão? De qual verdade falam os filósofos?

Além das palavras terem mais de um sentido, a diversidade de línguas impõe a necessidade de tradução. Não existe critério absoluto para a boa tradução. O sentido é cada vez mais delimitado pelo seu uso e pelo contexto. E, não se pode esquecer, a transmissão da cultura antiga se fez pela via oral, por textos escritos e sucessão contínua de cópias; por papiros achados por arqueólogos e decifrados posteriormente. Esse complicado processo de escrita, considerando sinais e sílabas, dificulta a compreensão do significado da

⁴⁵ KANT, Immanuel. Sobre a discrepância entre moral e a política a respeito da paz perpétua in: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990, p.151-164.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. Democracia e segredo. In: *Norberto Bobbio: o filósofo e a política*. Antologia/ organização e apresentação de José Fernandes Santillán. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

⁴⁷ ARENDT, Hannah. A mentira na política. Considerações sobre os documentos do Pentágono. In: *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1973. Verdade e política. In: *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

palavra verdade, pois na sua própria etimologia ela depende de muitas culturas.⁴⁸ Cito alguns exemplos:

Para a tradição grega, a palavra *aletheia* designava a verdade como algo não *oculto*, não *dissimulado*, opondo-se ao falso. O *verdadeiro* está nas próprias coisas e a *falsidade* se esconde em aparências. Há uma espécie de *lembrar* algo esquecido, ou um princípio do que é essencialmente real. A verdade é revelação (*letheia*), é divulgação⁴⁹

Para os romanos, a palavra *veritas* significava verdade, como uma linguagem da narrativa dos fatos e acontecimentos. Assim, verdade se refere *ao relato*, *ao enunciado sobre os fatos* ou coisas, e não às próprias coisas ou fatos.⁵⁰

A palavra *verdade*, em hebraico *Emet* vem da raiz do verbo (*Aman*), que significa *suporte* ou *sustentáculo*, estar entre os esquadros, firme. Ela resulta no substantivo *Emunah* que significa ‘fidelidade’ ou ‘confiabilidade’. Nesta mesma raiz hebraica encontramos as palavras: *os fiéis (os confiáveis)*.⁵¹ Ari Marcelo Solon explica: a fé, *emunah* em hebraico está no ápice dos valores religiosos, em detrimento da mística, da ética e de outras observâncias tradicionais.⁵²

A linguagem não só permite dizer a mesma coisa de *outro modo*, mas também, dizer coisa *outra*, que não o que é, segundo Paul Ricoeur. Se a desordem das palavras no direito é um problema a ser corrigido, pelas técnicas da interpretação, o maior problema está no enigma, no artifício e na não-comunicação.⁵³ É possível ordenar palavras sintaticamente, deixando-as intencionalmente com desordem de sentido, de forma que se justifique qualquer interpretação arbitrária e casuística. No âmbito semântico, os critérios dependem da testemunha quanto aos fatos narrados, mas não de qualquer testemunha.

Segundo Celso Lafer, a *veracidade histórica* é parte do tema do *testemunho confiável*, o que é politicamente relevante, porque a *confiança* depositada na pessoa funciona como

⁴⁸ PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de história da cultura clássica*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1977. Introdução, p. 15-28.

⁴⁹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2002, p. 98-108.

⁵⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi: revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti, 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 994-998. LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Tradução de Fátima Sá Correia et al. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1200-1202.

⁵¹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. Ob. Cit., p. 105.

⁵² SOLON, Ari Marcelo. *Direito e tradição: o legado grego, romano e bíblico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 88.

⁵³ RICOEUR, Paul. Paradigma da tradução. In: *O justo2: justiça e verdade e outros estudos*. Tradução Ivone C. Benedetti, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.p.133.

fundamento das relações interpessoais. Na ausência da *confiança* não há lugar para o agir conjunto de que fala Hannah Arendt quando trata do poder político. Ela, por sua vez, afirma que fatos e opiniões pertencem à relação inter-humana, porque:

[...] os fatos informam opiniões e as opiniões inspiradas por diferentes interesses e paixões, podem diferir amplamente e, ainda, serem legítimas no que respeita à sua verdade factual [...] a verdade factual informa o pensamento político exatamente como a verdade racional informa a especulação filosófica.⁵⁴

Os governados esperam que os governantes ajam com transparência na tomada das decisões, que divulguem dados ou fatos coerentes com as políticas públicas aprovadas e querem confiar nas informações divulgadas. Não desejam uma forma autocrática de governo, que se funde numa única convicção de verdade, ainda que seja para combate ao terror.

Mas o mal é, por definição, secreto, segundo Kant. Assim, *todas as ações relativas ao direito dos outros, cuja máxima é incompatível com a publicidade são injustas*.⁵⁵ Se a democracia é o “poder em público”,⁵⁶ conforme afirma Bobbio, as decisões devem ser tomadas com transparência e publicidade para que o povo possa fiscalizar aqueles que estão no poder, ou seja, “vigiar os vigilantes”.⁵⁷

Bobbio apontou os defeitos e insuficiências da democracia, mas defende o modelo representativo.⁵⁸ Com visão realista, ele nos alerta para as conhecidas fórmulas de *manipulação* e *engano*, bem como descreve como obstáculos para a democracia: o problema dos *poderes invisíveis* e o *segredo*, o predomínio dos *interesses privados* sobre o *público*, entre outras formas de manipulação.⁵⁹

⁵⁴ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 295-296.

⁵⁵ KANT, Immanuel. Da harmonia da política com a moral segundo o conceito transcendental no direito Público In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 165.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*, organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 386.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. "Democracia e segredo". In: *Norberto Bobbio: o filósofo e a política*. Antologia/organização e apresentação de José Fernandes Santillán. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 302.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo? Debate sobre uma alternativa*. Tradução de Iza de Salles Freaza, Rio de Janeiro: Paz e terra, 1983.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. In: *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 17-40. Democracia e o poder invisível. In: *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p.83-106.

Mas se as democracias não podem garantir a transparência no exercício do poder, nem a obrigação do governante ser verídico, quais segredos e qual grau de violação do dever de veracidade um sistema democrático pode suportar?

A *verdade* é necessária para a *confiança* que o governado tem no Estado; o governante não deve enganar os governados. A *confiança* é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva, uma conduta de cooperação entre os homens e realizar a paz jurídica.⁶⁰ Quem viola o *princípio da confiança* protegido pelo ordenamento jurídico, descumpre uma exigência do direito; não uma exigência apenas moral. Como afirmou Kant, sem confiança rompe-se a principal fonte do direito.

Num sistema verdadeiramente democrático o *princípio da verdade* pode sofrer limitações; mas esta decisão não pode ser arbitrária, como admite Maquiavel, nem se valer da *dissimulação* e da *manipulação* da opinião pública. A *limitação* é uma exceção, e como tal, deve estar sujeita a mecanismos de controle, pois a segurança e o interesse do Estado são fundamentos do direito de sigilo, reconhecido como direito fundamental. Nos sistemas democráticos, o sigilo pode ser justificado, a mentira jamais.

De outro lado, quem detém o poder pode impor a todos *verdades* estabelecidas *a priori*, de forma autoritária, o que é o contrário à ideia de democracia. Mas neste caso, não é a verdade que é antidemocrática, é a *pretensão* de impor a todos a *verdade de alguém*. Explica Zagrebelsky:

“La democracia, basándose en la verdad, admite diferentes opiniones. Esto en absoluto significa confirmar a idea ‘tibia’ y escéptica sobre la sociedad democrática, aprobar la apatía y nihilismo ético de quien piensa que una cosa vale lo mismo que otra y que, por tanto, todo es indiferente (salvo en lo relativo a su propio egoísmo): la falta de concepciones éticas comunes, es tan dañina como el monopolio de la verdad única.”⁶¹

Em conclusão, as noções de verdade adotadas por Platão, Kant, Benjamim Constant, Santo Agostinho, Maquiavel e Hegel não são coincidentes, mas permanecem indispensáveis

⁶⁰ LARENZ, Karl. El principio de la confianza. La buena fe. In: *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001, p. 91.

⁶¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. Democracia, opiniones y verdades. In: *Contra a ética de la verdad*. Madrid: Trotta, 2010, p. 137.

para a reflexão sobre a verdade como um *dever* na democracia: suas limitações não admitem a própria supressão.

Abstract

Abordamos neste estudo a existência de um dever de dizer a verdade. Partimos da controvérsia clássica entre Kant e Benjamin Constant sobre o dever de dizer a verdade em todas as circunstâncias. Analisamos a obra de Maquiavel para mais bem estabelecer a relação entre verdade e poder. Confrontamos a mentira com as noções de caridade e de piedade, a partir da doutrina religiosa, especialmente da Igreja Católica, para determinar se a verdade deve ceder lugar a outros sentimentos morais. Afirmamos que os deveres religiosos traduzem o equivalente ético e político reconhecidos pelo direito. E concluimos que o dever de dizer a verdade é uma obrigação jurídica, tal como proposta por Kant, devendo ser aplicada nos sistemas jurídicos fundados na democracia representativa.

Camerino, dicembre 2017.

CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA*

*La dinamicità del diritto all'oblio e il pericolo della sua non flessibilità secondo
l'orientamento del Supremo Tribunale Federale brasiliano***

Sommario: 1 Introduzione. 2 Il diritto all'oblio e il caso "Aida Curi". 3 Il diritto all'oblio ed il Supremo Tribunale Federale brasiliano. 4 Altri casi diversi sul diritto all'oblio. 4.1 Il diritto all'oblio e i diritti dei consumatori. 4.2 Il diritto all'oblio e i motori di ricerca. 5 Conclusioni.

1 *Introduzione*

I diritti fondamentali, per esempio, il diritto all'identità, alla riservatezza, all'immagine, da una parte, e il diritto all'informazione dall'altra, sono imprescindibili per il pieno sviluppo della persona umana. I tribunali brasiliani hanno deciso con fondamento sul diritto all'oblio alcuni casi in cui si confrontano questi diritti della personalità in accordo con l'articolo 5, *inciso* X¹ della Costituzione brasiliana e l'articolo 21² del Codice Civile Brasiliano.

* *Professoressa Associata di Diritto Civile presso la Facoltà di Giurisprudenza di Ribeirão Preto dell'Università de San Paolo/Brasile (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo). Post Dottorato in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Camerino/Italia. Dottorato di ricerca presso l'Università di San Paolo con Stage di Ricerca svolto all'Università di Ottawa/Canada. Avvocato.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review. Estudo realizado para a IV Jornate Internacionais su "Diritto alla verità, alla memoria, all'oblio", promovida pela Cátedra UNESCO "Diritti umani e violenza: governo e governanza", Itália, novembro de 2016. Ringraziamenti: Un sentito ringraziamento alla Professoressa Maria Cristina De Cicco, Professoressa Associata di Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino, coordinatore per Camerino della Cattedra UNESCO "Diritti umani e violenza: governo e governanza" e che ha svolto un eccellente convenio sul "Diritto alla verità, ala memoria, all'oblio (novembre 2016). Un doveroso ringraziamento alla Professoressa Rosanna Ortu, Professoressa Associata di Diritto Romano dell'Università degli Studi di Sassari per la revisione e per i commenti di questo contributo.*

¹ *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"*

Inoltre, la nuova legge brasiliana che garantisce i diritti e stabilisce i principi per l'uso dell'Internet in Brasile, la così detta "Legge Quadro sui Diritti dell'Acceso a Internet" ("*Marco Civil da Internet*", Legge n. 12.965, dal 23 aprile 2014) fa riferimento al diritto di cancellare i dati personali nell'articolo 7°, *inciso X*³. Questa legge è anche conosciuta per essere un micro statuto sulla protezione dei dati personali, perché ha fissato delle regole per la raccolta, il trasferimento e l'utilizzazione dei dati personali.⁴

Questa legge garantisce alcuni diritti fondamentali per coloro che utilizzano internet (articoli 7° ed 8°), la neutralità della rete (articolo 9°), la protezione dei registri di connessione (articoli 10° fino al 17), la responsabilità dei *providers* (articoli 18 al 21), l'accesso giudiziario sui questi registri (articolo 22), l'attuazione del potere pubblico (articoli 24 fino al 28), e disposizioni finali.

Infatti, questa legge riafferma i diritti fondamentali, già garantiti nella Costituzione brasiliana, per esempio, il diritto alla libertà dell'espressione (articolo 5°, *inciso IV* della Cost. brasiliana e l'articolo 3°, *inciso I* della Legge Quadro dei Diritti sull'Internet), il diritto alla riservatezza (articolo 5°, *inciso X* della Cost. brasiliana e l'articolo 3°, *inciso II* della Legge Quadro dei Diritti sull'Internet) e così via.

Questo, si può dire, è un chiaro esempio di una "*Costituzione Informativa*" oppure "*information Bill of Rights*", espressione usata dalla dottrina⁵. D'accordo parte della dottrina, i diritti principali in questa Costituzione Digitale sarebbero quelli di cercare, ricevere, distribuire delle informazioni e quello di aver il controllo sulle proprie informazioni, ossia, il diritto all'autodeterminazione informazionale e il diritto alla "privacy informatica".

Anche se è stata stabilita una protezione dei dati personali, rimane la necessità di rendere efficace. L'efficacia dei diritti fondamentali in internet è complessa, sia per la velocità

² "Art. 21. *A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.*"

³ "X - *exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;*"

⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; BIONI, Bruno Ricardo, A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a Partir da Human Computer Interaction e da Privacy by Default, *In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*, Tomos I e II, São Paulo, Quartier Latin, 2014, pp. 263 – 290.

⁵ RODOTÀ, Stefano. Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive. *In: Politica del Diritto*, ano XXII, numero 1, pp. 521 – 546, Bologna, Il Mulino, marzo 1991, p. 525.

di questo tipo di media e sia il trasferimento transfrontaliero dei dati personali. Tradizionalmente, la protezione privata dei diritti fondamentali si fa tra la riparazione dei danni morali o/e materiali e la tutela inibitoria per evitare che si verifichino danni secondo l'articolo 12⁶ del Codice Civile Brasiliano.⁷

Nel Diritto brasiliano ci sono tre tipi di tutele, ovvero, la tutela preventiva, riparatoria e sanzionatoria. La tutela preventiva mira ad evitare la violazione dei diritti o l'aggravamento delle situazioni sfavorevoli, come per esempio, non permettere che gli applicativi condividano i dati dei propri utenti tra loro senza il consenso dei titolari dei dati. Quando si cerca di vietare una condotta specifica si parla di tutela inibitoria⁸, come per esempio, bloccare la circolazione dell'immagine di una persona senza sua autorizzazione. La tutela riparatoria, invece, si applica quando il danno già è consumato per cui si cerca una riparazione, per esempio, obbligare il ritiro dell'immagine della persona vietando l'accesso a questo contenuto. Infine, la tutela sanzionatoria, che è quella in cui si cerca di cambiare una situazione giuridica perché c'è stata una condotta antiggiuridica di una persona, come ad esempio, chiedere un indennizzo per la circolazione non consentita dell'immagine di una persona che si sente lesionata.

