

Fascicolo n. 1/2021

QL

QuotidianoLegale

Rivista Giuridica Trimestrale



Rivista Giuridica Trimestrale

QUOTIDIANO LEGALE

Organigramma

DIRETTORE RESPONSABILE:

Fulvio Conti Guglia

DIRETTORI SCIENTIFICI:

Augusto Cerri (Professore Emerito in Diritto Pubblico, Università di Roma “La Sapienza”) – **Raffaele Chiarelli**

(Professore Straordinario di Diritto Pubblico, Università degli Studi Guglielmo Marconi)

COMITATO DIRETTIVO:

Simone Budelli (Professore Associato di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Perugia) – **Ruggiero Dipace**

(Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi del Molise) – **Gian Paolo Dolso** (Professore

Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trieste) – **Maria Dolores Ferrara** (Professoressa Associata

di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Trieste) **Paolo Giangaspero** (Professore Ordinario di Diritto

Costituzionale, Università degli Studi di Trieste) – **Ludovico Mazzaroli** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale,

Rivista Giuridica Trimestrale

Università degli Studi di Udine) – **Roberto Miccù** (Professore Ordinario di Diritto Pubblico, Università di Roma “La Sapienza”).

COMITATO SCIENTIFICO:

Luca Ballerini (Ricercatore – RTDB – di Diritto Privato, Università degli Studi di Trieste) – **Paolo Bianchi** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Camerino) – **Marco Brocca** (Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università del Salento) – **Matteo Carrer** (Ricercatore – RTDB – di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Bergamo) – **Stefano Ceccanti** (Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università di Roma “La Sapienza”) – **Salvatore Cimini** (Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Teramo) – **Antonio Colavecchio** (Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Foggia) – **Luigi Colella** (Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”) – **Sandro De Gotzen** (Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Trieste) – **Ruggiero Dipace** (Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi del Molise) – **Daniela Di Paola** (Funzionario MIUR – Cultore di Diritto Amministrativo) – **Gian Paolo Dolso** (Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trieste) – **Renato Federici** (Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università di Roma “La Sapienza”) – **Paolo Giangaspero** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trieste) – **Joseph F. C. Dimento** (Professore Emerito University of California, Irvine) **Dimitri Girotto** (Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Udine) – **Maria Assunta Icolari** (Professoressa Associata di Diritto Tributario, Università degli Studi Guglielmo Marconi) – **Francesco Longobucco** (Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi Roma Tre) – **Ludovico Mazzaroli** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Udine) – **Roberto Miccù** (Professore Ordinario di Diritto Pubblico, Università di Roma “La Sapienza”) – **Antonio Mitrotti** (Dottore di ricerca in Diritto Pubblico Comparato presso l’Università degli Studi di Teramo) – **Stefano Nespore** (Avvocato e Professore a contratto di Diritto Amministrativo Politecnico di Milano) **Dante Flávio Oliveira Passos** (Professor Adjunto de Administracao, Universidade Estadual de Paraiba) – **Vincenzo Pepe** – (Professore Associato in Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”) – **Daniele Porena** (Professore Associato di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Perugia) – **Corrado Procaccini** – (Avvocato e Dottore di ricerca) – **Ugo Salanitro** (Professore Ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi di Catania) – **Antonio Saporito** (Docente a contratto di Diritto Amministrativo, Università degli Studi Niccolò Cusano) – **Sara Spuntarelli** (Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Camerino) – **Mario Tocci** (Avvocato e Dottore di ricerca) – **Luca Maria Tonelli** (Cultore della materia in Diritto costituzionale Università degli Studi di Foggia)



– **Dario Elia Tosi** (Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Torino) – **Gianluca Trenta** (Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche e politiche).

REDAZIONE

Paola Brambilla, Nicoletta Laurenti Collino, Carlo Luca Coppini, Matteo Ceruti, Dario Immordino, Morena Luchetti, Giulia Gavagnin, Gerardo Guzzo, Angelo Maestroni, Eva Maschietto, Maria Elena Mancuso, Emanuele Perrotta (Lyon), Leonardo Salvemini, Luca Palladini, Nicole Picozzi, Marco Terrei, Ruggero Tumbiolo, Daniele Trabucco.

La collaborazione con Quotidiano Legale è gratuita e volontaria. Può consistere nell'invio di articoli di qualsiasi genere o materie in qualche modo collegate al mondo giuridico (documentazione giuridica, sentenze, ordinanze, commenti etc.). Gli scritti e quant'altro inviato, anche se non pubblicati, non verranno restituiti. Invia una proposta di collaborazione o il pezzo alla seguente mail: *redazione @ quotidianolegale.it*

QuotidianoLegale.it – nasce come supplemento di AmbienteDiritto.it dal 2020 inizia il suo percorso come
Rivista Scientifica Autonoma

QUOTIDIANOLEGALE: Rivista Giuridica Trimestrale

Direttore Responsabile, Proprietario ed Editore, Fulvio Conti Guglia – Via Filangeri, 19 – 98078 Tortorici

ME – C.F.: CNTFLV64H26L308W – P.IVA 02601280833 – Pubblicata in Tortorici dal 2011.

Indice generale

Rivista Giuridica Trimestrale.....	2
QUOTIDIANO LEGALE	2
<i>Indice generale</i>	5
L' AMMINISTRAZIONE DELLA COMUNIONE NEL DIRITTO DI FAMIGLIA	
Sergio Benedetto Sabetta.....	6
DISVELAMENTI PANDEMICI	
Sergio Benedetto Sabetta.....	21
LA MODELLIZZAZIONE DEI FENOMENI	
Sergio Benedetto Sabetta.....	23
LA SCUOLA TRA DIDATTICA A DISTANZA E TUTELA DELLA PRIVACY. CONFLITTI E BILANCIAMENTI, NECESSITÀ E OPPORTUNITÀ: RAPPORTI CRITICI MA CONTEMPERABILI	
Silvio Quinzone Garofalo	24
COMPLESSITA' E PANDEMIA	
Sergio Benedetto Sabetta.....	41
FONTI RINNOVABILI E TENTATIVI "FRUSTRATI" DI SEMPLIFICAZIONE	
Brevi considerazioni sulla sentenza della Consulta 2 dicembre 2020, n. 258	
Giorgia Barbieri.....	42
RAPPORTO DI AGENZIA ED ATTIVITÀ ACCESSORIA DI RISCOSSIONE E INCASSO. Corte di Cassazione ordinanza n. 17572 depositata il 21 agosto 2020	
Lorenzo Mosca.....	49
LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE NEL DIRITTO DI FAMIGLIA	
Sergio Benedetto Sabetta.....	51
LA PANDEMIA QUALE SPECULAZIONE: IL VOLTO NASCOSTO	
Sergio Benedetto Sabetta.....	55

L'AMMINISTRAZIONE DELLA COMUNIONE NEL DIRITTO DI FAMIGLIA

Sergio Benedetto Sabetta

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dottrina. - 3. Distinzione tra amministrazione ordinaria e straordinaria. - 4. Criteri di distinzione. – 5. Rapporti patrimoniali tra coniugi di nazionalità differenti. - 6. Rifiuto del consenso. - 7. Impossibilità del consenso per lontananza o altro impedimento. - 8. Procura al coniuge. – 9. Esclusione dall'amministrazione di uno dei coniugi. - 10. Interdizione. - 11. Atti compiuti senza il necessario consenso. - 12. Per una sistemazione globale della materia. - 13. Azioni di annullamento. - 14. Interpretazioni dell'art. 184, 3° comma. - 15. Amministrazione dei beni personali del coniuge. -

1. Premessa.

L'attuale pandemia nell'accelerare i cambiamenti in atto ha anche evidenziato i punti di forza e le debolezze del sistema Nazionale.