Secondo la dottrina brasiliana,⁹ la tutela inibitoria è fatta tramite l'azione inibitoria che è una azione di cognizione esauriente e che può essere determinata in anticipo (tutela anticipata). Nel Diritto brasiliano la tutela inibitoria è atipica, secondo l'articolo 461 del antico Codice di Procedura Civile e gli articoli 497¹⁰ e 536 del nuovo Codice di Procedura Civile brasiliano e l'articolo 84 del Codice di Difesa del Consumatore brasiliano. Inoltre, la tutela inibitoria atipica è ammessa nel sistema giuridico brasiliano perché la Costituzione

⁶ “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”

⁷ GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 18 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 150 – 151. Vide anche: GOGLIANO, Daisy. *Direitos Privados da Personalidade*, Tese di Mestrato presa l'Università di San Paolo, Facoltà di Giurisprudenza, 431 pagine, 1982.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I, 8. Ed., D'accordo con il nuovo Codice di Procedura Civile, São Paulo, Malheiros, 2016, pp. 244 – 245.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 39.

¹⁰ PINTO, Edson Antônio Sousa; FARIA, Daniela Lopes de, A tutela inibitória e os seus fundamentos no novo código de processo civil, *In: Revista de Processo*, vol. 252, pp. 303-318, febbraio, 2016.

Federal dal 1988, articolo 5º, *inciso XXXV*, stabilisce che tutti i tipi di lesione o minaccia di lesione a qualsiasi diritto può essere giudicata per i tribunali (pieno accesso alla giustizia). Ciò rappresenta una differenza rispetto al sistema italiano in cui si discute l'impossibilità della tutela inibitoria atipica¹¹.

Infatti, la tutela inibitoria nel Diritto italiano è stata ben delineata dalla Legge 22 aprile 1941 n. 633, sulla "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio"¹²:

CAPO III - Difese e sanzioni giudiziarie

SEZIONE I - Difese e sanzioni giudiziarie

1. - Norme relative ai diritti di utilizzazione economica

Art. 156

1. Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

2. Sono fatte salve le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.

3. L'azione è regolata dalle norme di questa sezione e dalle disposizioni del codice di procedura civile.

Le tutele sono definite per i risultati che il caso cerca di produrre.¹³ Nello stesso senso, la dottrina¹⁴ afferma che il processo, come strumento assolve a una finalità, di modo che sua funzione e struttura dipendono dal suo obiettivo, ovvero, la funzione e la struttura del processo di cognizione classico sono conseguenti della finalità che gli sono state attribuite.

¹¹ FRIGNANI, Aldo, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano: Giuffrè, 1974.

¹² (G.U. n.166 del 16 luglio 1941)

¹³ DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela jurisdiccional, *In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 907-934, Ottobre, 2011. p. 927.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social, *In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 1041-1077, Ottobre, 2011.

Nella società dell'informazione, la tutela preventiva è preferibile, anche se a volte inefficace, specialmente perché la circolazione dei dati è molto veloce e più difficile da controllare.

Il confronto tra i diritti fondamentali non è un fenomeno nuovo, però raggiunge una proporzione più intensa nel contesto della società moderna, ovvero, i nuovi modi di comunicazione consentono di inserire, trasmettere, ritrasmettere, salvare, condividere informazioni per cui i tribunali ed i legislatori devono prendere in considerazione le caratteristiche peculiari di internet.

I tribunali brasiliani hanno già giudicato questioni collegate al diritto all'oblio, però in maniera diversa. A volte si riconosce il diritto all'oblio di una persona o perché l'informazione non è più utile, oppure perché il diritto alla riservatezza e il diritto all'identità personale sono più forti. Ma, in altri casi, non si riconosce il diritto all'oblio ritenendo che il diritto di informare e di essere informati sia più importante.

Il diritto all'oblio è, tante volte, legato all'idea del “*right to be let alone*” (*diritto ad essere lasciati soli*), elaborata dalla dottrina statunitense¹⁵, i quali hanno scritto un importante articolo nel 1890. Infatti, si può affermare che il diritto all'oblio origina dalla privacy, ma si sia sviluppato e oggi debba essere considerato un diritto autonomo della personalità.

Tuttavia la definizione del *diritto all'oblio* è ancora più ampia, parte della dottrina¹⁶ afferma che è una situazione giuridica con *corpus* del diritto all'identità personale ed *animus* del diritto alla riservatezza.

Pertanto, il diritto all'oblio è un diritto autonomo della personalità mediante il quale la persona può cancellare o escludere informazioni personali quando sia già trascorso un determinato periodo di tempo dalla sua raccolta e utilizzazione, non sia più utile, oppure non tolga il diritto alla libertà di espressione, scientifica, artistica, letteraria e giornalistica.¹⁷ Nella parte finale di questo concetto, si propone il bilanciamento tra vari diritti fondamentali e i diritti della personalità, che deve essere adeguato ai casi concreti.

¹⁵ WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D., The Right to Privacy, *In: Harvard Law Review*, vol. 4, 1890, p. 193-220.

¹⁶ MEZZANOTTE, Massimiliano. *Il diritto all'oblio: contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 81.

¹⁷ Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no Direito Comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro, *In: CLÉVE, Clémerson Merlin, Doutrinas Essenciais em Direito Constitucional*, Revista dos Tribunais, volume VIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 511 – 544.

La tutela privata del diritto all'oblio, è diventata molto intensa dopo la sentenza del Superiore Tribunale della Giustizia brasiliano (2013), in cui è stato riconosciuto il diritto all'oblio, limitando il diritto all'informazione. È utile, al riguardo, l'analisi di alcune decisioni su questo tema al fine di comprendere in che modo i tribunali brasiliani applicavano questo diritto, che è dinamico, e conseguentemente il rischio della non flessibilità di questo diritto seguito della sentenza del Supremo Tribunale Federale brasiliano, da cui discende la c.d. “*repercussão geral*” con effetto vincolante per gli altri tribunali brasiliani.

2 Il diritto all'oblio e il caso “Aida Curi”

Il 28 maggio 2013, il Tribunale Superiore di Giustizia brasiliano (*Superior Tribunal de Justiça*) ha deciso di bloccare una trasmissione televisiva basandosi sul diritto all'oblio (REsp n. 1.335.153-RJ¹⁸). Il programma riguardava sul la morte di Aida Curi, una brasiliana uccisa violentemente nel 1958. Nel programma *Linea Direta*, un tipo di documentario criminale sul caso “Aida Curi”, usate delle immagini della donna senza che la famiglia ne avesse autorizzato l'utilizzazione. A seguito di ciò la sua famiglia, che già aveva sofferto per la perdita della propria congiurata, chiedeva la riparazione per danni morali e materiali, poiché l'emittente aveva utilizzato l'immagine di Aida Curi senza autorizzazione preventiva. Il giudice della città di Rio de Janeiro decidevo per l'improcedibilità del caso, decisione poi confermata dalla sentenza del Tribunale de Giustizia dello Stato del Rio de Janeiro.

Contrariamente, il Superiore Tribunale di Giustizia brasiliano (STJ) ha deciso positivamente circa il diritto alla riparazione basandosi sul fondamento che la famiglia ha il diritto all'oblio. Il Tribunale inoltre ha paragonato questo diritto ed il diritto del condannato a dimenticare, e non essere ricordato per il crimine commesso.

In questo caso, si è verificato un conflitto tra il diritto all'informazione al pubblico e il diritto alla riservatezza della famiglia della vittima, ritenendo questo ultimo più importante, poiché tal documentario non sosteneva alcune beneficio per conoscenza da parte del pubblico sui dettagli dell'omicidio di Aida Curi.

¹⁸ Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª TURMA, giudicato a 28/05/2013. Disponibile a: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013>, l'ultimo accesso 04 aprile 2017.

Secondo me questa sarà sempre una situazione di ponderazione dei diritti fondamentali in cui si deve soppesare, per esempio, il diritto all'immagine, alla riservatezza e all'identità da una parte, e il diritto all'informazione dall'altra, sempre con l'obiettivo di garantire la dignità della persona umana, così come afferma la dottrina.¹⁹

3 Il diritto all'oblio ed il Supremo Tribunale Federale brasiliano

Attualmente, questo caso sta per essere giudicato in plenario dal *Supremo Tribunale Federale* brasiliano (*"Agravo em Recurso Extraordinário"* 833.248, Relatore Ministro Dias Toffoli)²⁰ perché è stata riconosciuta l'importanza di questo tema per tutta la società brasiliana.

Non abbiamo dubbio che questo tema sia davvero importante per tutta la società brasiliana, però il problema potrebbe derivare dalla sentenza del *Supremo Tribunale Federale* e che può essere vincolante per tutti gli altri tribunali brasiliani.

La legge costituzionale n. 45, per cui si è fatto un emendamento alla Costituzione brasiliana dal 30 dicembre 2004, ha aggiunto il *paragrafo* 3° dal articolo 102, che diminuisce la competenza del *Supremo Tribunale Federale* secondo cui giudica solo le questioni che hanno una rilevanza sociale, ovvero, che superano gli interessi delle parti e che diventeranno regole per gli altri tribunali brasiliani, evitando che il *Supremo Tribunale Federale* deva analizzare questioni simili.²¹

L'idea di questa riforma era aggiungere un nuovo criterio di ammissibilità dei ricorsi al *Supremo Tribunale Federale* brasiliano, che durante il primo semestre dell'anno 2016, il plenario ha giudicato circa 1.501 processi, durante 41 sezioni tra febbraio e giugno.²²

¹⁹ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*, Roma, Gius. Laterza & Figli, 2012, p. 215.

²⁰ Disponibile a: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810658>>, l'ultimo acceso a 04 aprile 2017.

²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. A "repercussão geral" como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, In: *Doctrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 10, pp. 1223-1230, São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015.

²² Nell'anno 2016, si sono fatti 46.588 casi presso il Supremo Tribunale Federale, di cui 5.838 erano richieste originali e 40.750 erano ricorsi. Di questi, 38.834 processi sono stati rinviati nuovamente ai tribunali di origine oppure archiviati e sono stati pubblicate 7.884 decisioni dal Supremo Tribunale Federale brasiliano e 52.653 decisione monocratiche prese dal un ministro. Le due sezioni del Supremo Tribunale hanno giudicato 6.018 in totale durante 20 sessioni ognuna. Disponibile: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320184>>, l'ultimo acceso a 04 aprile 2017.

Questa riforma è stata regolata dalla Legge n. 11.418 del 2006, che ha aggiunto gli articoli 543-A e 543-B nell'antico Codice di Procedura Civile brasiliano e per la riforma del 21 al regimento interno del Supremo Tribunale Federale sulla così detta "repercussão geral" (ripercussione generale) dal 03 maggio 2007. Fino ad oggi, sono stati giudicati 887 casi di ripercussione generale, di cui circa 600 ricorsi straordinari e sono stati analizzati nel merito 275 di questi. Ovvero, in un periodo di quasi 10 anni, poco meno della metà delle ripercussioni generali sono state riconosciute e conclusi per il *Supremo Tribunale Federale*. In oltre, i Ministri della Suprema Corte brasiliana hanno manifestato i loro dubbi sull'efficacia di questa riforma. Tra i problemi sottolineati per i Ministri, è possibile evidenziare: la difficoltà di fissare la tesi del giudizio della ripercussione generale, poiché in molti casi si riferiscono agli elementi soggettivi o la particolarità del caso che ha originato il ricorso straordinario²³.

Il nuovo Codice di Procedura Civile brasiliano (Legge n. 13.105, 16 marzo 2015) ha stabilito delle regole importanti per accelerare il processo, tra le quali si può sottolineare la ripercussione generale, l'effetto vincolante delle decisioni dal *Supremo Tribunale Federale* Brasiliano. Anche dopo la riforma della Legge n. 13.256, 04 febbraio 2016, che cerca di accelerare il giudizio per il *Supremo Tribunale Federale* e per il *Superiore Tribunale di Giustizia*, il primo si concentra sulle questioni costituzionali (però non esclusivamente). Ma se il *Supremo Tribunale Federale* deve giudicare tanti casi come abbiamo detto *supra*, ne consegue un volume di lavoro incredibile per cui, a volte un caso rimane circa 10 fino a 15 anni per essere concluso, cui tempo che in materia di diritti fondamentali è troppo lungo e rende inefficace la tutela di questi diritti. Nostra opinione è che si stabilisce un sistema più veloce per il giudizio dei processi al *Supremo Tribunale Federale* brasiliano, senza però pregiudicare l'analisi delle materie dinamiche come è il caso del diritto all'oblio.

L'effetto vincolante comporterebbe un rischio di irrigidimento di una questione essenzialmente dinamica sul diritto all'oblio. Nel nuovo Codice di Procedura Civile del 2015,

²³ Disponibile: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320184>>, l'ultimo accesso a 04 aprile 2017.

un punto importante è il sistema di precedente con effetto vincolante per gli altri tribunali, in questo modo la giurisprudenza si manterrebbe uniforme e coerente (art. 926).²⁴

Il Libro III del nuovo Codice disciplina i processi nei tribunali, il Titolo I sull'ordine dei processi nei tribunali, specificamente il Capitolo I, articolo 926²⁵, determina che i tribunali devono uniformare i suoi giudizi di una maniera stabile e coerente. Infatti, il nuovo Codice di Procedura Civile brasiliano ha previsto una disciplina dei precedenti, al riguardo della razionalità che impone ai tribunali di uniformarsi alla giurisprudenza (*rectius* significa precedenti), e così si mantiene stabile, integra e coerente.²⁶

Tuttavia, si deve distinguere tra precedenti, giurisprudenza e altri tipi di decisioni dei tribunali superiori. La dottrina²⁷ ha affermato che il “precedente” è sinonimo di decisione giudiziaria vincolante che sarebbe applicata per altri casi identici. Riguardo al diritto all'oblio, questa identità non è confermata quasi mai, per cui non converrebbe che il *Supremo Tribunale Federale* brasiliano giudichi il caso “Aida Curi” in maniera vincolante per tutti gli altri tribunali brasiliani.

Insomma, non tutte le decisioni dei tribunali possono essere considerate precedenti giudiziari in senso tecnico, solo quelle che hanno efficacia normativa. Questo è un aspetto importante per il fondamento delle decisioni dei magistrati, i quali sono obbligati a usare solo il procedimento della distinzione (“*distinguishing*”) per confermare o rifiutare un precedente e non altri tipi di decisioni assunte nel processo²⁸.

Conclude parte della dottrina²⁹ che “la forza normativa del precedente in quanto tale, è la forza dell'analogia tra i casi: casi analoghi dovrebbero essere risolti in modo simile”.

²⁴ DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas, O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro, *In: Revista de Processo Comparado*, vol. 2, pp. 99-120, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, luglio a dicembre, 2015.

²⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

²⁶ ZANETI JR., Hermes, Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil, *In: Revista de Processo*, vol. 235, pp. 293-349, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, settembre, 2014.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, traduttore João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 278.

²⁸ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes, Novo CPC exige conceito técnico do que significa precedente, Disponibile: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-11/cpc-exige-conceito-tecnico-significa-precedente>>, l'ultimo accesso a 12/04/2017.

²⁹ PECZENIK, Aleksander, Sui precedenti vincolanti de facto, *Ragion Pratica*, pp. 35-43, 1996, p. 37.

4 *Altri casi diversi sul diritto all'oblio*

4.1 *Il diritto all'oblio e i diritti dei consumatori*

In un'altra occasione, il *Tribunale de Giustizia dello Stato del Rio de Janeiro*³⁰ ha giudicato una questione sul diritto all'oblio e gli applicativi di ricerca in internet. Una professionista dell'estetica fu condannata per avere ustionato una cliente, e dopo cinque anni dalla condanna, quando si fa una ricerca su *Yahoo! Brasile* con il suo nome, l'informazione di questo incidente appare immediatamente. La professionista ha chiesto la cancellazione dell'associazione del suo nome a quella notizia sostenendo che tale notizia non è più utile perché è già passato tanto tempo, che non è più di interesse pubblico la conoscenza di questa informazione.

A mio avviso questo caso è ancora più complesso, perché da una parte c'è l'influenza di tutelare il diritto dei consumatori ad essere informati in maniera ampia; e dall'altra parte, la tutela il diritto all'immagine e reputazione della professionista, anche perché con il tempo la tendenza è perfezionare le tecniche. Ritengo che, il Tribunale dello Stato de Rio de Janeiro ha preso una decisione corretta perché dopo tanti anni l'informazione non è più utile, poiché l'errore di una persona si trasformerebbe in una macchia indelebile.

4.2 *Il diritto all'oblio e i motori di ricerca*

In un altro caso, il *Tribunale de Giustizia dello Stato di San Paolo* non ha riconosciuto il diritto all'oblio di un ragazzo che ha avuto sua immagine collegata al gruppo "skinhead". La supposta partecipazione del ragazzo in questo gruppo di estrema destra non è stata confermata e lui non è stato condannato per nessuna condotta criminale. Nonostante ciò, quando si faceva una ricerca sul Google con il nome del ragazzo, queste notizie del suo supposto coinvolgimento con il gruppo "skinhead" appariva nel motore di ricerca e questo generava una costrizione al ragazzo e difficoltà di trovare un posto di lavoro. A seguito di ciò, il ragazzo ha chiesto un obbligo di fare, ovvero ha chiesto di obbligare Google ad applicare un filtro sul questo motore di ricerca perché non apparisse il suo nome collegato a quel gruppo. Nella sua difesa, Google ha affermato, tra altre cose, che la sentenza non sa-

³⁰ Agravo de Instrumento n° 0051483-50.2012.8.19.0000, julgado em 23/10/2012, rel. Des. Antônio Saldanha Palheiro.

rebbe efficace perché il motore di ricerca non ha creato l'informazione, invece il motore di ricerca solo permette l'associazione delle notizie con il nome del ragazzo.

Alla fine, il *Tribunale dello Stato di San Paolo*³¹ ha deciso che l'articolo 220 della Costituzione brasiliana garantisce il diritto d'informare e l'unico limite sarebbe la falsità dell'informazione. Però in questo caso, il ragazzo non rifiutando la veracità della notizia, o per meglio dire, la sua partecipazione nel gruppo "skinhead"; manifesterebbe solo la volontà di impedire che il motore di ricerca non facesse questa associazione. In questo caso, il giudice ha deciso che il ragazzo non ha il diritto all'oblio, perché il diritto d'informare deve essere protetto e che esistono altre modalità di tutela.

In questa fattispecie, il *Tribunale dello Stato di San Paolo* ha considerato che questo caso sarà deciso dal *Supremo Tribunale Federale*. Però, nonostante questo Tribunale abbia deciso questo caso poiché non era opportuno sospendere il giudizio, che poteva essere cambiato successivamente dal *Supremo* nel caso in cui alcune delle parti decidono di ricorrere al *Supremo* tramite ricorso straordinario.

Tuttavia, questo riferimento indica che la decisione del *Supremo* sul questo argomento sarà seguita da altri tribunali, e secondo me questo comporterebbe il rischio di fissare un concetto "vivo" come il diritto all'oblio che deve essere interpretato caso a caso.

5 Conclusione

La società dell'informazione sta fondata nella creazione e nella circolazione dell'informazione, ovvero, sui dati personali. Guido Alpa³² ha affermato che la coniugazione tra tanti fenomeni come la globalizzazione dei mercati, la dematerializzazione della moneta, lo sviluppo mondiale delle banche dati, l'automatizzazione delle attività umane, il riconoscimento del lavoro, fa parte di ciò che l'Autore definisce "rivoluzione digitale" (derivata dalla "rivoluzione informatica"). Così internet è diventata la protagonista di una invenzione che lascia una traccia indelebile nella la storia universale e individuale alla fine del secolo XX fino all'inizio del secolo XXI.

³¹ Apelação no 1113869-27.2014.8.26.0100 - São Paulo - VOTO No 14.177 C - 2/16.

³² Cyber Law. Problemi Giuridici connessi allo Sviluppo di Internet, In: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, ano XIV, 2a parte, *Rivista Bimestrale de le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, CEDAM, 1998, pp. 385 – 388, p. 385.

Infatti, in questo contesto si manifestano numerosi ostacoli per l'efficacia dei diritti fondamentali, tra cui i diritti alla riservatezza, all'identità personale da una parte, e il diritto di essere informato ed informare dall'altra.

La dottrina³³, nella sua analisi del fenomeno della globalizzazione, afferma che lo spazio telematico non conosce delle frontiere fisiche, e conclude che lo sviluppo tecnologico ha scatenato dei fenomeni che sfidano le idee di tempo e spazio sulle quale il Diritto fu costruito. A tal punto che il Diritto, oggi, non è necessariamente legato alle nozioni di spazio e tempo. Così l'influenza tra i vari sistemi giuridici rende necessario lo studio in diversi Paesi.

In materia di internet, questo è molto importante perché la connessione tra il sistema TCP/IP rende possibile la interconnessione tra persone e aziende di luoghi diversi in un modo facile, veloce e più economico. La circolazione transfrontaliera delle persone, dei beni e servizi e dei dati rende necessario avere trattati e accordi internazionali per assicurare la protezione dei diritti fondamentali in maniera efficace.

Il diritto all'oblio si inserisce in questo contesto. Tuttavia non è stato stabilito nessun trattato o accordo internazionale, per cui questa materia è disciplinata diversamente in ogni Paese. In Brasile, per esempio, non c'è una legge sulla protezione dei dati personali.

Nonostante, la legge quadro su internet, detta "Marco Civile dell'Internet", abbia fatto riferimento al diritto all'oblio di modo generale al inciso X dell'articolo 7: "X – esclusione definitiva dei dati personali che sono forniti agli applicativi dell'Internet sia per una richiesta del titolare del dato personale sia perché è finito il rapporto contrattuale tra loro".

Insomma, il diritto all'oblio, per la sua essenza, è dinamico, e così deve essere perché richiede un'analisi casistica in cui si prendono in considerazione i diritti fondamentali come il diritto alla riservatezza e all'identità e il diritto all'informazione. In Brasile, adesso c'è un rischio pericoloso di fissare in maniera definitiva un'unica conclusione del *Supremo Tribunale Federale* che potrebbe vincolare gli altri tribunali brasiliani. Questa inflessibilità rappresenta una minaccia per la tutela dei diritti fondamentali.

³³ IRTI, Natalino, Le categorie Giuridiche della Globalizzazione, In: *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVIII, Prima Parte, Padova, CEDAM, 2002, pp. 625 – 635, p. 629.

Tuttavia, la corretta interpretazione è che il giudizio di un ricorso straordinario del *Supremo Tribunale Federale* non significa automaticamente che abbia effetto vincolante. Questo effetto, invece, dipende dalla volontà di questo *Tribunale* di creare una “*sumula vinculante*” o una conclusione per i ricorsi ripetitivi. La *sumula vinculante* in questa materia non sarebbe ideale perché i fatti come abbiamo visto negli esempi *supra* sono molto diversi e non si può stabilire una coincidenza per applicare una possibile *sumula*; e giustamente per questo non sarebbe possibile avere ricorsi ripetitivi perché in ognuno c'è una particolarità.

Bibliografia

ALPA, Guido. Cyber Law. Problemi Giuridici connessi allo Sviluppo di Internet, *In: La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, ano XIV, 2a parte, *Rivista Bimestrale de le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, CEDAM, 1998, pp. 385 – 388.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas, O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro, *In: Revista de Processo Comparado*, vol. 2, pp. 99-120, luglio a dicembre, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I, 8. Ed., D'accordo con il nuovo Codice di Procedura Civile, São Paulo, Malheiros, 2016.

Tutela jurisdicional, *In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 907-934, Ottobre, 2011.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes, Novo CPC exige conceito técnico do que significa precedente, Disponibile: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-11/cpc-exige-conceito-tecnico-significa-precedente>>, l'ultimo accesso a 12/04/2017.

FRIGNANI, Aldo, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano: Giuffrè, 1974.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos Privados da Personalidade*, Tese di Mestrato presa l'Università di San Paolo, Facoltà di Giurisprudenza, 431 pagine, 1982.

GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 18 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

IMPERIALI, Ricardo; IMPERIALI, Rosario. *I commentati Codice della privacy*. Milano: Sole 24 Ore, 2004.

IRTI, Natalino, Le categorie Giuridiche della Globalizzazione, *In: Rivista di Diritto Civile*, ano XLVIII, Prima Parte, Padova, CEDAM, 2002, pp. 625 – 635.

KELSEN, Hans, Teoria pura do direito, traduttore João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; BIONI, Bruno Ricardo, A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a Partir da Human Computer Interaction e da Privacy by Default, *In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*, Tomos I e II, São Paulo, Quartier Latin, 2014, pp. 263 – 290.

Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no Direito Comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro, *In: CLÊVE, Clémerson Merlin, Doutrinas Essenciais em Direito Constitucional, Revista dos Tribunais, volume VIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 511 – 544.*

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social, *In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 1041-1077, Ottobre, 2011.

MEZZANOTTE, Massimiliano, *Il diritto all'oblio: contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

PECZENIK, Aleksander, Sui precedenti vincolanti de facto, *Ragion Pratica*, pp. 35-43, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità Costituzionale: secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3. ed., Tomo II: Interpretazione sistematica e assiologica, situazioni soggettive e rapporto giuridico, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

PINTO, Edson Antônio Sousa; FARIA, Daniela Lopes de, A tutela inibitória e os seus fundamentos no novo código de processo civil, *In: Revista de Processo*, vol. 252, pp. 303-318, febbraio, 2016.

RODOTÀ, Stefano. Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive. *In: Politica del Diritto*, ano XXII, numero 1, pp. 521 – 546, Bologna, Il Mulino, marzo 1991.

RODOTÀ, Stefano. Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali, *In: Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XV, n. 1, marzo, 1997, pp. 583 – 609.

Il diritto di avere diritti, Roma, Gius. Laterza & Figli, 2012.

TARZIA, Giuseppe. La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie, *In: Revista de Processo*, vol. 114, p. 131-146, São Paulo: Revista dos Tribunais, marzo – aprile, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A "repercussão geral" como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, *In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 10, pp. 1223-1230, São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015.

ZANETI JR., Hermes, Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil, *In: Revista de Processo*, vol. 235, pp. 293-349, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, settembre, 2014.

WARREN, Samuel D.; Brandeis, Louis D. The Right to Privacy. *In: Harvard Law Review*, vol. 4, 1890, p. 193-220.

Abstract

The right of oblivion is considered a “living” concept, meaning that its content is purposely vague. And it shall be like that in order to enable the weighing between the fundamental rights, in such case, usually, the right of privacy, the right to identity, in one side; and the right to be informed and to inform, on the other side. However, the Brazilian Federal Supreme Court will judge a case about the right of oblivion and it shall be the stare decisis for similar cases (known as “*repercussão geral*”). This paper aims to demonstrate the importance of the vagueness of the right to be forgotten, pointing out the risks of a sole conclusion to determine the decisions taken by other Brazilian Courts.

Camerino, dicembre 2017.

MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA*

*Direito ao esquecimento – posicionamento jurisprudencial brasileiro***

A sociedade globalizada, caracterizada atualmente como sociedade da comunicação, traz em seu bojo as transformações sociais até então não conhecidas, como a nova realidade de processamento e veiculação de informação, com acesso e disseminação em escala mundial em fração de segundo, sendo por isso, denominada também de “sociedade da informação”.

Nesse novo tempo, a explosão de informações de todo e qualquer conteúdo, de forma irrestrita e ilimitada, não só pelos meios de comunicação de massa, como rádio e televisão, mas também e principalmente pelas redes sociais e demais veículos da *internet*, com transmissão de dados e velocidade em proporções muitas vezes incomensuráveis, traz consequências de toda ordem, com reflexos políticos, religiosos, sociais, antropológicos, econômicos, fundamentais e etc.

Surgem, então, novos conflitos valorativos, que deixam de ter um círculo limitado e assumem âmbito social. Os cidadãos começam a sentir os efeitos danosos, e muitas vezes relevantes, de situações que fogem à constante de uma relação comunicativa entre duas pessoas, para uma comunicação onde o emissor e o receptor não são individualizados.

Na era digital há pouca ou nenhuma possibilidade de limitar a divulgação de fatos, que podem tornar-se de conhecimento universal com velocidade incrível. Mas, além disso,

* *Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC/SP; Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito Processual Penal (Mestrado e Doutorado) da PUC/SP; Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal) e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Brasil).*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-revieu.*

tais fatos acabam por se eternizar nos gigantescos bancos de dados que alimentam a *internet*, passíveis de consulta a qualquer momento, em qualquer época, por qualquer pessoa.

Nesse ponto verifica-se a colidência entre o direito à informação e liberdade de imprensa com os direitos fundamentais da intimidade, honra, imagem e até mesmo da dignidade da pessoa envolvida.

Não podemos, no entanto, deixar de considerar a necessidade de resguardar a dignidade humana inerente a todos os indivíduos, impondo o respeito mútuo entre as pessoas, inclusive no ato da comunicação, e que se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado. A este cabe, ainda, criar condições favoráveis para sua integral realização.

A dignidade humana está ligada a três premissas essenciais: a primeira refere-se ao homem, individualmente considerado, sua personalidade e os direitos a ela inerentes, chamados de direitos da personalidade; a segunda, relacionada à inserção do homem na sociedade, atribuindo-lhe a condição de cidadão e seus desdobramentos; a terceira, ligada à questão econômica, reconhecendo a necessidade de promoção dos meios para a subsistência do indivíduo.

Conforme Jorge Miranda, grande professor português: “Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objecto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia mesmo um *metaprincípio*¹.”

Portanto, a dignidade decorre da própria natureza humana, o ser humano deve ser sempre tratado de modo diferenciado em face de sua natureza racional. O seu respeito não é uma concessão do Estado, mas nasce da própria soberania popular, ligando-se a própria noção de Estado Democrático de Direito².

Os direitos fundamentais, por sua vez, constituem “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade,

¹MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais, *in* Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 170.

² SILVA, Marco Antonio Marques da. *in*: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 227.

por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana³”.

Na área dos direitos fundamentais, passamos por várias dimensões, desde as liberdades públicas negativas, os direitos positivos, além daqueles relacionados com a autodeterminação informativa e à informática de modo geral.

Lembramos também aqueles pautados na interdisciplinaridade, com foco nas questões éticas e jurídicas, decorrentes do progresso científico médico-biológico e sua repercussão na sociedade e no sistema de valores, tanto atual como futuro; funda-se na sentida necessidade de construção de princípios, regras e valores que tenham a capacidade de compatibilizar os direitos consolidados com as novas perspectivas que se apresentam à realidade humana, bem como a preservação e respeito à própria vida em sua intimidade biológica.

No entanto, devemos observar que a existência de direitos fundamentais separadas de sua garantia de nada vale, pois, como afirma Jorge Miranda, “[...]os direitos permitem a realização das pessoas e têm interferência imediata nas esferas jurídicas, enquanto as garantias estabelecem-se em função com o nexos que possuem com aqueles⁴”.

Assim, devemos ter em mente que o direito é sempre impregnado de conteúdo ideológico e de significação política. Com efeito, a Constituição Federal brasileira aos mencionar direitos e garantias fundamentais o faz usando essas expressões e, muitas vezes, há confusão nos seus sentidos.