Il tentativo di superare il blocco delle relazioni fisiche con l'uso massiccio dell'informatica ha comportato l'accrescere di questa anche nel settore commerciale, risultato ultimo è stato per il momento la chiusura di molti dei negozi di prossimità e la riduzione qualitativa dell'offerta di lavoro. La reazione è l'organizzazione di molti negozi in rete al fine di offrire servizi e merci in prossimità, questo in contrasto con la grande rete, a parte i problemi di un mancato coordinamento centrale del sistema non solamente formale.

Questo si affianca ad una forte delocalizzazione delle attività produttive già in atto da alcuni decenni, tutte circostanze che hanno avuto un forte impatto anche sulle gestioni patrimoniali delle famiglie, le quali d'altra parte sono mutate nell'organizzazione interna e nelle proprie finalità, entrando in crisi secondo il modello tradizionale, sostituito dalle unioni di fatto, a questo si aggiunge la forte pressione fiscale che si è creata sui patrimoni immobiliari, beni di rifugio delle famiglie, con conseguente ulteriore impoverimento economico delle famiglie.

2. Dottrina.

Il primo problema è costituito dalla delimitazione del concetto di amministrazione, al riguardo è preliminare l'osservazione che il coniuge conserva la propria autonomia di volontà e quindi la propria libertà di contrattare e obbligare sé oppure la comunione, solo entro certi limiti, anche se vive in regime di comunione legale.

Pacifica è la rientranza nell'attività amministrativa di tutti quegli atti che incidono su beni già esistenti nella massa comune, Schlesinger sembra, peraltro, ammettere implicitamente in questa categoria anche gli atti di acquisto, quando si chiede "se regola dell'amministrazione congiuntiva vada applicata pure al compimento di atti di acquisto che eccedano l'ordinaria amministrazione" (1).

Più espliciti sono Comporti e Navarra, i quali Autori includono gli acquisti tra gli atti di amministrazione, seppure circostanziandoli a quelli di straordinaria amministrazione" (2) (3).

Considerano senz'altro questi atti rientranti in amministrazione ai sensi del 2° comma dell'art. 180 Cian e Villani, secondo i quali non può valere il criterio fissato per l'impresa dall'art. 2208 cc., non essendo possibile l'individuazione degli atti amministrativi in base alla loro natura ed oggetto.

Da queste premesse gli autori traggono la conclusione che l'atto di amministrazione della comunione può essere individuato solo in quell'atto "posto in essere in nome e per conto della comunione: con la precisazione, [...], che il medesimo viene compiuto per i due coniugi in quanto viventi in comunione" (4), diversamente saranno i coniugi singolarmente ad essere parte del rapporto.

La spendita del nome potrà avvenire singolarmente, nei limiti dei poteri conferiti dagli artt. 180-183, oppure congiuntamente dai due coniugi, quello che conta è che vi sia riferimento alla comunione che potrà essere implicito oppure esplicito, in altre parole non necessiterà l'impiego di formule solenni ma l'indicazione che si agisce per la comunione potrà risultare dallo stesso contesto della negoziazione.

Tuttavia la necessità della spendita del nome della comunione non è del tutto pacifica, infatti Schlesinger (5) osserva che "vi sia stato o meno tale spendita, entrambi i coniugi congiuntamente risponderanno con l'intero loro patrimonio.

Analogamente i Finocchiaro (6) negano tale necessità per determinare obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia e precisamente: a) per il mantenimento della famiglia; b) per l'istruzione e l'educazione dei figli; c) nell'interesse della famiglia in generale.

Sono gli stessi Cian e Villani che al fine si preoccupano di circostanziare i limiti della loro tesi precisando che la mancata spendita del nome della comunione non implica che in capo ad essa non sorga alcuna obbligazione, questa avrà una propria responsabilità qualora l'obbligo sia tale da rientrare nelle categorie previste dall'art. 186 (7).

Dopo questa breve digressione, dovuta all'esposizione della teoria degli Autori citati, ritorniamo al problema originario della delimitazione della categoria degli atti amministrativi.

L'acquisizione a questa categoria degli atti di acquisto dei beni immobili o mobili registrati è contestata dai Finocchiaro (8) che pervengono ad affermare l'estraneità dell'art. 180, che disciplina l'amministrazione dei beni della comunione, da tali atti rientrando questi in una fase anteriore, disciplinata dagli artt. 177 e 178, in cui i beni fanno ingresso nella comunione.

Sebbene gli autori dai beni immobili o mobili registrati, la conclusione a cui giungono si attaglia perfettamente anche ai beni mobili in generale.

In una analoga posizione è Atlante (9) che definisce l'atto di acquisto come un possibile atto di straordinaria amministrazione, ma solo relativamente al denaro che si impiega nell'acquisto e non con riferimento al bene acquistato.

Più espliciti sono De Paola e Macrì (10) i quali escludono categoricamente dall'ambito dell'amministrazione gli atti qui considerati.

Questa categoria è riconosciuta anche da Corsi ma con alcune sfumature e precisazioni.

La prima è data dalla negazione di un tale problema con riferimento agli "acquisti che rientrano tra i carichi dell'amministrazione o tra le spese per il mantenimento della famiglia (articolo 186, lett. b e c)", al contrario degli "acquisti che sono suscettibili di rappresentare un duraturo incremento di ricchezza" (Corsi – 11).

La seconda è costituita dall'eccezione dell'ipotesi in cui il denaro utilizzato per l'acquisto sia comune, "In questa ipotesi, se l'acquisto integri gli estremi dell'atto eccedente l'ordinaria amministrazione, il consenso dell'altro coniuge sarebbe necessario" (Corsi – 12).

Norma fondamentale in materia amministrativa è l'art. 180 nel quale si stabilisce l'amministrazione disgiunta dei coniugi per gli atti ordinari e la relativa rappresentanza in giudizio, mentre per gli atti straordinari, nonché per i contratti riguardanti i diritti personali di godimento, oltre naturalmente la relativa rappresentanza in giudizio, l'amministrazione spetta congiuntamente ad entrambi i coniugi.