Nessa linha de raciocínio, com relação à globalização, pautada especialmente na sociedade da informação, o tratamento jurídico não pode ser diferente. A tutela de bens supraindividuais, atrelada à informática, *internet*, redes sociais entre outros, deve receber maior atenção, com vista a assegurar a todos os meios de proteção aos direitos fundamentais, estabelecendo-se mecanismos eficazes de inserção das pessoas no mundo digital, mas de maneira condizente com os valores inerentes ao respeito e efetivação da Dignidade Humana.

³ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 4ª ed. Coimbra Editora, 2008, p. 89.

Visando a salvaguarda desses direitos da personalidade frente à “hiperinformação”, desponta o chamado “direito ao esquecimento”, que pode ser entendido como aquele de não ser lembrado contra sua vontade, em relação a acontecimentos que lhe tragam alguma forma de pesar ou violação de direitos fundamentais.

A temática do direito ao esquecimento não é nova, mas hoje é alçada a assunto de fundamental importância em função do robustecimento da utilização da *internet*. Juristas como René Ariel Dotti⁵, já em 1998 escreviam sobre o tema. *O direito ao esquecimento consiste na faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico “à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade.”*

É sabido que a origem do direito ao esquecimento liga-se ao fato de ex-condenados desejarem que seu histórico criminal não fosse mais exposto. Nesse sentido, para Raphael Lobato Collet Janny Teixeira⁶ *a origem do direito ao esquecimento vem do Direito Penal, com a reabilitação. No direito do consumidor, o esquecimento é acolhido na medida em que a lei estipula o prazo máximo de cinco anos para que constem em bancos de dados informações negativas acerca de inadimplência, independentemente do efetivo pagamento da dívida.*

Segundo Peter Fleischer⁷, conselheiro da *Google*, o direito ao esquecimento deve ser dividido em três vertentes: a) o direito de apagar os dados que a própria pessoa torna disponível na internet; b) o direito de apagar as informações disponibilizadas pelo próprio usuário e copiadas/utilizadas por terceiros; e, c) o direito de apagar os dados disponibilizados por terceiros.

Outra discussão importante é aquela que se dá entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação. Paulo R. Kouri⁸ observa que *se deve ponderar caso a caso os valores em jogo e pode ocorrer que o direito ao esquecimento deva ser sacrificado em prol da liberdade de informação.*

⁵ DOTTI, René Ariel. O direito esquecimento e a proteção do habeas data. in Habeas data, São Paulo: Editora RT, 1998, pág. 300.

⁶ TEIXEIRA, Raphael Lobato Collet Janny. A liberdade de expressão e o direito ao esquecimento na internet. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, nº 137, Jul/Ago de 2015, págs. 54/60.

⁷ FLEISCHER, Peter. Foggy thinking about the right to oblivion. Peter Fleischer: Privacy...?. Disponível em <http://peterfleischer.blogspot.com.br/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>, acesso em 10.05.17.

⁸ KHOURI, Paulo R. o direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. in Revista de Direito do Consumidor, Ano 22, vol. 89, set/out 2013, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, págs. 463/464.

Entretanto, se a circulação da notícia em si, na rede, nenhum interesse público traz mais consigo, a sua permanência na rede para a “eternidade” pode agravar seriamente a ofensa à intimidade da pessoa.

É fato que o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a sua própria história. Para Anderson Schereiber⁹, *o que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.*

Não será qualquer acontecimento que enseja sofrimento e tristeza que deverão ser retirados de uma plataforma digital pública, mas sobretudo aqueles que conforme Nelson Rosenvald¹⁰ *perturbam intensamente a pessoa - ou os seus familiares -, a ponto de ansiar que o fato seja excluído do debate público ou sequer rememorado por qualquer membro da coletividade. Contudo, é imprescindível o balanceamento entre a proteção da intimidade e as liberdades informacionais. Com efeito, o direito ao esquecimento não propicia a ninguém o direito potestativo de submeter a sociedade à supressão de fatos ou à releitura da história (incluindo a própria história). Por outro lado, mostra-se eficiente mecanismo de controle sobre a razoabilidade do emprego dos fatos pretéritos, ou seja, a forma pela qual o evento é rememorado e a destinação a ele concedida. Cuida-se de uma tutela em face daquilo que conhecemos como superinformacionismo, uma fórmula bombástica que combina a velocidade do pós-moderno, que dissemina toda e qualquer notícia, com a curiosidade de uma sociedade ávida pelo entretenimento.*

Na área da psicologia são estudados elementos para a superação de traumas e acontecimentos pretéritos que conferem dor ao ser humano. A elaboração do luto por situações e/ou perdas de difíceis reparações pode se dar de forma diversa entre as pessoas e os grupos. *Com isso, é imperioso considerar-se que existem severas dificuldades no aferimento do que é ou não importante para o ser humano no tocante ao seu tipo e grau de sofrimento, necessitando-se de uma avaliação de caráter interdisciplinar dada a complexidade das questões envolvidas*¹¹.

Um exemplo disso pode ser a matéria relacionada ao *cyberbullying*, quando “as relações que se propagam eletronicamente trazem um contexto de agressão extremamente virulento

⁹ SCHEREIBER, Anderson. *Direitos de Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 174.

¹⁰ <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/07/02/Direito-ao-Esquecimento-incidir%C3%A1-o-STF-no-Venire>

¹¹ SILVA, Evani Zambon Marques da. A família no contexto da justiça: uma questão para o psicólogo. In: *Actas do IX Congresso Iberoamericano de Psicologia/ 2º Congresso da Ordem dos Psicólogos Portugueses*, Lisboa, Setembro, (pp. 796-804). Lisboa: Ordem dos Psicólogos Portugueses, 2014.

e desestruturante para muitas pessoas, contribuindo para o surgimento de problemas emocionais ou o agravamento daqueles já existentes nos envolvidos”¹².

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, o Ministro Luís Roberto Barroso¹³, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, enxerga a utilização do chamado direito ao esquecimento como desculpa para retirar do ar uma matéria jornalística publicada na *internet*, é forma de censura. Segundo ele, o direito ao esquecimento é postulação que pode somente alcançar a retirada da informação do *site* de buscas, mas não daquele em que a matéria foi escrita e vai existir para sempre.

No Direito brasileiro, tal direito está garantido no inciso X, do artigo 7º, do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), nos seguintes termos:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

(...)

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

No entanto, até o presente momento não temos nenhuma regulamentação a respeito de como deve ser feito esse requerimento, como se dará a exclusão, nem mesmo a forma de responsabilização daqueles que deixarem de atender ao pedido.

Na VI Jornada¹⁴ de Direito Civil, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal do Brasil, foi aprovado o Enunciado 531 que, com fulcro no artigo 11, do Código Civil brasileiro¹⁵, estabeleceu que: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”, apresentando como justificativa que *Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante*

¹² SILVA, Marco Antonio Marques da; Silva, Evani Zambon Marques da. *Cyberbullying: aspectos jurídicos e psicológicos e o respeito à Dignidade Humana*. Revista Faculdade de Direito da PUCSP. Vol.2 (pp.193-209), 2014.

¹³ <http://oglobo.globo.com/brasil/barroso-defende-que-direito-ao-esquecimento-nao-seja-usado-para-retirar-materia-da-internet-19127602>

¹⁴ VI Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal do Brasil, ocorrida nos dias 11 e 12 de março de 2013, na sede do Conselho da Justiça Federal em Brasília/DF (Brasil).

¹⁵ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

II - O Direito ao esquecimento nos Tribunais brasileiros:

1 - Supremo Tribunal Federal

Ação indenizatória promovida por irmãos de vítima de crime ocorrido --- contra mídia televisiva que veiculou o programa Linha Direta Justiça. TJRJ: liberdade de expressão, que afasta responsabilidade civil do réu, mesmo que o uso da imagem não tenha sido autorizada pelos sucessores e tenha envolvido fins comerciais; esquecimento não é caminho salvador para tudo. Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Recurso Especial. Direito ao esquecimento é aspecto da dignidade da pessoa humana, aspecto correspondente no Direito Civil à ressocialização no Direito Penal. Recurso não conhecido (STF – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 833.248/RJ – Relator Ministro Dias Toffoli – Julgamento 11.12.2014).

Resumo do decidido (Ementa)-Direito constitucional. Veiculação de programa televisivo que aborda crime ocorrido há várias décadas. Ação indenizatória proposta por familiares da vítima. Alegados danos morais. Direito ao esquecimento. Debate acerca da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. Presença de repercussão geral.

2) - Superior Tribunal de Justiça

- Invocação do direito ao esquecimento em Direito Penal. Artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06; extensão do conceito de maus antecedentes. Condenação penal anterior, já expirado o período depurador de cinco anos da extinção da pena. Efeitos não podem persistir eternamente, sob pena de afastar-se do Direito Penal do Fato. Apontamentos específicos para o caso em concreto, cujo crime inicial ocorrera em 17/04/1997, a extinção da pena em 03/10/2003 e a condenação por tráfico de drogas em 16/05/2009. (Agravo em Recurso Especial nº 294.085/MG – Relator Ministro Rogério Schietti Cruz – Julgado em 01.06.2016).

- Veiculação de matéria jornalística falsa. Existência de responsabilidade civil da

empresa responsável. Agravo a que se nega provimento. (Agravo em Recurso Especial nº 491.194/RJ – Relator Ministro João Otávio de Noronha – Julgado em 26.08.2015).

- Recusa do *Facebook* contra decisão que determinou obrigação de fornecer dados (IP e URL) de usuários que acessaram perfil daquele sítio. Alegação de impossibilidade de coleta dessas informações. Recurso não conhecido, mantendo-se decisão *a quo* que reconheceu mencionada obrigação de fazer. (Agravo em Recurso Especial nº 676.527/DF – Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira – Julgado em 30.04.2015).

- Reconhecido pelo TJDFT a inexistência de direito a indenização, mas o dever de retirada de matéria jornalística em caso de sequestro de menor de idade pelo pai, o qual fora absolvido criminalmente. Pretensão de afastar o dever de não republicação do tema não aceita, mantendo-se o a decisão guerreada. Jurisprudência forte da Corte no sentido de que “a assertiva de que uma notícia lícita não se torna ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica” (Recurso Especial 1.334.097/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013). Anotou-se: “o interesse público pertinente a eventos criminais tende a desaparecer na medida em que se esgota a resposta penal conferida ao fato. Dessa forma, tendo o agravado obtido a absolvição, por certo, foi alcançado o limite máximo da vida útil da informação. (Agravo em Recurso Especial nº 704.929/DF - Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – Julgado em 26.06.2015).

- Chacina da Candelária. Documentário exibido em rede nacional, programa Linha Direta Justiça, treze anos após o fato. Direito daqueles que cumpriram penas e dos absolvidos ao esquecimento. Direitos da personalidade *versus* liberdade de imprensa. Ausência de contemporaneidade. Ponderação de valores. Proteção da dignidade da pessoa humana. Solução transversal, multidisciplinar, na modernidade pós-moderna, com quebra da separação entre espaço público e privado tendo em conta a hiperinformação, com “riscos terminais à privacidade e à autonomia individual” (Bauman). A limitação da liberdade de imprensa de outrora não impede o balizamento e orientação dessa atividade com base em valores atuais. O jornalismo não deve legitimar a criação de histórias e personagens artificialmente famosos, em especial o jornalismo policial; este envolve “interesse ‘do’ público”, não necessariamente interesse público. Estabilização do passado e

previsibilidade do futuro. O interesse público que justifica a publicidade do processo penal tende a desaparecer juntamente com a resposta penal. Presunção de regenerabilidade da pessoa humana, o que seria um direito à esperança. Veiculação do autor ressaltou a imagem de indiciado, não a de absolvido, como o foi, de maneira que reacendeu a desconfiança pública sobre si. Ocorrência de responsabilidade civil, com dever de indenizar (Recurso Especial nº 1.334.097/RJ – Relator Ministro Luís Felipe Salomão – Julgado em 28.05.2013).

- Programa Linha Direta Justiça. Caso Ainda Curi, ocorrido em 1958. Reconhecimento do direito ao esquecimento, porém sem o aplicar ao caso concreto. Impossibilidade de desvinculá-lo ao caso concreto (R Especial nº 1.335.153/RJ – Relator Ministro Luís Felipe Salomão – Julgado em 28.05.2013).

- Crime de fornecimento e divulgação de cenas de imagens pornográficas e de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes pela internet. Pedido de sigilo sobre tipificação e nome do réu. Previsão de sigilo para proteção da criança e do adolescente, os quais terão suas informações pessoais resguardadas. O mesmo não se aplica ao réu, devendo se submeter à regra geral de publicidade dos atos processuais: prevalência do interesse público sobre o particular. O revestimento de segredo judicial recai sobre fases ou pontos específicos de processo, devendo o caráter absoluto ser reservado para situações concretamente justificáveis; nesse sentido, a repulsa social causada pelo delito não seria motivo legítimo para decretação de sigilo absoluto sobre dados básicos do caso (Recurso em Mandado de Segurança nº 49.920/SP – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – Julgado em 02.08.2016).

3 - Tribunal de Justiça de São Paulo

- Decisão de antecipação de tutela que determinou a retirada de notícia de sítio eletrônico, por gerar dano de difícil reparação à imagem. Caso: autor teria considerado pela Polícia como possível membro de organização criminosa, fato este ocorrido em 2002. Fundamento: direito ao esquecimento. Cabimento da antecipação (Agravo de Instrumento nº 2011446-44.2015.8.26.0000 – 6ª Câmara de Direito Privado – Relatora Desembargadora Ana Lúcia Romanhole Martucci – Julgado em 20.05.2015).

- Tutela antecipada. Decisão que determinou a remoção dos mecanismos de pesquisa

de resultados sobre o caso: Escrivã de Polícia que teria sido investigada pelo Ministério Público de São Paulo (GECEP), cujo procedimento fora posteriormente arquivado em 2010. Antinomia entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade da autora agravada. Ponderação, estabelecendo-se limites de ambos os direitos e alcançar o saldo mais favorável ao caso que se apresenta. No caso concreto, o direcionamento a páginas que trazem informações relativas ao episódio mencionado, ao se inserir o nome da agravada no site de busca da ré, traz sérios incômodos a este, ainda mais se levando em conta o fato de que o procedimento em que se apurou sua conduta foi arquivado. Direito ao esquecimento. Cabimento de antecipação da tutela (Agravo de Instrumento nº 2031385-10.2015.8.26.0000 – 6ª Câmara de Direito Privado – Relator Desembargador Francisco Loureiro – Julgado em 26.03.2015).

- Obrigação de fazer. Pedido de remoção de páginas na internet que mencionam procedimentos investigatórios do Ministério Público envolvendo o autor e que foram arquivados. Direito ao esquecimento. Decisão reformada para determinar a remoção pelo sítio de pesquisa dos endereços que contém informações sobre os apontados procedimentos arquivados (Agravo de Instrumento nº 2215871-67.2014.8.26.0000 – 10ª Câmara de Direito Privado – Relator Desembargador Araldo Telles – Julgado em 28.07.2015).

- Pretensão de exclusão de dados, em virtude da reabilitação criminal concedida, sobre processos criminais inseridos no site de buscas da Internet denominado “Google Search”. Aplicação do “direito ao esquecimento”. Não configurado o interesse público em manter tais informações (Apelação nº 0004144-77.2015.8.26.0297 – 20ª Câmara de Direito Privado – Relator Desembargador Roberto Maia – Julgado em 25.04.2016).