E' stato sostenuto da più parti che il secondo comma della norma in questione costituisce la regola generale, mentre il primo comma, che prevede l'amministrazione disgiuntiva, è una deroga al principio generale, con la conseguenza che, estendendo analogamente tale principio all'art. 177, lett. a, l'acquisto compiuto "separatamente", come indicato nella norma, sarebbe "solo l'acquisto di bene mobile che rientri nell'ambito dell'ordinaria amministrazione" (Acquaderni, Bignossi, Bonoli, Candito, Ferioli, Iosa, Montanari, Nicoletti – 13).

Coordina l'art. 180 con l'art. 186, lett. c, Falzea, limitando il potere di amministrazione disgiuntiva agli atti riguardanti il mantenimento della famiglia, l'istruzione e l'educazione dei figli, nonché l'adempimento di ogni obbligazione contratta dai coniugi nell'interesse della famiglia.

Inoltre la soddisfazione delle obbligazioni familiari potrà avvenire mediante l'utilizzo dei beni comuni e dei frutti derivanti da essi senza che questo comporti alcun atto straordinario. "Queste regole discendono dal regime di contribuzione nel suo specifico atteggiamento in presenza della comunione" (Falzea – 14).

In contrasto con tale posizione sembra porsi l'art. 181, che offre al coniuge la possibilità di superare il rifiuto di consenso dell'altro coniuge mediante l'autorizzazione del giudice. Ritiene l'autore di superare l'ostacolo applicando anche a questa norma i concetti di interesse della famiglia e dovere di contribuzione, ma con riferimento alla loro proiezione futura nella vita familiare.

In realtà la difficoltà non è tanto nell'art. 181 quanto nel tenore letterale dello stesso art. 180, da cui si deduce chiaramente che è regola ordinaria l'amministrazione disgiuntiva.

Lo stesso Schlesinger afferma a chiare lettere che "il potere di disposizione accordato ai coniugi non è stato in alcun modo condizionato alla ricorrenza di interessi della famiglia" (15), come pretende Falzea, e a controprova di questo richiama l'art. 186, lett. d in cui i coniugi, purché d'accordo tra loro, possono assumere liberamente, anche per motivi puramente egoistici o capricciosi, qualunque tipo di obbligazione a carico della comunione.

Comunque il motivo più diffusamente addotto a sostegno della riduzione dell'amministrazione disgiuntiva a regola speciale è che tale interpretazione è un espediente tendente ad evitare lo scardinamento dell'attuale sistema di pubblicità immobiliare, dovuto ai pressoché impossibili accertamenti.

Questo se si considera la conseguente estensione per analogia di tale principio agli acquisti previsti nell'art. 177, lett. a.

Replica Busnelli (16) che l'aumento del numero degli accertamenti da eseguirsi da parte dei terzi acquirenti non vuol dire che tali accertamenti siano impossibili, in quanto l'unico punto certo è che l'acquirente, oltre al normale controllo sulla iscrizione e trascrizione dell'atto a carico dell'alienante, dovrà accertare quale era lo stato civile dell'alienante quando il bene fu da lui acquistato. Deve quindi concludersi che l'art. 180, comma 1°, ha valore di regola generale, mentre il 2° comma è una pura deroga.

La norma non chiarisce se al singolo coniuge sia concesso o meno la facoltà di disposizione sulla quota di sua spettanza.

Schlesinger motiva la risposta negativa con la necessità di coinvolgere anche l'altro coniuge "nell'assunzione dei rispettivi obblighi in modo da estendere la garanzia del creditore anche ai beni comuni (art. 186, lett. d)" (17).

Ad una analoga conclusione perviene Busnelli estendendo alla comunione legale le regole di "indisponibilità, non ipotecabilità ed inespropriabilità" proprie delle quote delle società di persone, che costituiscono "il riflesso del principio di tendenziale autonomia del patrimonio sociale nonché del vincolo di destinazione che ad esso inerisce" (18).

Oltre a questi motivi non bisogna dimenticare che in regime di comunione legale il patrimonio della famiglia è un patrimonio comune e come tale dovrà essere amministrato.

Non sussistendo vincolo alcuno a carico dei coniugi nell'interesse della famiglia Schlesinger li ritiene "pienamente liberi di comportarsi come normali compratori, salvo il rischio di violare i doveri verso la prole".

Di diverso avviso è Busnelli per cui, in analogia con l'art. 2256, l'uso dei beni comuni non può avvenire per motivi estranei a quelli familiari se non vi è consenso dell'altro coniuge.

Giusta l'impostazione deve tuttavia tenersi conto che tale applicazione può avvenire con buoni risultati solo su beni mobili registrati o immobili, mentre per quanto riguarda i beni mobili in generale, tranne qualcuno di particolare valore, è impossibile ottenere risultati soddisfacenti.

I criteri in base ai quali deve essere valutata l'amministrazione ordinaria e quindi disgiuntiva di ciascuno dei coniugi sono tanto da Busnelli che da Alpa, Bessone, D'Angelo, Ferrando individuati nella regola stabilita dall'art. 2260, comma 1°, che rinvia alle norme sui mandati.

Consegue che il coniuge dovrà agire con la "diligenza del buon padre di famiglia"; dovrà rendere conto al partner del suo operato, "anche se con modalità sufficientemente elastiche al fine di non trasformare i coniugi in contabili" (Busnelli – 19); non potrà sostituire altri a sé nell'amministrazione. Rifacendosi alla normativa in materia societaria, in analogia all'art. 2257 può porsi il problema della possibilità di un diritto reciproco di veto, ma questa possibilità appare del tutto inattuabile se si tiene presente la giusta osservazione di Corsi per cui il diritto di veto presuppone una apposita procedura, presente nell'art. 2257 ma di cui non vi è traccia nell'art. 180.

3. Distinzione tra amministrazione ordinaria e straordinaria.

Veniamo alla questione centrale della norma, ossia la distinzione operata dal legislatore tra atti di amministrazione ordinaria ed atti di amministrazione straordinaria.

La categoria degli atti di amministrazione straordinaria ha una notevole importanza imponendo il sistema dell'amministrazione congiuntiva, che permette "al coniuge più debole, generalmente la donna, la possibilità di una effettiva partecipazione alle maggiori decisioni gestionali" (Schlesinger – 20).

Questo è particolarmente rilevabile nel principio di inderogabilità mediante convenzione delle regole amministrative dei beni comuni (art. 210, 3° comma), resta la difficoltà di una chiara distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.

4. Criteri di distinzione.

I criteri adoperati sono dei più vari e vanno dal parametro del valore economico dell'atto in rapporto alla situazione economica della famiglia (Frazzini), "alle norme proprie della comunione ordinaria, pur se con gli adattamenti e le deroghe, espressamente previste dal legislatore della riforma" (21) (Finocchiaro), ai principi valevoli per l'amministrazione del patrimonio dei minori (Cian e Villani). Addirittura vi è chi, come Schlesinger, non si pronuncia con precisione, limitandosi a propendere nel dubbio "per l'amministrazione congiuntiva, come quella che maggiormente tutela il diritto di partecipazione" (22) dei coniugi.

Tuttavia, considerata l'importanza dell'argomento, occorre un criterio distintivo al fine di orientarsi e senz'altro uno dei più chiari e coerenti è quello proposto da Busnelli e ripreso da Bessone, Alpa, D'Angelo, Ferrando e Ricca.

Partendo dal fatto che nelle società la distinzione fra atti di straordinaria e ordinaria amministrazione si realizza "in rapporto alla 'normalità' degli eventi che costituiscono l'oggetto della società volta a volta considerata" (Busnelli) (23), l'Autore perviene a riferire l'ordinarietà o la straordinarietà dell'atto di amministrazione "alla situazione familiare nel suo complesso" (24) e non al singolo bene. Lo stesso dicasi di Corsi per il quale la valutazione "non può essere compiuta in rapporto ai singoli beni, ma in rapporto al complesso" (25), confermando quindi, sebbene credendo indirettamente l'Autore di corrispondere alla piuttosto vaga tesi di Schlesinger, la bontà della tesi da ultimo esposta. Per quanto riguarda la donazione di un bene della comunione, non vi è dubbio che questa costituisce atto di straordinaria amministrazione se realizzata a favore di terzi.

Poiché i diritti di obbligazione esulano dai beni che possono essere oggetto di comunione tra i coniugi, deve escludersi che appartengano al novero degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione i contratti bancari. Se essi possono essere stipulati ed amministrati disgiuntamente da ciascun coniuge, non può negarsi all'altro coniuge il diritto alla informazione sulla situazione patrimoniale del partner, sebbene i Finocchiaro abbiano un'opinione del tutto contraria.

Del tutto irrilevante, poi, per i terzi (l'istituto di credito) se le somme impiegate nelle operazioni bancarie siano effettivamente personali o piuttosto distorte dalla comunione, infatti, essendo questi beni mobili non registrati, in base al disposto degli artt. 180, 1153, 1147 C.C. l'istituto risponderà

solo se sia provata la sua colpa grave, fatto che sembra piuttosto difficile anzi impossibile, rimanendo quindi gravato del generico obbligo risarcitorio il solo coniuge.

IL 2° comma dell'art. 180 contiene, tra l'altro, un riferimento alla "stipula di contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento".

Lo strano inciso deriva dall'allargamento ad opera della Commissione Giustizia del Senato del precedente principio che stabilisce il necessario comune accordo nella scelta della residenza familiare, infatti la Commissione non chiarisce il perché di una tale disposizione, ma si può pensare alla "volontà legislativa di dare massima ampiezza alla partecipazione dei coniugi alla gestione dei beni comuni e ad ogni decisione che li riguarda" (Schlesinger – 26).

Non può ritenersi che la norma in questione abbia privato il singolo coniuge della capacità di stipulare autonomi contratti di locazione, anche con riguardo a "beni di uso strettamente personale" (art. 179, lett. c) o a "beni che servono all'esercizio della sua professione" (art. 179, lett. d). Deve quindi intendersi la disposizione con riferimento esclusivo "ai contratti con i quali si acquistano diritti di godimento per la comunione" (Schlesinger – 27), contro i Finocchiaro che fanno riferimento ai beni utilizzati per l'acquisto del diritto.

5. Rapporti patrimoniali tra coniugi di nazionalità differenti.

L'analisi dell'art. 180 non può dirsi completa se non si considera quali regole amministrative debbano applicarsi ai rapporti patrimoniali tra coniugi di nazionalità diversa.

Norma fondamentale in materia è l'art. 19 delle disposizioni preliminari al Codice Civile nel quale si determina che "i rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio" (comma 1°).

E' stato sollevato il problema se in realtà non sia l'art. 22 disp. prel. C.C., riguardanti le leggi regolatrici del possesso, della proprietà e degli altri diritti sulle cose a disciplinare l'amministrazione dei beni oggetto di comunione tra coniugi.

Sull'argomento si è pronunciato il Tribunale di Roma con sentenza del 24 marzo 1980. Il quesito è risolto dal Tribunale mediante un parallelo con l'art. 18 disp. prel. C.C., come questi "a carattere di specialità rispetto all'art. 22 disp. prel. C.C." riguardo ai rapporti personali tra i coniugi, così l'art. 19 disp. prel. C.C. acquista carattere di specialità per quanto concerne i rapporti patrimoniali.

Avendo le leggi speciali prevalenza sulle leggi generali ne consegue che la norma applicabile nei rapporti patrimoniali tra coniugi sarà l'art. 19 delle disposizioni preliminari al codice civile.

Tuttavia, prosegue la motivazione della sentenza, se il marito è straniero avrà l'onere non solo di invocare ma anche di dimostrare con ogni mezzo idoneo il contenuto della legge stessa, non essendo obbligo del giudice, né tanto meno del coniuge, conoscere le disposizioni degli ordinamenti stranieri. Quanto contenuto nel 1° comma dell'art. 19 disp. prel. C.C. non è altro che la conferma di quanto in precedenza disposto dal 1° comma dell'art. 2 della Convenzione de L'Aia, 17 luglio 1905.

Queste disposizioni sono giustificate dalla necessità di assicurare unicità alla disciplina da applicarsi ai rapporti patrimoniali tra coniugi, quale garanzia atta ad evitare circostanze di disaccordo in un settore tanto delicato già di per sé focolaio di contrasti.

Anzi il comma 2° dell'art. 19 disp. prel. C.C., con l'espressione "salve le convenzioni tra i coniugi in base alla nuova legge nazionale comune", prevede la necessità di una esplicita e concorde manifestazione di volontà dei coniugi, da esprimersi mediante un'apposita convenzione, per la modifica del regime patrimoniale.

La Corte di Cassazione è intervenuta sull'argomento con una propria pronuncia in data 8 gennaio 1981, n. 131.

Questa, considerando quanto innanzi esposto ed il contenuto del 2° comma dell'art. 19 disp. prel. C.C., dichiara che il cambiamento di cittadinanza non è sufficiente per il mutamento del regime patrimoniale, non potendosi quest'ultimo realizzare mediante una manifestazione di volontà implicita, come si può anche dedurre, oltre che dalla legge italiana, dall'art. 9 della predetta Convenzione de L'Aia.

6. Rifiuto del consenso.

L'art. 181 prevede la possibilità che uno dei coniugi rifiuti il consenso per la stipulazione di un atto di straordinaria amministrazione o per altri atti in cui è richiesto il suo consenso, concedendo all'altro coniuge di rivolgersi al giudice per ottenere l'autorizzazione, nel caso in cui la stipulazione dell'atto è necessaria alla famiglia o all'azienda facente parte della comunione.