- Liberdade de imprensa e de informação versus direitos da personalidade: Direito Civil e Constitucional. Notícia de prisão em flagrante de suspeito de crime, posteriormente arquivamento, publicada em site jornalístico da internet. Direito ao esquecimento do investigado. Inexistência de interesse público na permanência da notícia. Necessidade de estabilização dos fatos passados. Prevalência, no caso, da proteção da dignidade da pessoa humana. Colisão de direitos fundamentais. Solução mediante juízo de ponderação. Pedido julgado procedente para determinar que a ré providencie a exclusão da notícia impugnada

de sua página na *internet*. Sentença reformada (Apelação nº 0007766-17.2011.8.26.0650 – 6ª Câmara de Direito Privado – Relator Desembargador Paulo Alcides – Julgado em 08.05.2014).

- Autor, delegado de polícia, que foi investigado em procedimento administrativo que, ao final, foi arquivado. Direito ao esquecimento. Provedor de pesquisas que continua a apontar diversos *links* que remetem às notícias que denigrem a imagem do autor. Sentença de extinção sem resolução de mérito, sob o argumento de que o *Google* não tem legitimidade passiva. Precedente do Superior Tribunal de Justiça que ignora que o lesado pode ter duas diferentes pretensões, quais sejam, eliminar as próprias notícias dos sites que as veicularam ou apenas eliminar os *links* a que o provedor de pesquisa remete. Não parece razoável seja o autor obrigado a ajuizar demandas contra todos os administradores de sites em que a notícia tenha sido veiculada. Legitimidade do réu. Sentença anulada. Recurso provido (Apelação nº 1003642-61.2014.8.26.0005 – 6ª Câmara de Direito Privado – Relator Desembargador Francisco Loureiro – Julgado em 02.12.2014).

- Obrigação de fazer cumulada com indenizatória por danos morais. Inclusão do nome dos autores em cadastro de empregadores que submeteram trabalhadores a condições análogas a de escravo. Fato publicado em diversas páginas da internet. Ajuizamento de ação na Justiça Federal que resultou na exclusão do nome da empresa ré do cadastro. Pedido de que as páginas que mencionam a exclusão sejam inibidas pela ré dos resultados apresentados por seu buscador. Possibilidade. Direito ao esquecimento. Irrelevância do tema e ausência de interesse público a justificar a manutenção da notícia, especialmente diante da sentença favorável. Dano moral não caracterizado, porque o fato era considerado verídico e atual ao tempo da inserção das matérias jornalísticas. Recurso parcialmente provido (Apelação nº 1082816-28.2014.8.26.0100 – 7ª Câmara de Direito Privado – Relator Desembargador Luiz Antonio Costa).

4 - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

- Caso de suposto sequestro de filho pelo pai. Absolvição criminal, e ainda assim possibilidade de leitura da matéria jornalística em sítio eletrônico passados mais de três anos do acontecimento. Inexistência de direito a indenização por danos morais porque a matéria apresentava interesse público, revelando-se dentro da liberdade de imprensa.

Todavia, imposição de retirada da matéria uma vez que não se trata de fato histórico, que se submete ao direito à memória ou à verdade histórica (Apelação Civil 20100112151953 – 6ª Turma Cível – Relatora Desembargadora Vera Andrighi – Julgado em 19.03.2014).

- Matéria ofensiva à honra publicada em *blog*. Reconhecimento do direito ao esquecimento de tal informação pela vítima, reconhecendo-se dever do provedor a impedir acesso a ela mediante consulta pelo nome do ofendido (resultados positivos em busca). (Apelação Cível 20130110070648ACP – 1ª Turma Cível – Relatora Desembargadora Maria Ivatônia – Julgado em 19.05.2015).

5 - Tribunal de Justiça do Paraná

- Crimes cometidos por diretora de creche municipal, cuja prescrição da pretensão punitiva fora reconhecida. Depois de dez anos, ainda era possível acessar o caso pela internet. Ofensa ao direito de esquecimento, sendo determinado a provedores de busca que impeçam a localização de páginas sobre o caso mediante pesquisa do nome da autora e alguns endereços eletrônicos citados. Imposição de multa diária por dia de descumprimento das rés (Apelação Cível 1.386.268-7 – 12ª Câmara Cível – Relatora Juíza Substituta em Segundo Grau Suzana Massako Hirama Loreto de Oliveira – Julgado em 15.06.2016).

6 - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

- Dívidas quitadas ou prescritas. Acesso a crédito negado em razão de tais notícias. Dever de exclusão de informes de situações que possam indevidamente prejudicar o consumidor. Direito ao esquecimento. Mesmo colocando-se a concessão de crédito dentro da autonomia privada, o acesso a dados sobre questões já esquecidas pelo Direito Civil gera responsabilidade ‘in re ipsa’ do arquivista e do fornecedor de produtos e serviços que usou tal informação para negar crédito para aquisição de eletrodoméstico de uso essencial (Apelação Cível 70054612916 – 9ª Câmara Cível – Relator Desembargador Miguel Ângelo da Silva – Julgado em 16.07.2014).

- Crime contra a vida. Uso de casos pretéritos, já transcorridos mais de cinco anos, como circunstância judicial desfavorável. Direito ao esquecimento. Impossibilidade de valorar-se negativamente penas já extintas para além do período depurador. Rejeição da tese de que não sendo possível reconhecer condenação anterior como reincidência, serviria

como maus antecedentes (Apelação Criminal 70054718952 – 3ª Câmara Criminal – Relator Desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro – Julgado em 19.12.2013).

- Republicação recente de matéria jornalística de caso ocorrido em 1977, em que marido teria obrigado a então esposa a usar cinto de castidade. Perfeita identificação dos envolvidos. Abuso da liberdade constitucional de imprensa. Direito ao esquecimento envolve não ser lembrado contra sua vontade, especificamente em fatos desabonadores. Exposição da parte a comentários desabonadores e severa humilhação. Direito a indenização (Apelação Cível 70063337810 – 10ª Câmara Cível – Relator Túlio de Oliveira Martins – Julgado em 26.11.2015).

7 - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Processo Civil. Penhora realizada há mais de dezoito anos por banco em razão de negócios realizados por empresa então titularizada pelos interessados. Impossibilidade de localizar a ação que originou a penhora. Inação do credor em promover execução do crédito. Direito ao esquecimento como elemento constitutivo da prescrição. Não reconhecimento da prescrição, que deveria ser apreciada pelo Juízo da causa, mas anulação da penhora (Apelação Cível 2011.071196-3 – 2ª Câmara de Direito Civil – Relator Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira – Julgado em 12.02.2012).

- Acidente aéreo e sequestração de bens ocorridos em 1980. Republicação da matéria. Conflito aparente de direitos fundamentais. Caráter informativo da notícia. Proporcionalidade. Atividade realizada nos limites da liberdade de imprensa. Direito ao esquecimento não pode revestir-se em manto para censura ou para limitar balizas essenciais do Estado Democrático de Direito (Apelação Cível 2015.021131-7 – 5ª Câmara de Direito Civil – Relator Desembargador Henry Petry Júnior – Julgado em 18.06.2015).

Conclusões:

Não é mais possível conceber a vida sem as facilidades e benefícios trazidos pelos sistemas de informática e do mundo cibernético. O modelo de vida rendeu-se às múltiplas interações, às redes sociais e as grandes distâncias não mais existem, quando se fala em propagação de dados e informações; paradigmas foram alterados

Associado a todos esses benefícios, surgem novas questões que desafiam as estruturas então organizadas, constatando-se a fragilidade do atual sistema jurídico para

securitização da vida privada e tutela dos interesses supraindividuais.

Visando à proteção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade humana, em tema de sistema informático, devemos estar atentos para coibir práticas danosas como a exposição da vida privada.

Não podemos deixar de consignar o imperativo de normas efetivas para compelir os abusos via *internet* dos direitos individuais. É preciso investir mais na sua prevenção, o que só poderá ser feito através da conjugação de vontades políticas e esforços governamentais, da sociedade civil e dos setores privados.

Além disso, balizar o território da *internet* com marcadores claros, que traduzam limites e possibilidades de uso sem abuso, deve ser uma meta a ser conquistada para o futuro.

É imprescindível, pois, estabelecer um plano ético, multidisciplinar, para promoção do homem, para a justiça e para a paz, sem o que a dignidade humana não se realiza, tornando inócuos os fins sociais.

Por fim, frisamos a necessidade da conscientização da população e da sociedade, no sentido da fraternidade, do respeito ao próximo, da harmonização social em prol do respeito à dignidade da pessoa humana, raiz da liberdade e da justiça.

Abstract

L'attuale società globalizzata, caratterizzata dalla nuova realtà di elaborazione di dati e diffusione delle informazioni, può oggi essere definita come la "società dell'informazione". Ne derivano conflitti relazionati alla poca o nessuna possibilità di limitazione nella divulgazione di dati. Di conseguenza si verifica una collisione tra il diritto all'informazione e la libertà di stampa con i diritti fondamentali dell'intimità, dell'onore, dell'immagine e della dignità della persona coinvolta. Per questo motivo, la protezione dei beni sovranazionali, collegati alla tecnologia dell'informazione, Internet, i social network, tra gli altri, dovrebbe ricevere maggiore attenzione, con il fine di garantire a tutti la protezione dei diritti fondamentali. Problema ad esso collegato è il dibattito sul diritto all'oblio diventato oggi una questione di fondamentale importanza a causa del crescente uso dell'Internet. Il

presente articolo, pertanto, si propone di analizzare la relazione tra la dignità della persona umana e le nuove tecnologie alla luce della giurisprudenza brasiliana.

Camerino, dicembre 2017.

MONICA HERMAN CAGGIANO*

*Transparência. Elemento estruturante das democracias ***

Sumário: Introdução; Democracia e seus elementos; A Transparência: condição de funcionamento democrático. Tratamento constitucional brasileiro; A Transparência X Tutela da Vida Privada; Conclusões.

Introdução

O século XXI, como uma avalanche – eventualmente anunciada – brindou a todos com novos desafios, notadamente na plataforma da democracia, uma fórmula de organização do poder político que tem por fim assegurar a liberdade. A liberdade no que concerne à atuação dos indivíduos, a liberdade em relação a grupos e aos mais diferenciados setores que compõem a comunidade social.

A democracia é o reino da liberdade, proclamava Sartori. De fato, por se consubstanciar em receita única a resguardar a liberdade, o padrão democrático foi se expandindo, conquistando o século XX e, a partir dos anos 90 e da primeira década deste novo século XXI, se apresentou como verdadeira febre a *“febre democrática”*. É que o fim da cortina de ferro, a queda do muro de Berlim, a independência dos estados africanos e a

* Professora Associada do Departamento de Direito do Estado, da Universidade de São Paulo. Mestre, Doutora e Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito/USP. Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito-USP (2008-2016). Professora Titular de Direito Constitucional e Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procuradora Geral do Município de São Paulo (1995-1996). Secretária dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo (1966). Procuradora do Município de São Paulo (1972-1996). Consultora jurídica.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review. Este trabalho foi produzido para a IV Giornate Internazionali su “Diritto alla verità, alla memoria, all’oblio”, promovida pela Cátedra UNESCO “Diritti umani e violenza: governo e governanza”, Itália, em novembro de 2016.

adoção de uma economia de mercado no mundo asiático, *inauguraram uma era onde resta evidente a tendência de o modelo democrático se transformar em regime político universal.*

Este reino da liberdade, contudo, progrediu inserindo em seu cenário avançadas tecnologias de marketing e de comunicação. E mais, se de um lado a ideia emergente busca garantir aos indivíduos *a perspectiva de tomar parte na tomada de decisões coletivas* – a participação política efetiva - até por intermédio de medidas de controle, que transportam para o Poder Judiciário a decisão de cunho político, alimentando o fenômeno do ativismo judicial, de outro, o compartilhamento das informações, a vastidão da Internet e o mundo que a *web* descortina, suscitaram novas inquietações, evidenciando o fato de que o universo democrático apresenta-se complexo e, por que não assinalar, frágil e sensível.

Pois bem, neste ambiente é que desponta e vem sendo desenvolvida a teoria do direito ao esquecimento. Olvidar, apagar o passado, introduzir limites à livre circulação das informações – que certamente encontram na *web* atmosfera propícia à preservação e à divulgação – passou a refletir tema reiteradamente presente em Mesas de Debate, Simpósios e Colóquios¹.

Como tratar esta perspectiva estreante? Como alinhá-la à estrutura democrática? Como aceitar a convivência pacífica da faculdade de olvidar com a exigência da transparência, um dos elementos de maior valor na prática cotidiana da democracia?

Democracia e seus elementos

Em verdade, a democracia – como na atualidade é visualizada –se consolida no século XX. É neste momento que emerge o ideal democrático na condição de única fórmula de organização do poder a salvaguardar a liberdade individual e a tutelar adequadamente os direitos fundamentais. Eclode, na realidade, sob a inspiração e influência da cosmovisão liberal e, na sua trajetória, assume a postura de categoria histórico-social. Ajusta-se, porém, de forma constante, às nuances e condições de cada povo, às peculiaridades de cada uma das comunidades. Dai, a vasta gama tipológica, as mais variadas

¹ Veja-se, nesta linha, artigo produzido por MORATO, Antonio Carlos e DE CICCIO, Maria Cristina, *Direito ao esquecimento: luzes e sombras*, publicado em obra editada em homenagem à Profa. Ivete Senise, ex- Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E mais, a realização da *IV Giornate Internazionali su "Diritto alla verità, alla memoria, all'oblio"*, promovida pela Cátedra UNESCO, em novembro de 2016.

espécies de democracia que o seu alargado quadro produziu. De tons e nuances diferenciados, em razão da amálgama empregada, despontam as mais sofisticadas modelagens, a esse passo inexpulsáveis da plataforma política².

Resta clara, pois, a dificuldade em se definir precisamente a democracia. Retrato desta nebulosidade conceitual é o tom de perplexidade de Sartori ao rotular uma de suas obras: *Democrazia. Cosa È*³. Daí, ainda, a observação do ilustre cientista, no sentido de que à democracia podem ser acoplados *diversos significados, relacionados com contextos históricos e ideais diferenciados*⁴. Daí a nossa opção em definir a democracia por meio da apresentação de seus elementos estruturantes, todos girando em torno da liberdade: *pluralismo político; liberdade de associação; liberdade de reunião; livre e espontânea expressão e formalização das preferências política; liberdade de informação; livre concorrência; liberdade de competição; liberdade de comunicação – enfim a ampla garantia de tutela dos direitos fundamentais*.

Fato é que a democracia se desenvolve sustentada em dois pilares, seus princípios de organização, consubstanciados na liberdade e na igualdade, *standards* que emanam do próprio conceito que vem sendo oferecido a esta fórmula de exercício do poder político, fundamentada na autodeterminação do povo, excluído todo e qualquer poder violento e arbitrário⁵.

Mais que isto, reflexo do sua base fundante e dos elementos que conformam a estrutura democrática, emerge como natural a aspiração geral a níveis mais elevados e concretos de participação política. Os indivíduos, como remarcado em trabalhos anteriores, já não se contentam em participar do processo político pelo voto; impõem e exigem outros meios de participação que lhes autorizem o acompanhamento *par e passu* da atividade dos detentores do Poder. Quem decide? E como funcionam as democracias nesse ambiente comandado pela perspectiva de grupos, de setores e de indivíduos, no sentido de concretamente serem parte da tomada da decisão política? Resulta desse quadro a preocupação crescente com a transparência, porque as democracias, nos moldes que as

² Neste sentido ver CAGGIANO, Monica Herman. *Oposição na política*. São Paulo: Angelotti, 1995.

³ SARTORI, Giovanni. *Democrazia: cosa è*. Milano: Rizzoli, 1993.

⁴ ID. *Teoria de la democracia*. Madrid: Alianza Universidad, 1987.

⁵ Conceito retirado de definição do *standard* democrático, fixada pela Corte Constitucional alemã, por força de decisão datada de 23 de outubro de 1952.

sociedades hoje querem praticá-las, só funcionam mediante a presença da transparência e a garantia de sua tutela.

A Transparência: condição de funcionamento democrático.

Tratamento constitucional brasileiro

A transparência, a ampla visibilidade quanto à atuação do Poder, traduz, na atualidade, tema objeto de extensa pesquisa no âmbito acadêmico, jurídico, sociológico, e político. Isto se justifica porque somente tendo acesso pleno à informação, poderá ser exercida a cidadania, realizando o eleitor livremente sua opção por candidatura e, uma vez eleitos os governantes, acompanhando e fiscalizando sua atuação.

Discorrendo sobre a matéria, renomados administrativistas erigem a transparência a princípio norteador da Administração Pública. Desse sentir, Odete Medauar assinala que a transparência da “*atuação administrativa (no sentido de atuação manifesta, visível, não como propaganda nos meios de comunicação) encontra-se ligada à reivindicação geral de **democracia administrativa.***” (grifo de origem) E complementa o pensamento, registrando: “*A visibilidade na atuação administrativa contribui para garantir direitos dos administrados...*”⁶ Nessa mesma direção, os trabalhos produzidos por Thiago Marrara⁷ e, em texto especialmente dedicado à questão, Renata Nadalin M. Schirato⁸ associa, ademais, a garantia da transparência ao atendimento de outros cânones como a participação popular, à eficiência e ao controle social.

Em verdade, a transparência da atividade pública transborda os contornos do princípio da publicidade, que integra o regime jurídico da Administração Pública preordenado pelo “caput”, do art. 37, da Constituição Federal brasileira. Emerge como macro-princípio do modelo democrático acolhido pelo Texto Fundamental de 1988, a Constituição cidadã, como passou a ser conhecido. E deflui – com naturalidade – dos fundamentos do modelo entre nós adotado, Estado Democrático de Direito, fundamentos

⁶ MEDAUAR, Odete, *O Direito Administrativo em evolução*, 3ª. ed., Brasília, DF: Gazeta Jurídica 2017, p. 304. ISBN 978-85-67426-46-4.

⁷ MARRARA, Thiago, *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁸ SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles, *Transparência Administrativa, Participação, Eficiência e Controle Social*, in *Direito Público em Evolução*, coordenadores: Fernando Dias Menezes de Almeida, Floriano de Azevedo Marques Neto, Luís Felipe H. Miguel e Vitor Rhein Schirato, Belo Horizonte: Forum, 2013. ISBN 978-85-7700-785-1

estes elencados no art. 1º, do documento constitucional, principalmente os atinentes à soberania, à cidadania e ao pluralismo político. Isto, independentemente, do preceito do parágrafo único do mencionado artigo que estatui taxativamente:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente, nos termos desta Constituição.*” – grifo nosso.

Depreende-se, pois, que o documento constitucional brasileiro buscou prestigiar o cidadão e o exercício da cidadania. E, para tanto, previu instrumentos que autorizassem a sociedade a participar do polo da tomada das decisões políticas, quer de forma direta (referendo, plebiscito, iniciativa popular – art. 14, incisos I,II e III), quer pelo voto, elegendo representantes, quer pela via do controle, consagrando o direito de petição, a ação popular, a ADI, a ADcon, o mandado de injunção, o habeas-data, etc., enfim instrumentos que viabilizam a fiscalização popular incidente sobre os atos e condutas adotadas pelo Poder.

No entanto, para bem cumprir a sua missão constitucional, o cidadão tem necessidade de ser bem informado. E, sob este peculiar aspecto, por mais uma vez, magnânimo se mostrou o Poder Constituinte ao assegurar, na postura de direitos públicos subjetivos, o direito de informação (art. 5º, XIV) e o direito de receber informações de órgãos públicos (art. 5º, XXXIII); vedou terminantemente qualquer medida que pudesse restringir o direito à informação (art. 220); e mais, aniquilou a censura, utilizando-se de duas diferentes normas proibitivas. A primeira, posicionada logo no início do catálogo albergado no mencionado art. 5º, no seu inciso IX, e a segunda – de modo peremptório e explícito – no § 2º, do art. 220, vedando “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Dúvidas não restam, destarte, quanto à perspectiva do texto constitucional em garantir o acesso à informação, quanto à amplitude desse direito e no tocante à exigência de visibilidade em relação à atividade pública. Reflexo direto desse quadro, surge a consagração da transparência como condição de funcionamento da democracia no século XXI e fator indicativo de sua respectiva qualidade. Desde o processo eleitoral, fato registrado em dissertação de mestrado por Rafael José de Oliveira Silva, amparado em voto

proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal⁹, Dr. Teori Zavascki (ADI 5. 394), que anota “*É necessário conferir transparência ao processo eleitoral. A mensagem normativa do ordenamento jurídico brasileiro em favor da transparência é tão contundente que transcende a vida pública*”, a transparência se consolida na posição de indexador da qualidade democrática.

A tanto, de se registrar, vem se alinhando a recente edição da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, a denominada lei da transparência¹⁰, que disciplina o acesso à informação. E, comentando a relevância deste elemento, acentua Edmir Netto de Araújo a notoriedade que a transparência assume para o controle da legalidade da atuação do Poder e, destarte, para “*a defesa de direitos ou de interesses dos administrados*”¹¹. Oportuno anotar, aliás, que o próprio texto legal proclama de modo categórico:

“Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.”

No entanto, o problema passa a oferecer maior complexidade, na medida em que se busca examinar esta largueza do direito à informação defronte de outros direitos, a seu turno, tutelados pela Lei Maior, a exemplo do direito à intimidade, à vida privada, à imagem das pessoas, todos, objeto do disposto no inciso X, do mencionado rol estabelecido no art. 5º, da Constituição Federal.

A Transparência X Tutela da Vida Privada

Certo é que a transparência ou a visibilidade da atuação do Poder – ou melhor explicitando: dos detentores do poder político/ os governantes – evoluiu conjuntamente com a democracia, conquistando o padrão de macro-princípio exatamente por se alinhar às

⁹ SILVA, Rafael José de Oliveira, “*O Financiamento da Política no Brasil: As pessoas jurídicas e sua participação*”, dissertação de mestrado defendida junto Programa do Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹⁰ Sobre o reforço e a exigência de transparência da atividade do Poder Público, no Brasil, consultar também o Portal da Transparência, inaugurado com a edição da Lei complementar federal n. 131, de 27 de maio de 2009, que alterou a lei da Responsabilidade Fiscal, determinando a disponibilização, em tempo real, de informações sobre a execução financeira e orçamentária da União, Estados-membros e Municípios.

¹¹ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

aspirações das sociedades democráticas do ocidente, em cujo seio a cidadania passou a reivindicar participação mais efetiva em sede de tomada das decisões políticas. Jogar o seu voto na urna, já não mais satisfaz o cidadão. Alcança-se, assim, a ideia de **democracia administrativa**, a que se refere Medauar, correspondendo à visão de uma atividade administrativa cristalina, amplamente visível, possibilitando à cidadania o conhecimento integral das ações e dos agentes que as desempenham.

Com efeito, na esfera pública é que as práticas democráticas obrigam a se dar ciência aos cidadãos de projetos, de planos e ações, bem assim dos indivíduos investidos nas funções públicas e que, em razão das competências do cargo que ocupam, agem em nome do Poder. E, sob este particular ângulo, restrito o círculo da intimidade e da vida privada dos denominados agentes públicos que permanece impenetrável. É que a qualidade democrática encontra-se diretamente proporcional ao grau de visibilidade da atividade administrativa e de quem a executa.

Porém, vislumbra-se a sensível polémica resultante dessa questão no momento em que se avança para a esfera privada, enfrentando-se a tríade intimidade, honra e imagem, que no entender de Cláudio Lembo¹² “aponta para elementos integrantes e substanciais à individualidade de cada pessoa”. E, ainda, de acordo com Lembo, “quando ocorre violação de qualquer dos elementos citados, a dignidade da pessoa é a destinatária da agressão.”.

Com efeito, neste peculiar cenário há extrema dificuldade em se detectar exatamente a dimensão do círculo merecedor da tutela, fazendo jus à designação de esfera da vida privada ou da intimidade, podendo variar de indivíduo a indivíduo, conforme o grau de exposição a que o mesmo se submete, por vontade própria ou em razão de exigências profissionais.

Em verdade este espectro é o que vem sendo atingido de forma aguda pela evolução da tecnologia, pela propagação das redes de relacionamentos, pela tendência a compartilhamento, forte característica da sociedade moderna. Paradoxalmente, se o direito a vida privada, à intimidade, à honra, à imagem refletiu, no passado, reivindicação no sentido de obstar ingerência, lesão ou ameaça de violação por parte do Poder Público, hoje os reclamos se destinam a assegurar a proteção e a defesa desta área de individualidade

¹² LEMBO, Cláudio, *A Pessoa. Seus Direitos*, Barueri, SP: Manole, 2007, p. 178. ISBN: 85-204-2574-7.

contra as intromissões ou supostos excessos das redes sociais, das ferramentas de busca utilizados pela Internet, enfim contra a tecnologia que derrubou as fronteiras dessa delicada zona de individualidade.

O Direito ao esquecimento, cuja evolução – principalmente pelo esforço jurisprudencial – se processou no mundo europeu, detém íntima interface com a vida privada e este campo de individualidade que se procura defender de intromissões indesejadas. Esbarra, todavia, na transparência que define a qualidade democrática.

Cuida-se neste escaninho do interesse – que se pretende erigir a direito – de apagar da memória e dos registros fatos passados, eventualmente desabonadores, que prejudiquem a visão ou a imagem do indivíduo. Constitui um campo delicado, até porque, afirma Jean Rivero,¹³ há “*o direito que pertence à sociedade de conhecer a vida dos que a compõem e que se apresenta como uma necessidade para as relações sociais*”. É certo, anota Rivero, que esta imposição “*se apresenta variável, de acordo com as situações objetivas*”, conduzindo a relativizar a delimitação do círculo da vida privada e da intimidade imune a quaisquer investidas externas ou à divulgação. Contudo, certo é também que os fatos e acontecimentos pertencem à história. Não somente a comunidade, na sua composição atual, é detentora do direito de conhecer fatos e ações atribuídos a seus integrantes, mas a história, a seu turno, reclama pela preservação da memória. E a transparência vem robustecer esses direitos que, na realidade, se alojam na esfera de tutela dos direitos das novas gerações, gerações vindouras que devem ter assegurado o conhecimento do que se passou.

No Brasil, reduzida se oferece a receptividade a essa prerrogativa, consubstanciada em apagar da Internet os registros que associem o nome de um indivíduo a fatos ou condutas condenáveis. A proposta de reconhecimento do direito ao esquecimento não se apresenta bem sucedida nem nos Tribunais estaduais, onde pesquisa, realizada pelo jornal O Estado de S. Paulo, aponta tão só 1/3 de deferimentos do total de pedidos apresentados,¹⁴ e muito menos junto à mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal, onde há uma ação tramitando, contendo solicitação formulada pela família de

¹³ RIVERO, Jean, *Les Libertés Publiques. Tome 2. Le régime des principales libertés*, Paris: Press Universitaire de France, 1977.

¹⁴ Ver a respeito matéria publicada pelo jornal O Estado de S. Paulo, edição de 24.07.2016, p. A8. Interessantes, a respeito, os números encontrados, sendo que, de um total de 94 processos que buscavam o esquecimento, 67 tiveram o indeferimento como desfecho final.

famosa vítima de homicídio, pleiteando a retirada de sua história e de dados que a ela possam estar vinculados dos *sites* da web. E, neste caso, a Procuradoria Geral da República já se posicionou de forma contrária.

O quadro normativo, a seu turno, se mostra tímido quanto à tutelar o esquecimento em detrimento da memória. O Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, preocupa-se em isentar de responsabilidade o provedor, quanto a informações trazidas por terceiros. E o disposto no seu artigo 21 tem por meta tutelar a mais reduzida das esferas de privacidade individual, referente a cenas de nudez e de sexo transitando na web independentemente da autorização dos envolvidos. Nada a ver com a memória, com a vida pregressa ou o envolvimento em escândalos ou, ainda, com episódios que se tornaram públicos e que a toda sociedade - em todos os tempos - interessa conhecer.

Por derradeiro, vale lembrar a presença, na Constituição brasileira, de ferramenta apta a reparar informações incorretas, constantes de registros públicos ou de caráter público. É o *habeas data*, preconizado no catálogo do art. 5º, inciso LXXII, que estabelece:

“LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”

Conclusões

1.- No Brasil, o documento constitucional (Constituição Federal de 1988) buscou prestigiar o cidadão e o exercício da cidadania. Reflexo do generoso tratamento constitucional conferido à participação da cidadania no polo decisório, principalmente por via do controle da atividade administrativa, a transparência emerge na condição de macro-princípio, requisito quanto ao funcionamento da democracia e verdadeiro indicador da qualidade democrática. Na realidade, as democracias, nos moldes que as sociedades hoje

querem praticá-las, só funcionam mediante a presença da transparência e a garantia de sua tutela.

2.- Dessume-se, de outra parte, o fato de que o direito de informação foi largamente privilegiado, obstando-se medidas direcionadas a sua restrição, exceção feita apenas às questões visando segurança nacional ou, ainda, ao sigilo determinado em razão de investigações ou ações judiciais em tramitação.

3.- A doutrina que se pretende edificar, resguardando o direito ao esquecimento, visa a possibilidade de retirada – dos arquivos das esferas pública, jornalística e privada, notadamente das ferramentas de busca na *web* e das redes virtuais de compartilhamento – dos registros desabonadores existentes acerca do indivíduo.

4.- A ideia emerge em ambiente de forte polêmica, em particular no Brasil, em razão do acolhimento do fator transparência como indexador da qualidade democrática, encontrando no direito de informação um importante pilar de sustentação. À luz desses axiomas, conquanto meritória a finalidade exposta na defesa do direito a olvidar, consistente na viabilidade de ressocialização da pessoa que, em determinado momento, se envolveu em situações obscuras, na verdade extremamente difícil se afigura sua convivência com a impositiva condição democrática da transparência.

5.- Assegurar a todos o conhecimento dos fatos e condutas das pessoas que integram a comunidade social, a preservação da memória para integrar o curso da história e para que as futuras gerações possam ter acesso ao passado e às preciosas lições que do passado são extraídas, fragilizam e relativizam as probabilidades de êxito da pretendida tese. Até porque, pela sua própria natureza, o ser humano pode perdoar; esquecer, ele não esquece.

Abstract

La democrazia, sviluppata nei secoli XX e XXI, è fondata nella libertà e nell'uguaglianza. In questo contesto, la trasparenza è assunta come macroprincipio di garanzia ed attuazione dei diritti dei cittadini. Nell'ordinamento brasiliano, la Costituzione prevede sia la trasparenza sia gli strumenti per raggiungerla. Così, la tutela della privacy, attualmente più complessa in ragione delle nuove tecnologie, obbligatoriamente deve

tenere in conto questo principio, con il rischio altrimenti di minacciare il diritto di informazione e il suo rapporto con la trasparenza, importanti pilastri della democrazia.

Camerino, dicembre 2017.