“La norma rappresenta una significativa innovazione rispetto a quelle generali in tema di comunicazione” (Bessone, Alpa, D'Angelo, Ferrando) (28), in conformità con le altre disposizioni che prevedono l'intervento del giudice nel contrasto tra coniugi.

Sia Schlesinger che Cian e Villani sottolineano l'importanza del termine “necessario”, usato nella norma, al fine di delimitare l'intervento del giudice nell'ambito familiare quale sostituto del coniuge. La stretta interpretazione del termine in questione fa sì che non lo si debba confondere con la semplice “utilità” dell'atto, come osservato dagli stessi Autori, anche se su una tale distinzione hanno sollevato dubbi i Finocchiaro, ma la loro posizione non appare accettabile se si tiene presente quanto detto da Schlesinger: “l'art. 181 non costituisce lo strumento per assicurare la migliore amministrazione della comunione, che spetta ai coniugi e non al giudice, bensì rappresenta soltanto il mezzo per rendere innocua una eventuale opposizione capricciosa o immotivata contro una scelta ‘necessaria’ per l'interesse della famiglia” (29).

Si può aggiungere che il giudice deve intervenire per evitare i guai che deriverebbero dal rifiuto del consenso da parte del coniuge, il suo intervento non deve essere fonte di litigiosità tra coniugi, permettendo loro un ricorso continuo per motivi non rilevanti.

Il rifiuto illegittimo di un coniuge a dare il proprio consenso ad un atto necessario nell'interesse della famiglia costituisce un'ipotesi di cattiva amministrazione della comunione, prevista dalla legge quale causa di separazione dei beni (art. 193), comunque è da escludersi qualsiasi risarcimento del danno. Secondo Schlesinger “al giudice non sono affidati poteri arbitrari di fronte a contrastanti valutazioni degli sposi, [...] Qualora [...] ritenga pregiudizievole il mancato accordo dei coniugi, ma risulti che entrambe le soluzioni proposte risolvono, sia pure in modo diverso, il problema, il giudice non può operare una scelta discrezionale tra le contrastanti proposte affacciate dagli interessati, né può nominare un amministratore giudiziario con il compito di compiere quella scelta” (30).

7. Impossibilità del consenso per lontananza o altro impedimento.

Altro caso in cui vi è l'intervento del giudice è quello del successivo art. 182 che prevede l'ipotesi della richiesta da parte del coniuge, in mancanza di procura risultante da atto pubblico o da scrittura privata autenticata, dell'autorizzazione, a seguito della lontananza o altro impedimento di uno dei coniugi, a compiere atti di amministrazione straordinaria per i quali è necessario il consenso di entrambi i coniugi.

Il vero problema della norma in esame è l'ammissibilità e l'estensione dell'eventuale procura distinguendo tra procure rilasciate a terzi e procure rilasciate al coniuge.

Prendiamo in esame il primo caso e notiamo immediatamente il possibile confronto con l'art. 183, ultimo comma, in forza del quale il coniuge non può essere sostituito dal tutore nell'amministrazione della comunione.

Schlesinger si pone la domanda se la norma qui richiamata non riguardi esclusivamente la rappresentanza legale essendo, invece, pienamente consentita la rappresentanza volontaria.

La risposta alla domanda, è nella ratio dell'art. 183 che l'Autore individua in due possibili soluzioni: la prima è data dall'inammissibile imposizione al coniuge di una continua cogestione con un estraneo, che è poi il tutore; la seconda nel “carattere strettamente personale dell'amministrazione della comunione, in quanto gestione che obbedisce anche a valutazioni dell'interesse familiare nelle quali un terzo non può sostituirsi al coniuge” (Schlesinger – 31).

Nel primo caso si dovrebbe concludere per il legittimo conferimento di procedure speciali a terzi, mentre nel secondo caso vi dovrebbe essere il divieto di una qualsiasi procura a terzi, ma giustamente

osserva Schlesinger che un divieto assoluto di conferimento di procure a terzi è eccessivo, anche tenendo presente le esigenze pratiche di tutti i giorni, oltretutto le due ratio non sembrano doversi escludere tassativamente a vicenda ma possono benissimo integrarsi essendo due facce di una stessa esigenza di tutela del nucleo familiare.

Da quanto detto può dedursi l'ammissibilità di procure speciali a terzi, limitate a determinati atti o tipi di atti, e contemporaneamente l'inammissibilità delle procure generali conferite dal coniuge a terzi per l'amministrazione della comunione.

Oltre a Schlesinger concordano pienamente per una tale soluzione Busnelli, De Paola e Macrì (32), questo non toglie che alcuni Autori, facendo forza sugli eventuali intralci alla libera circolazione dei beni che comporterebbe la negazione della possibilità di conferimenti di procure generali a terzi, abbiano ammesso tale possibilità, in tal senso sia Marsano che Corsi (32).

8. Procura al coniuge.

Dobbiamo ora considerare l'ipotesi del conferimento di procura al coniuge. La dottrina è concorde nell'ammettere la possibilità di conferimenti di procura speciale a favore di un coniuge, viceversa le opinioni sono le più discordanti su una eventuale procura generale.

Decisamente contrari al conferimento di una procura generale sono Schlesinger e Busnelli, sebbene con diverse motivazioni. Il primo trae conclusioni decisive dal confronto tra i due commi dell'art. 182 e dall'esame dell'art. 210, comma 3°; il secondo trae spunto dalle osservazioni sulla amministrazione in tema di società di persone.

Considerando il secondo comma dell'art. 182 come una ampia eccezione a favore dell'azienda, Schlesinger considera dimostrato il carattere di eccezionalità che devono avere le altre procure a favore del coniuge, essendo una tale "previsione inutile se fossero ammissibili procure generali" (Schlesinger – 34); per il terzo comma dell'art. 210 osserva l'Autore che il carattere di inderogabilità delle norme sull'amministrazione dei beni della comunione che se ne ricava, "potrebbe essere facilmente eluso se ciascuno dei coniugi potesse conferire liberamente all'altro un potere generale di rappresentarlo nell'amministrazione della comunione" (Schlesinger – 35).

Dubbi crea, al contrario, la dimostrazione del Busnelli, il quale applica al regime della comunione legale i principi ricavati dall'amministrazione della società di persone.

Il principio che qui si applica è quello secondo cui l'amministratore non può unilateralmente sostituire altri a sé, dal che consegue che l'Autore considera il conferimento della procura un atto di carattere eccezionale e limitato al "caso di lontananza o di altro impedimento di uno dei coniugi" (art. 182, comma 1°) (36).

Ma il riferirsi in forma così rigida alle società di persone traendone conclusioni che di peso vengono applicate alla comunione legale, senza tenere nel dovuto conto le sue esigenze particolari e i principi che la regolano è un'operazione non accettabile per le difficoltà che determina.