EVANI ZAMBON MARQUES DA SILVA*

*A indevida exposição da criança ao mundo virtual***

Sumario: 1. Introdução. – 2. As Crianças e o Mundo Virtual. – 3. Indevida exposição da criança ao mundo virtual - Elementos para proteção. – 4. Conclusão

1. *Introdução*

É inegável o avanço trazido pelo acesso à rede mundial de computadores por praticamente todos os habitantes do planeta Terra.

Avanços se produzem principalmente no terreno das comunicações, sendo que desde os anos de 1990 a *internet* se popularizou e passou a ser oferecida em larga escala para uso domiciliar.

Interagimos mais facilmente com as pessoas, divulgamos mais rapidamente nossos achados científicos, encontramos instantaneamente as respostas para nossas dúvidas, seja de que ordem forem, buscamos pessoas e situações que nos completem em algum aspecto, seja afetivo ou profissional, por exemplo.

Essa velocidade apresentada pelo mundo virtual atinge os seres humanos desde que ele começa a balbuciar, trocar palavras com os adultos ao seu redor, consiga enxergar e se interessar por coisas em movimento, coloridas e interativas.

* Professora Doutora da disciplina de Psicologia Judiciária da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil); Psicóloga Chefe do Setor de Psicologia das Varas da Família do Tribunal de Justiça de São Paulo (Brasil). Coordenadora do Curso de Extensão em Psicologia Judiciária do COGEAE, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

Assim, hoje, não raro uma criança em tenra idade já tem entre seus apetrechos de distração um *tablet*, um *notebook*, um *smartphone* ou algum dispositivo que apresente-lhe jogos eletrônicos. Uma grande pesquisa¹ realizada por vários países, dentre eles o Brasil, indica números alarmantes sobre o contato cada vez mais precoce das crianças e adolescentes com a *internet*. Foram estudadas 3068 famílias, de 350 municípios das cinco regiões do Brasil. A faixa etária analisada estava entre 9 a 17 anos, sendo concluído que 80% são usuárias da *internet*, e deste total, 60% acessa mais de uma vez ao dia; além disso, uma em cada três acessam por meio de telefones conectados à *internet*. Os dados aqui trazidos estão extremamente sintetizados vez que a mencionada pesquisa engloba diversos indicadores importantes e úteis para a reflexão e exame desse contato das crianças com o mundo virtual.

Se não podemos evitar esse avanço do contato das crianças com o mundo virtual, a questão que vem ocupando o cotidiano de profissionais e pesquisadores é como discipliná-lo para que não traga riscos a partir de uma indevida exposição. Um exemplo disso é um recente guia prático lançado pela Sociedade Brasileira de Pediatria², que se propõe a orientar, em cada faixa etária da criança, como pais e profissionais que a cercam devem orientá-la no chamado desafio de educar os nativos digitais.

O mundo preocupa-se com a dependência digital observada cada vez mais entre crianças e adultos jovens. Em meados dos anos 1990, começaram a ser apresentados os primeiros estudos acerca do uso prejudicial da *internet*

conforme mencionam Michele Trindade e Clarice Mosmann³ e, desde então trabalhos são realizados por diferentes países de forma a caracterizar uma possível condição psicopatológica desse envolvimento com a *internet*. Até o momento nenhum manual de classificação apresenta a dependência digital como um fator de transtorno psiquiátrico, conforme explicam as mesmas autoras citadas.

¹ TIC KIDS ONLINE. Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade de Informação - Cetic.br. São Paulo, 2014

² Sociedade Brasileira de Pediatria. Manual de orientação: Saúde de Crianças e Adolescentes na Era Digital. Disponível www.sbp.com.br. Acesso em 03 de março de 2017.

³ Trindade, M.; Mosmann, C. Conflitos Familiares e Práticas Educativas Parentais como Preditores de Dependência de Internet. *Psico-USF, Bragança Paulista*, v. 21, n. 3, p. 623-633, set./dez. 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1413-82712016210315>

Em estudos comparativos entre crianças e jovens europeus e os brasileiros, cujos resultados foram apresentados em 2016 pelo EU KIDS ONLINE⁴, observou-se que se que os brasileiros estão mais presentes nas redes sociais e como consequência encontram-se mais vulneráveis a riscos potenciais.

Mayara da Silva Peghin Cabral⁵, em recente pesquisa de mestrado realizada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo cita o EU KIDS ONLINE⁶, menciona que o Brasil apresentou maior percentual de crianças entre 9 a 10 anos (52%) com perfis nas redes sociais se comparado a sete países da Europa. Menciona também, que países como Dinamarca, Portugal e Romênia apresentam alto índice de crianças mais velhas com perfis sociais, porém na idade destacada (9-10 anos) estão abaixo dos dados do Brasil.

Uma pesquisa brasileira, realizada pela Millward Brown Brasil⁷ e divulgada pela Revista Crescer⁸ em 12 países, aponta as crianças brasileiras, de 4 a 12 anos, como as que mais acessam a *internet* no mundo todo. De acordo com os resultados apresentados, elas passam cerca de 13 horas *online* por semana e, como já era de se esperar, o entretenimento é o que mais os anima: do tempo gasto conectado, a maior parte é passada em jogos e similares.

Não há como negar que as tecnologias de informação já se encontram inseridas no nosso meio social, familiar, profissional e podem se fazer presentes nas 24 horas do dia. Segundo Abreu, Eisenstein e Estefenon⁹ os chamados nativos digitais vivem em função da flexibilização, almejam a satisfação imediata de suas necessidades, o que impõe às sociedades adaptação a novos costumes, atos, principalmente fatos ligados ao comportamento humano.

⁴ A EU Kids Online, é um dos parceiros colaboradores da iniciativa Global Kids Online, é uma rede de investigação internacional que abrange atualmente 33 países. Pretende coordenar e estimular a investigação sobre a forma como as crianças utilizam os novos meios de comunicação na Europa e no exterior, com especial atenção à evidência sobre as condições que moldam os riscos e a segurança em linha.

⁵ Cabral, Mayara da S. Pechin. #nãoesqueceocelular: pais, filhos e smartphones. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

⁶ Disponível em <http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EUKidsOnline/Home.aspx>. Acesso em 31 de março de 2017.

⁷ Millward Brown é uma empresa de pesquisa líder e global, especializada em pesquisas de propaganda, comunicações de marketing e mídia.

⁸ Revista Crescer. Disponível em <http://revistacrescer.globo.com/>. Acesso em 15 de março de 2017.

⁹ Abreu, Cristiano; Eisenstein, Evelyn e Estefenon, Suzana (orgs.). Vivendo esse mundo digital: impactos na saúde, na educação e nos comportamentos sociais. Porto Alegre: Artmed, 2013.

Segundo os mesmos autores, com 7 bilhões de pessoas que já aderiram ao telefone celular no mundo, o aparelho tornou-se tão imprescindível como a própria água potável.

A reação das pessoas quando se dão conta desses indicadores não pode ser considerada inusitada. A entrada de artefatos na vida das populações sempre trouxe sinais de perplexidade para alguns, de medo e negação para outros, mas uma coisa é comum, ninguém consegue permanecer incólume diante de novidades tecnológicas que assolam a sociedade e parecem invadir nossa vida, nossa família, nossos estudos, nossa profissão, nossos hábitos, de modo que podemos até pensar que não tínhamos vida sem a existência daquilo.

Michael Rich¹⁰ sobre isso entende que as pessoas tem legados, valores que lhes são caros, crenças e em consequência poderão debater indefinidamente e terminar a conversa mantendo-se iguais a como eram no início. Nesse sentido o estudioso alerta que ao olharmos para a tecnologia não podemos encará-la como uma força do bem ou do mal, mas como um componente do ambiente no qual as crianças crescem e que é tão essencial quanto o ar que respiramos ou a água que bebemos.

Esse saudosismo nostálgico, em nada contribui para a felicidade das pessoas, ensina Conrado Paulino Rosa¹¹ em uma obra que define uma outra modalidade existente de família, para além daquelas já conhecidas, a *IFamily*, título de seu livro, que se propõe dentre outras coisas a discorrer sobre o reconhecimento das famílias virtuais, daquelas que usam de tecnologia para se relacionar porque estão longe permanente ou temporariamente.

2. *As Crianças e o Mundo Virtual*

Mesmo antes da chegada dos computadores as crianças já mantinham contato próximo com a televisão. Da mesma maneira, o padrão de interação variava e não raro ouviam-se queixas que a televisão havia deixado as crianças abandonadas à própria sorte, sem diálogo com os pais e mais isoladas.

¹⁰ Rich, Michael. *As Mídias e seus efeitos na saúde e no desenvolvimento de crianças e adolescentes: reestruturando a questão na era digital. Vivendo esse mundo digital: impactos na saúde, na educação e nos comportamentos sociais.* Cap. II. Porto Alegre: Artmed, 2013.

¹¹ Rosa, Conrado Paulino. *IFamily: um novo conceito de família?* São Paulo: Saraiva, 2013.

Hoje as crianças nascidas na era digital, relacionam-se com os instrumentos digitais como se fossem extensão do próprio corpo. Muitas não conseguem vislumbrar um mundo sem conexão, sem computadores.

Anelise Bertuzzi Mota¹² citando Jacquinot Delaunay¹³, traz um recorte do texto denominado “Novas Tecnologias, Novas Competências” com a seguinte afirmação:

Para os jovens que desde que nascem já conhecem a televisão, os vídeos games, os computadores, a Internet e os telefones celulares, não existem as ‘novas’ e as ‘velhas’ tecnologias: existem instrumentos para informar e comunicar, jogar ou ajudar nos trabalhos escolares (...) diferente dos adultos (...) a cada surgimento de uma nova tecnologia, se faz necessário novos conhecimentos e novas formas de usos sociais (Jacquinot Delaunay)

A mesma autora lembra que, embora os instrumentos tecnológicos sejam tão familiares aos jovens, estes não dão garantia de compreensão, pelos mesmos, da complexidade e do real aproveitamento de todas as possibilidades oferecidas pelas Tecnologias de Informação e Comunicação ou as TICs.

Assim, uma discussão que aqui trazemos inicialmente não é no sentido de apresentarmos danos causados pela indiscutível e inevitável relação da criança com o mundo virtual, mas antes, elencarmos alguns elementos de reflexão sobre essa familiaridade, essa intimidade experimentada cada vez mais precocemente

Além disso, interessa-nos apresentar quais seriam os parâmetros para que essa “navegação” literal da criança ocorra com segurança e possa contribuir para seu amadurecimento e o desenvolvimento emocional.

Segundo a menção de Anelise Bertuzzi Mota, “há necessidade de estabelecermos significado para a tecnologia em nossas vidas, dando um sentido às mesmas e melhorando a condição humana, porém com o cuidado de não deixá-la como condutora de forma alienante [...] (p.22)¹⁴.

¹² MOTA, Anelise Bertuzzi. Criança e Mídia - o acesso ao computador e seus reflexos nos saberes da criança de educação infantil. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2007.

¹³ Delaunay, Geniève Jacquinot - Novas Tecnologias, Novas Competências. Paris. Trad. Dalla Costa, Rosa M., 2006, PR

¹⁴ MOTA, Anelise Bertuzzi. Criança e Mídia - o acesso ao computador e seus reflexos nos saberes da criança de educação infantil. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2007.

Se os computadores trazem oportunidades tecnológicas na área da informação é possível afirmar seu valioso contributo para o processo de aprendizagem infantil, no desenvolvimento social, cognitivo e motor por exemplo. É inegável que os computadores chamam a atenção da criança e ainda por cima, conseguem prendê-la, o que muitos professores sabidamente sempre lutam para conquistar.

Essa atenção que foi conquistada pela máquina – digamos assim – deve ser aproveitada, capitalizada em recursos vantajosos para a construção de seu raciocínio e formação de juízo crítico, para sua valoração e sobreposição, se necessário, ao valor daquele instrumento e principalmente do que vem dele.

De forma adequada, conforme ensina Viviane da Rocha Rodrigues¹⁵ em uma monografia na área de biblioteconomia, as tecnologias da informação e seus instrumentos tecnológicos podem explorar a criatividade, despertar a curiosidade, incentivar o raciocínio e abordar aspectos pedagógicos.

Os adultos que cercam uma criança tem papel fundamental no auxílio desse contato com a tecnologia, já que é papel daquele que cuida e/ou se responsabiliza por crianças, eliminar qualquer tipo de risco e vulnerabilidades em suas experiências. Os perigos sempre existiram, quer no mundo real, quer no mundo virtual, porém, o virtual por ser silencioso incomoda menos e traz os sinais de alerta muitas vezes tardiamente.

Ainda sobre os adultos, interessante colocação é trazida por Rosane Mantilla de Souza¹⁶ ao mencionar sobre os imigrantes digitais em contraposição aos nativos, ou seja, adultos e crianças respectivamente. A autora, citando Prensky¹⁷, pondera que o imigrante [adulto] tem que aprender a se adaptar ao ambiente, enquanto que os nativos [crianças] já nasceram sob os desígnios das novas tecnologias. Assim, há necessidade de uma aproximação dessas experiências, desses mundos.

Para além do conteúdo visto, da forma como é visto, com quem e por quem é visto, a tão propalada dependência que a criança pode desenvolver com o mundo virtual, é

¹⁵ Rodrigues, Viviane Rocha. A interação entre a criança da primeira infância e a informação digital. Monografia. Universidade de Brasília(DF). Faculdade de Ciência da Informação, 2012.

¹⁶ Souza, Rosane Mantilla. Família e Comunicação: os desafios do século XXI. In: Pinto, E.; Perazzollo, J.R; Silva, M.A.M.(orgs.) Família: Patrimônio da Humanidade. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

¹⁷ Prensky, Mark. Digital natives, digital immigrants On the horizon (MCB University Press, v.9 n°5, 2001. Disponível em <http://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf> . Acesso em 05 de março de 2017.

também um sinal preocupante e desafiador para o meio real que a circunda. No entanto, a própria dependência ou adição em si não é um fenômeno novo. A criança fica fascinada com aquilo que a agrada, tende a desenvolver dependência com *o que e do que* gosta. Somado a isso há o universo das disputas, dos *games* que vão acrescentando vidas, quando as fases/etapas são vencidas. No mundo de muitos jogos virtuais a ilusão da imortalidade é concretizada.

Alguns autores como Aderval C. Vieira Junior, Thais Gracie Maluf e Dartiu Xavier da Silveira¹⁸ já apontam para a inequívoca disfuncionalidade de um certo tipo de uso de computadores e videogames e a necessidade de alguma abordagem terapêutica do problema.

Aqui a dependência seria não em relação a uma substância ou elemento químico por exemplo, mas em relação a um comportamento. “*Diagnosticar uma dependência não equivale a compreendê-la como uma doença psiquiátrica em seu senso estrito, mas apenas reconhecer uma condição disfuncional que merece apoio e tratamento*” (p.402)¹⁹

Os citados autores mencionam que muitos pais se sentem confortáveis em saber que o filho encontra-se em casa e passa horas diante de um computador; apesar de reclamarem, a maior parte deles não vê isso como um problema que necessite de tratamento. Para além disso, não podemos desconsiderar a relevância dos fatores externos à vivência das famílias, como por exemplo, a insegurança das ruas constatadas nas grandes metrópoles.

A sensação de proteção que o ambiente físico da casa propicia, faz om que muitos pais ignorem o que se passa nas relações virtuais travadas pelos filhos. Tal postura pode acarretar danos, talvez apenas passíveis de avaliação e tratamento muito tempo depois, o que provavelmente ocasionará maior cronicidade e piora no diagnóstico.