Favorevole ad una procura generale in favore del coniuge è Atlante che provvede a smontare le argomentazioni contrarie di Schlesinger, tuttavia questi tentativi non paiono convincenti.

La prima osservazione secondo cui l'art. 210 vieta convenzioni in deroga alle regole amministrative ma non la semplice procura che non ha carattere permanente, essendo del tutto temporanea e revocabile la limitazione della capacità amministrativa del coniuge, è facilmente obiettabile con le stesse parole di Schlesinger:

"l'obiezione, formalmente esatta, trascurerebbe la preoccupazione sostanziale del legislatore di favorire in concreto la partecipazione di entrambi i coniugi alla gestione della comunione (37) (38), permettendo l'aggiramento della normativa a danno del coniuge economicamente più debole.

Per quanto riguarda il secondo motivo addotto da Schlesinger a sostegno della propria tesi, Atlante non appare in grado di fornire una soddisfacente controprova, girando piuttosto attorno all'argomento e mostrando chiaramente i limiti del proprio tentativo.

Venendo alle prove fornite dall'Autore, il fatto che il mandante possa controllare il mandatario e che la procura generale "non comporta certo dismissione del potere di amministrare" Atlante (39) non fa

venir meno l'esigenza di una effettiva amministrazione da parte dei due coniugi, a meno che forza maggiore non venga loro a impedirlo.

Sulla seconda motivazione, consistente nella possibilità di applicare le sanzioni previste dall'art. 184 ai casi di violazione da parte del coniuge della regola di congiuntiva amministrazione, deve riconoscersi che effettivamente può trarsi dalla norma i principi inderogabili "del diritto di controllo da parte di ciascun coniuge sugli atti di amministrazione e del divieto di escludere un coniuge dall'amministrazione" (Atlante – 40), ma proprio il potere di conferire una procura illimitata e in qualsiasi caso viene in contrasto con i principi evidenziati dallo stesso Autore.

Più corretta è la critica avanzata da Corsi sull'utilizzo dell'art. 210 comma 3°, a sostegno della tesi sull'inammissibilità di una procura generale a favore del coniuge.

L'Autore effettua una serie di osservazioni: in prima è che la tutela del coniuge economicamente più debole non deve spingersi fino all'eccesso di considerarlo debole di volontà, di intelligenza o di cultura; la seconda è che l'art. 182 "ammette" la possibilità del rilascio di procure.

E queste ultime costituiscono certamente un minus rispetto all'attribuzione in via esclusiva all'altro coniuge del potere di amministrare, al cui divieto evidentemente tende il ricordato art. 210 (Corsi – 41).

Infine, la terza ed ultima osservazione, nota che "l'art. 210 rinvia alla normativa sull'amministrazione e pertanto sembra difficile che possa essere preso a base per l'interpretazione di quest'ultima" (Corsi – 42).

Anche quest'autore non risolve comunque il problema di una adeguata risposta alla prova fornita da Schlesinger con la messa a confronto del 1° e 2° comma dell'art. 182.

Tenendo presente la riconosciuta necessità di una certa tutela del coniuge economicamente più debole, Corsi, pur ammettendo la possibilità di procure generali da un coniuge all'altro, esclude da queste quelle irrevocabili nelle quali si potrebbe ravvisare il tentativo di aggirare il divieto di cui all'art. 210.

Rimangono, nonostante tutto, le osservazioni avanzate precedentemente nei riguardi di Atlante, non essendo sufficiente la limitazione introdotta da Corsi alla categoria delle procure generali.

Supererebbe tutte queste difficoltà l'ammissione di una procura generale limitata ai casi di "lontananza o impedimento", considerando che "non sempre 'infatti' saranno a priori conoscibili gli elementi necessari per il rilascio di procure speciali destinate ad operare durante la lontananza o l'impedimento" (Cian e Villani – 43).

Questo giustificherebbe fra l'altro la particolare forma della procura che prevede l'art. 182, comma 1°, rispetto al diritto comune le cui regole sarebbero applicabili ai normali casi di procura speciale.

Né si possono accettare le osservazioni di Schlesinger al riguardo per il quale il riferimento a questi due casi ha un valore puramente di esempio e, oltretutto, vi sarebbe la difficoltà del loro accertamento, in quanto l'Autore li riferisce esclusivamente alle procure speciali non ammettendo quelle generali.

Lo stesso vale per Corsi che, oltre alla già riferita difficoltà di accertamento, sostiene non avere la norma "per oggetto la disciplina del rilascio di procure tra coniugi, ma piuttosto la disciplina di quelle situazioni in cui uno dei coniugi sia lontano o impedito e manchi una procura da lui rilasciata all'altro" (45), ma sono proprio questi motivi che giustificherebbero il rilascio di una procura generale, con tutte le garanzie indicate dal giudice, in palese eccezione ai principi amministrativi della comunione legale. Anche questa norma, come per il precedente art. 181, condizione per l'autorizzazione giudiziale è la "necessità" dell'atto e non la sua semplice utilità.

La competenza funzionale per l'autorizzazione spetta al Tribunale in Camera di consiglio, e questo non solo per l'art. 182 ma anche per il precedente art. 181 ed il successivo art. 183; mentre per quanto riguarda il territorio i Finocchiaro ritengono applicabile, alle ipotesi di cui agli artt. 181 e 182, l'art. 23 c.p.c., che trova applicazione ogni volta ci si trovi innanzi ad una comunione, diversamente dall'art. 183 in cui la competenza territoriale è del Tribunale del luogo di residenza della famiglia o, se questa manchi, del luogo ove è la residenza dell'altro coniuge (45).

Diversamente Attardi, per cui non dovrebbe esservi alcuna distinzione tra gli artt. 181-182 e l'art. 183, in quanto territorialmente la competenza spetta comunque al Tribunale ove ha luogo la residenza della famiglia (46).

Un'ultima considerazione sulle "cautele" che la norma in questione permette al giudice di stabilire. Quale tipo di cautele possano essere non è ben chiaro, considerando che l'atto viene compiuto in nome della comunione e, perciò, gli eventuali utili o frutti che siano cadranno immediatamente in comunione, ma ad ogni modo Schlesinger ritiene poter essere l'accantonamento di somme di denaro o un vincolo per il loro reimpiego (47).

9. Esclusione dall'amministrazione di uno dei coniugi.

Come enuncia l'intestazione dello stesso art. 183, questi tratta dell'esclusione dall'amministrazione di un coniuge che potrà avvenire per iniziativa giudiziale dell'altro coniuge (comma 1°) oppure di diritto (comma 3°).

L'esclusione giudiziale di uno dei coniugi può essere richiesta dall'altro coniuge per minore età, per impossibilità di amministrare e infine per cattiva amministrazione.

La prima ipotesi fa cenno esclusivamente all'età del coniuge senza prendere in considerazione la disciplina dell'inabilitato, quando il genere il codice applica a questi la stessa disciplina prevista per il minore emancipato, che in questo caso lo sarà di diritto con il matrimonio (art. 424).