¹⁸ Vieira Junior, Aderval C.; Maluf, Thais Gracie; Silveira, Dartiu Xavier da. Dependência de Internet e Jogos Eletrônicos entre Adolescentes. In: Silva, E.; Micheli, D (orgs.) Adolescência: uso e abuso de drogas: uma visão integrativa. São Paulo: FAP-Unifesp, 2011.

¹⁹ Vieira Junior, Aderval C.; Maluf, Thais Gracie; Silveira, Dartiu Xavier da. Op. Cit.

3. *Indevida exposição da criança ao mundo virtual - Elementos para proteção*

Lev Semenovich Vigotski, foi um psicólogo bielo-russo (1896-1934) pioneiro na noção de que o desenvolvimento intelectual das crianças ocorre em função das interações sociais e condições de vida. Viveu muito tempo antes de outro famoso psicólogo suíço chamado Jean William Fritz Piaget (1896 - 1980) considerado um dos mais importantes pensadores do século XX.

Esses dois importantes psicólogos foram aqui trazidos pelo que seus pensamentos podem nos auxiliar a pensar sobre a interação das crianças com os computadores no mundo atual. Em apertada síntese, defendem que a criança para aprender, deve realizar alguma ação, daí suas propostas de que o conhecimento seja construído em ambientes naturais de interação, construídos socialmente.

Numa perspectiva de psicologia evolutiva e contemporânea, afirmam que cada criança constrói seu próprio aprendizado em um processo que vem de dentro para fora, baseado em experiências de fundo psicológico. Vygotsky por exemplo, considera a vivência em sociedade como essencial para a transformação da criança, de ser biológico para ser humano. Piaget, por sua vez, traz a chamada Teoria Cognitiva, onde propõe a existência de quatro estágios de desenvolvimento cognitivo no ser humano: os estágios sensório-motor, pré-operacional (pré-operatório), operatório concreto e operatório formal. Piaget influenciou a educação de maneira profunda. Para ele as crianças só podem aprender o que estavam preparadas a assimilar. Aos professores, cabe aperfeiçoar o processo de descoberta dos alunos.

Pensamos que a criança hoje inserida em uma sociedade com acesso cada vez mais livre e amplo ao mundo virtual não deve ter seu caminho proibido ou banalizado, mas deve ser educada e incentivada por adultos que tenham, eles próprios, mecanismos para interagir e aprenderem sobre essa tecnologias de aprendizagem e comunicação (TICS).

Se a escola hoje recebe uma criança que tem na relação com os computadores sua maior distração, cabe a ela propor e explorar cada vez mais outros espaços de interação, para que esse aluno, experimente outras formas de relacionamento por exemplo.

A criança nascida na sociedade de informação e do conhecimento não pode ser privada do contato digital, não pode ter seu canal de crescimento inviabilizado pelos

adultos com preconceitos e saberes prontos. Muitos estudos inclusive, apresentam o computador como um importante elo de ligação entre o adulto e a criança, um “elo mediador” nas palavras de Anelise Bertuzzi Mota²⁰.

No entanto, não há como negarmos os riscos que a navegação digital pode acarretar para as crianças, que soltas em um mar bravio e por vezes mal intencionado de informações, acabam expostas a perigos que vão orbitar em torno da sexualidade, da identidade, da autoestima, da necessidade de aquisição de bens de consumo, da formação de crenças e valores e muitos outros.

Atualmente crescem os seguimentos que se propõe a orientar como lidar com a exposição da criança ao mundo virtual. Há diversos manuais e informações veiculados no modelo de *guidelines* por exemplo, que visam, dentre outras coisas, que essa exposição não se torne indevida, abusiva e acarrete danos ao seu desenvolvimento físico e psicológico.

A Sociedade Brasileira de Pediatria²¹ baseada na American Academy of Pediatrics, recomenda itens gerais para a população e também específicos para pediatras, educadores, escolas, pais e crianças no tocante à relação com os computadores.

Abaixo reproduzimos um resumo das recomendações citadas, que encontram-se disponíveis também no *site* da Sociedade Brasileira de Pediatria²² e acabam servindo de norteadores para várias áreas do conhecimento.

Para crianças e adolescentes:

- Nas telas do mundo digital tudo é produzido como fantasia e imaginação para distrair ou afastar do mundo real – portanto, não se deixe enganar no mundo virtual;
- A senha é só sua, não compartilhe sua senha com ninguém, ninguém mesmo! Única exceção apenas para seus pais que são responsáveis por você até completar os 18 anos, legalmente.
- Preste atenção para não adicionar qualquer pessoa desconhecida e jamais marque encontros com pessoas estranhas ou conhecidas apenas da Internet e que enviam mensagens solicitando encontros com você!

²⁰ Mota, Anelise Bertuzzi. Criança e Mídia - o acesso ao computador e seus reflexos nos saberes da criança de educação infantil. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2007.

²¹ Sociedade Brasileira de Pediatria. Manual de orientação: Saúde de Crianças e Adolescentes na Era Digital. Disponível www.sbp.com.br. Acesso em 03 de março de 2017.

²² *Idem*.

- Cuidado ao utilizar a *webcam*, evite a exposição se você estiver sem roupas ou mesmo no seu quarto ou sozinho em qualquer lugar;

- Seja quem você é mesmo, sem criar avatares, heróis ou inimigos que nem existem, ou só existem na sua imaginação. Pode ser engraçado, mas nem sempre é brincadeira! Você pode se machucar à toa, fique sempre alerta aos desafios ou confrontos que podem terminar em problemas sérios, colocando sua vida em risco.

- Seja respeitoso online e trate os outros como gostaria de ser tratado, afinal você merece respeito de todos também. Evite repassar mensagens que possam humilhar, ofender, zombar ou prejudicar a pessoa que recebe este seu recado.

- Crescer e construir o seu corpo precisa de horas de sono e alimentação balanceada e saudável. Se você estiver se sentindo cansado, sonolento, com fome ou sem apetite, ou com dor de cabeça, nas costas, nos olhos ou nos ouvidos, desligue o seu celular ou seu computador, converse com seus pais ou consulte seu médico pediatra.

Para pais:

- Verificar a classificação indicativa para *games*, filmes e vídeos e conteúdos recomendados de acordo com a idade e compreensão de seus filhos;

- Estabelecer regras e limites bem claros sobre o tempo de duração em jogos por dia ou no final de semana e sobre a entrada e permanência em salas de bate-papo, redes sociais ou durante jogos de videogames online;

- Discutir francamente qualquer mensagem ofensiva, discriminatória, esquisita, ameaçadora ou amedrontadora, desagradável, obscena, humilhante, confusa, inapropriada ou que contenha imagens ou palavras pornográficas ou violentas;

- Recomendar aos seus filhos que nunca forneçam a senha virtual a quem quer que seja, nem aceitem brindes, prêmios ou presentes oferecidos pela Internet, assim como também jamais ceder a qualquer tipo de chantagem, ameaça ou pressão de colegas ou de qualquer pessoa *online*;

- Lembrar sempre que você como adulto, pai ou mãe, e, com a convivência diária, se torna um modelo de referência para seus filhos. Portanto dar o primeiro exemplo: limite o seu tempo de trabalho no computador, quando em casa. Desconectar e estar presencialmente com seus filhos.

Para educadores e escolas:

- Informar de modo adequado e detalhado os educadores e professores sobre o uso ético, saudável e com segurança das tecnologias e aplicativos durante o tempo de convívio com as crianças e adolescentes nas escolas e cursos;
- Realizar atividades com os alunos e palestras de prevenção e proteção de todos, estabelecendo regras e limites no contato diário entre professores-alunos, alunos-alunos e evitando mensagens e encontros com desconhecidos com o uso das tecnologias;
- Temas como sexualidade e exploração sexual *online*, comportamentos de violência, *cyberbullying*, uso de drogas, “brincadeiras e desafios perigosos” devem fazer parte do currículo escolar e da programação da escola em atividades ou palestras de promoção de saúde e prevenção de riscos;
- Ficar atento aos sinais de riscos pessoais, sociais ou digitais que seu aluno possa apresentar;
- Estabelecer redes intersetoriais com os pais e com as referências profissionais de especialistas para a proteção de sua escola e deixar sempre em local visível como denunciar casos de violência, *sexting* ou *cyberbullying* ou qualquer outro problema [...].

Para pediatras:

- Avaliar, aconselhar e orientar sobre o tempo de uso diário das tecnologias e celulares, videogames e computadores durante a consulta e correlacionar com os sintomas apresentados por crianças e adolescentes;
- Avaliar hábitos de sono, alimentação, exercícios, comportamentos e condutas com os colegas na escola, além do rendimento escolar e da dinâmica familiar.
- Programar com as crianças e adolescentes e suas famílias um plano de “dieta midiática” de acordo com as idades e desenvolvimento cognitivo e maturidade;
- Incluir nos protocolos de atendimento as rotinas que permitam tanto a prevenção como o diagnóstico e tratamento dos danos à saúde física, decorrentes do uso abusivo das tecnologias digitais, tais como: obesidade, distúrbios do sono, lesões articulares, problemas posturais, alterações da visão, perda auditiva, transtornos comportamentais e mentais dentre outros já demonstrados por diversos estudos da literatura científica;

- Considerar e avaliar com mais atenção crianças e adolescentes que apresentem comportamentos agressivos, dissociativos entre o mundo real e o virtual, dependentes da tecnologia-*Internet-videogames*, que apresentem transtornos de sono, alimentação, higiene, uso de drogas ou queda do rendimento escolar ou apresentam sinais de violência, *bullying*, *cyberbullying*, sinais corporais de automutilação ou quando relatam “desafios” online com colegas da escola.

Os *sites* de proteção ativados pelos pais ou responsáveis também podem auxiliar na difícil tarefa de proteger as crianças que navegam na *internet*. Há diversos níveis de proteção que vão desde a limitação do tempo de uso até a aplicação de filtros diversos baseados em listas de *sites*, palavras proibidas, rótulos de classificação, ferramentas de bloqueio de envio de dados, bloqueio de publicidades e muitas outras. Segundo Rosane Mantilla de Souza²³, os *softwares* na sua maioria são pagos e os pais tem que se esforçar muito para encontra-los e ativá-los, além do que a responsabilidade por esse controle não é apenas privada mas da sociedade.

Também não é demais demarcar, que a dificuldade na imposição de limites aos filhos por parte das famílias deriva naturalmente num terreno que propicia o isolamento dos filhos no mundo digital.

Conflitos existentes no interior da família também podem trazer sensações desagradáveis à criança e ao adolescente que, para se proteger acabam por se fixar mais no mundo digital como uma fuga, conforme Aderval C. Vieira Junior, Thais Gracie Maluf e Dartiu Xavier da Silveira²⁴.

4. Conclusão

A tarefa para interpretar os sinais e agir em relação a indevida saúde exposição da criança ao mundo virtual é árdua mas necessária, exigindo comprometimento da família, da escola e da sociedade que circunda a criança.

²³ SOUZA, Rosane Mantilla. Família e Comunicação: os desafios do século XXI. In: Pinto, E.; Perazzollo, J.R; Silva, M.A.M.(orgs.) Família: Patrimônio da Humanidade. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

²⁴ Vieira Junior, Aderval C.; Maluf, Thais Gracie; Silveira, Dartiu Xavier da. Dependência de Internet e Jogos Eletrônicos entre Adolescentes. In: Silva, E.; Micheli, D (orgs.) Adolescência: uso e abuso de drogas: uma visão integrativa. São Paulo: FAP-Unifesp, 2011.

Os benefícios e malefícios trazidos pelo mundo digital à vida das crianças, devem ser bem conhecidos e integrados na vida dos adultos, os quais, despojados de seus saberes e verdades já adquiridos conseguirão de forma mais certa estabelecer um importante canal de comunicação e orientação às crianças a sua volta.

Se os riscos estão presentes, as oportunidades de crescimento também estão. Com atenção, maturidade e disposição, o lugar que as novas tecnologias merecem certamente contribuirão em muito com a saúde da nossa infância e adolescência.

Abstract

Nell'era tecnologica attuale, i bambini cominciano a utilizzare dispositivi elettronici sempre più precocemente e il suo contatto con l'internet diviene progressivamente più intenso, modificando sostanzialmente la forma in cui questi bambini spendono il suo tempo libero, si relazionano con i suoi coetanei, imparano nuovi contenuti e percepiscono il mondo attorno. Di conseguenza, preoccupa i professionisti le ricadute di tale esposizione, sia nell'ambito psicologico di dipendenza digitale, sia nello scopo dell'interazione degli infanti con terzi. In tal modo, questo lavoro si propone a esaminare il contatto dei fanciulli con l'ambiente virtuale, oltreché presentare parametri rivolti a tornare questo spazio più sicuro ai bambini.

Camerino, dicembre 2017.

Il presente numero è stato chiuso nel dicembre 2017

CONTRIBUTI DI:

- MARTA CERIONI *Assegnista di ricerca di Diritto pubblico presso l'Università Politecnica delle Marche. Docente a contratto di Diritto delle Istituzioni pubbliche.*
- MARIA CRISTINA DE CICCO *Professore Associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Camerino.*
- MARIA PAOLA MANTOVANI *Dottore di ricerca in Diritto privato comparato.*
- BARBARA FENNI *Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Camerino.*
- GLORIA MANCINI PALAMONI *Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Camerino.*
- TIZIANA CROCE *Professore Aggregato di Informatica giuridica presso l'Università degli Studi di Camerino.*
- MARIA PIA GASPERINI *Professore associato di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Camerino.*
- FELICE MERCOGLIANO *Professore associato di Fondamenti del diritto europeo e di Storia del diritto romano presso l'Università di Camerino. Affidatario di Istituzioni di diritto romano presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara*
- FERNANDO NETTO BOITEUX *Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual foi Professor Doutor. Advogado*
- NELSON D. MARCIONNI *Prof. Dr. de Derecho Internacional Publico, Universidad Nacional de Cordoba e Universidad Nacional del Litoral.*
- UMBERTO CELLI *Professore ordinario di Diritto Internazionale all'Università di San Paolo, Brasile. Preside della Scuola di Giurisprudenza di Ribeirão Preto dell'Università di San Paolo.*
- ALESSANDRO HIRATA *Professore Associato di Diritto Romano e Storia del Diritto dell'Università di San Paolo. Dottorato di Ricerca preso a Ludwig-Maximilians-Universität München.*
- ELZA ANTONIA PEREIRA CUNHA BOITEUX *Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA

Professora Associada di Diritto Civile presso la Facoltà di Giurisprudenza di Ribeirão Preto dell'Università de San Paolo/Brasile (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo). Post Dottorato in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Camerino/Italia. Dottorato di ricerca presso l'Università di San Paolo con Stage di Ricerca svolto all'Università di Ottawa/Canada. Avvocato.

MARCO ANTONIO MARQUES DA
SILVA

Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC/SP; Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito Processual Penal (Mestrado e Doutorado) da PUC/SP; Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal) e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Brasil)..

MONICA HERMAN CAGGIANO

Professora Associada do Departamento de Direito do Estado, da Universidade de São Paulo. Mestre, Doutora e Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito/USP. Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito-USP (2008-2016). Professora Titular de Direito Constitucional e Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procuradora Geral do Município de São Paulo (1995-1996). Secretária dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo (1966). Procuradora do Município de São Paulo (1972-1996). Consultora jurídica.

EVANI ZAMBON MARQUES DA
SILVA

Professora Doutora da disciplina de Psicologia Judiciária da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil); Psicóloga Chefe do Setor de Psicologia das Varas da Família do Tribunal de Justiça de São Paulo (Brasil). Coordenadora do Curso de Extensão em Psicologia Judiciária do COGEAE, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.