Certamente non può confondersi il caso dell'interdetto con l'inabilitato così che non potrà esservi per questi l'esclusione di diritto dalla comunione, essendo il caso dell'interdetto l'unico per cui è previsto dal 3° comma l'esclusione di diritto.

Consegue che l'inabilitato dovrà avere trattamento uguale a quello previsto per il minore emancipato. Nella seconda ipotesi occorre coordinare quanto dispone l'art. 182 con quello contenuto nell'art. 183, l'impedimento contenuto in quest'ultima norma dovrà avere "carattere permanente o comunque di lunga durata" (Schlesinger) (48).

E' da tenersi presente che "la domanda di esclusione non si pone in alternativa con quella di separazione giudiziale dei beni (art. 193)" (Schlesinger – 49).

Ultima ipotesi è la cattiva amministrazione della comunione familiare, bisogna specificare il significato che si intende dare all'espressione cattiva amministrazione.

Una chiara delimitazione è quella che si ottiene dal confronto con le regole del mandato, tesi patrocinata da Busnelli (50).

Secondo l'art. 1710 comma 1°, il mandatario è tenuto ad agire con la diligenza del buon padre di famiglia, diligenza che non è eccessivo richieder anche al coniuge nell'amministrazione della comunione legale. A differenza della precedente ipotesi in questa la domanda di esclusione dall'amministrazione è alternativa alla separazione giudiziale dei beni.

Si pone il problema dell'ampiezza dei poteri dell'unico coniuge amministratore, tenendo presente che il problema riguarda unicamente gli atti di amministrazione straordinaria.

Sebbene alcuni autori, come Fornaro e Plantade (51), abbiano negato tale possibilità, più convincente è la tesi contraria sostenuta da Schlesinger con la constatazione "che l'art. 182 ammette la possibilità di ottenere l'autorizzazione giudiziale solo per gli atti necessari, laddove l'amministrazione di un patrimonio impone che si provveda pure al compimento degli atti semplicemente utili od opportuni" (52).

Il secondo comma dell'art. 183 prevede la cessazione dell'esclusione giudiziale, al venir meno delle cause che le avevano determinate, con un provvedimento di reintegrazione nell'amministrazione su richiesta del singolo coniuge interessato.

Non è tuttavia chiaro se un simile provvedimento sia necessario anche nei confronti di un minore precedentemente escluso, oppure sia sufficiente il semplice raggiungimento della maggiore età.

10. Interdizione.

Si era già accennato al terzo comma, in cui è previsto l'unico caso di esclusione di diritto dall'amministrazione della comunione, ossia l'ipotesi di interdizione. In questo caso la reintegrazione nell'amministrazione avverrà di diritto, senza necessità di alcuna richiesta, al venire meno della causa che ha determinato l'esclusione.

Può accadere che il coniuge escluso o il suo curatore rilevino abusi da parte dell'unico coniuge amministratore, potrà chiedersi in tal caso la separazione giudiziale dei beni ai sensi dell'art. 193.

Infine non è da ignorare l'ipotesi in cui entrambi i coniugi siano interdetti oppure inabilitati. In questo caso propongono Cian e Villani la separazione giudiziale dei beni ai sensi dell'art. 193, in quanto "la ratio in generale della norma in commento è appunto la volontà di escludere la presenza di estranei nell'amministrazione della comunione" (Cian e Villani – 53).

11. Atti compiuti senza il necessario consenso.

Il gruppo delle norme amministrative termina con l'art. 184 che disciplina le conseguenze per gli atti compiuti senza il necessario consenso.

La disposizione non è delle più chiare tanto è vero che ha dato luogo a notevoli controversie interpretative, comunque può grossolanamente distinguersi in due parti, una riguardante i beni immobili o mobili registrati, l'altra i beni mobili non registrati.

Consideriamo i primi due commi, essi recitano l'annullabilità degli atti compiuti da un coniuge senza il consenso dell'altro e da questo non convalidati.

L'azione dovrà essere proposta entro un anno dalla data di trascrizione, oppure dal momento in cui ha avuto conoscenza dell'atto o se non si realizzano i due precedenti casi dal momento dello scioglimento della comunione.

Nel terzo ed ultimo comma si grava il coniuge che ha compiuto l'atto senza il consenso necessario dell'onere di ricostituire la comunione nello stato originario o, se ciò non è possibile, di versare alla comunione l'equivalente del bene mobile distorto dalla stessa.

Schlesinger si è lamentato del carattere estremamente limitato della norma, in quanto rimarrebbero estranee ad essa notevoli ipotesi quali la riscossione di un capitale, la concessione di una dilazione, l'accollo, la remissione di un debito ecc., per non parlare dei casi nei quali "il difetto della partecipazione di un coniuge rende certamente inefficace l'iniziativa di chi ha agito, senza riguardo all'oggetto dell'atto" (Schlesinger – 54), così l'azione giudiziaria, il compromesso, l'accordo di risoluzione consensuale di un contratto stipulato dal coniuge.

In tutti questi casi gli atti saranno per la comunione completamente inefficaci, limitandosi l'applicabilità dell'art. 184 "solamente agli atti dispositivi di cose della comunione (immobili o mobili)" (Schlesinger 55).

Concordi con Schlesinger sulla esclusione dalla previsione della norma degli atti che non determinano una disposizione di beni comuni sono i Finocchiaro (56), i quali tuttavia non concordano sull'inefficacia per la comunione di tutti quegli atti eccedenti la norma per cui non vi sia stato il consenso del coniuge.

Non possono ritenersi inefficaci nei confronti della comunione atti quali transazioni per il risarcimento di danni conseguenti alla perdita di capacità lavorativa, oppure contratti di mutuo o addirittura atti dispositivi di "crediti comuni". In tutti questi casi si applicherà non già l'articolo in esame ma "le regole generali in tema di obbligazioni con una pluralità di creditori" (Finocchiaro – 57).

12. Per una sistemazione globale della materia.

Una sistemazione globale della materia attraverso una visione d'insieme ha tentato Corsi. I risultati sono interessanti per la chiara distinzione che viene a realizzarsi, tale da coprire qualsiasi atto che incida sulla comunione.

L'autore parte dalla semplice osservazione che i primi due commi disciplinano gli atti sotto il profilo del rapporto con i terzi, mentre l'ultimo comma disciplina unicamente con riguardo al rapporto interno, per giungere alla conclusione che "il legislatore non ha voluto sovrapporre ad una disciplina già esistente una nuova e diversa regolamentazione, che la soppiantasse. Esso ha voluto amalgamare il tutto" (Corsi – 58), questo anche nel silenzio di una qualsiasi indicazione nei lavori parlamentari circa le ragioni per le quali è stata accolta l'attuale formulazione.

Ne deriva che l'art. 184 non è più la norma fondamentale della disciplina, ma una norma particolare che disciplina problemi particolari.

Regola fondamentale è l'inefficacia nei confronti della comunione e dell'altro coniuge degli atti di amministrazione straordinaria compiuti unilateralmente da uno dei coniugi, questo non vuol dire che la comunione non sia coinvolta neppure indirettamente, perché in realtà i beni comuni, nei limiti del "valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato", sono pur sempre coinvolti ai sensi dell'art. 189, comma 1°.

Unica eccezione a questa regola è individuata dall'Autore nelle obbligazioni assunte "nello interesse della famiglia", infatti queste gravano sui beni comuni anche quando siano state contratte dai coniugi separatamente secondo quanto si desume dall'art. 186, lett. c).

Totalmente diversa è la situazione nel caso in cui vi siano degli atti diretti a produrre effetti di carattere reale e non puramente obbligatori come nell'ipotesi precedente.

Qui interviene l'art. 184 non potendo avere la regola dell'inefficacia, innanzi prevista, quella relatività di applicazione consentita nei rapporti obbligatori e che ha permesso la stesura dell'art. 189, comma 1°, senza considerare i contrasti a cui va incontro con una serie di norme inderogabili disciplinanti gli effetti del possesso (artt. 1153 ss.), della trascrizione (artt. 2643 ss.) e della vendita di beni altrui (artt. 1478 ss.).

In tal modo vengono a superarsi molte difficoltà a partire da quelle dovute all'applicazione delle regole obbligazionarie ai crediti comuni senza tuttavia provvedere a limitare l'applicazione dell'art. 184 agli atti aventi effetti reali, ma considerandolo applicabile in generale a tutti gli atti di disposizione.

Anche le lamentele di Schlesinger non hanno più ragione di essere, per non parlare, poi, della coordinazione dell'art. 184 con gli artt. 186 e 190 che può finalmente avere una sistemazione logica senza eccessivi contorsionismi, infatti non potranno esservi, in mancanza del consenso di entrambi i coniugi, obbligazioni gravanti direttamente sui beni della comunione o sui beni personali dell'altro coniuge.

La tesi di Corsi non sembra del resto isolata, se si può intendere in questi termini l'affermazione di Oppo secondo cui sono soggetti all'art. 184 gli atti "traslativi o costitutivi di diritti sui beni comuni" (Oppo – 59).

La ratio della norma non sembra potersi esaurire nella difesa della posizione dei terzi, intendendo in realtà contemperare la necessaria tutela dei terzi che vengono in contatto con la comunione, con la difesa dell'unità e della corretta amministrazione della comunione stessa, insita in particolare modo nel terzo comma.

13. Azioni di annullamento.

Viene così a chiarirsi la possibilità concessa al coniuge nel 1° comma di una azione di annullamento indipendente dalla buona o mala fede del terzo acquirente, anche se questi si è fidato di documenti ineccepibili eventualmente avallati da un notaio.

Per evitare spiacevoli sorprese sono state proposte vari vie a cui il terzo dovrebbe affidarsi, la prima, proposta da Schlesinger (60), consiste nel vincolare la controprestazione a favore della comunione, sottraendola quindi alla disponibilità del singolo coniuge intervenuto all'atto, per tutto il periodo del termine concesso per fare valere l'annullabilità, la seconda o meglio le altre due sono proposte dai Finocchiaro.

Gli autori, dopo aver ricordato che il consenso mancante deve essere dato per iscritto, come del resto è riconosciuto dallo stesso Schlesinger, ritengono più opportuno, al fine di evitare problemi che sorgerebbero, come nel caso di controprestazioni costituite da assegni, che il terzo, in caso di azione di annullamento, si renda inadempiente o invochi un inadempimento della propria controparte, oltre una eventuale azione di danni nei confronti del coniuge agente (61).

Un particolare problema che la tesi di Corsi supera agevolmente è dato dai diritti personali di godimento, sui quali verrebbero applicati i principi obbligatori anziché l'art. 184, da cui ne consegue l'inefficacia dell'atto posto in essere senza il consenso di uno dei coniugi.

Cade in contraddizione Schlesinger quando, dopo avere escluso dall'applicabilità dell'art. 184 tutti gli atti che non siano atti di disposizione, ammette quale eccezione i contratti di locazione infranovennali di beni immobili che, rientrando pienamente tra i diritti personali di godimento.

Del resto è lo stesso autore che si rende conto della propria posizione quando riconosce di avere alterato i principi da lui precedentemente sostenuti e conclude che più “di annullamento si tratterà di un'azione di risoluzione” (Schlesinger – 62).

Del tutto opposta è la posizione dei Finocchiaro che sostengono la piena validità del contratto infranovennale e l'impossibilità di qualsiasi azione di annullamento da parte dell'altro coniuge, sua unica possibilità è un'azione di risarcimento nei confronti del partner se il contratto si rilevi pregiudizievole per la comunione.

Le argomentazioni a favore non reggono a partire dalla mancanza della data di trascrizione. La sua mancanza, se esclude l'applicabilità dell'art. 184 al caso presente, non giustifica per questo la validità dell'atto (63).

Il 1° comma ammette la possibilità della successiva convalida dell'atto da parte dell'altro coniuge, ma questa convalida dovrà avvenire per atto scritto, essendo inammissibile un semplice comportamento concludente.

Schlesinger (64) sostiene l'estensione del 3° comma alle ipotesi previste nel 1° comma. Il coniuge che ha compiuto l'atto senza il consenso dell'altro coniuge dovrà ricostituire il patrimonio allo stato originario e, se questo risulta possibile, pagare l'equivalente secondo i valori correnti all'epoca della ricostituzione della comunione.

Anche il terzo che senza sua colpa ha confidato sulla validità dell'atto potrà chiedere al coniuge stipulante il risarcimento del danno, in analogia con quanto detto nell'art. 1398, logicamente quanto detto non varrà se il terzo era in mala fede, perché consapevole del difetto del consenso mancante.

14. Interpretazioni dell'art. 184, 3° comma.

Nonostante il non equivoco disposto dal 3° comma dell'art. 184 di questo sono state date diverse interpretazioni che possono riassumersi in tre tipi.

La prima è quella fornita da Schlesinger per il quale gli atti di disposizione su beni comuni compiuti da un solo coniuge sono sempre invalidi. Infatti secondo l'autore il legislatore ha voluto evitare ogni indagine circa la buona o la mala fede del terzo che risulterebbe, del resto, molto complessa. Tuttavia l'invalidità “non è [...] opponibile al terzo acquirente, anche se di mala fede, dopo che il bene gli sia stato consegnato” (Schlesinger – 65).

Obiettano i Finocchiaro (66) che dalla lettera della legge non vi evince l'invalidità di tali atti, anzi, al contrario, la loro piena validità, inoltre non è da sottovalutare che mentre contro gli atti relativi a beni immobili è concesso al coniuge estromesso un arco di tempo per decidere sull'eventuale azione di annullabilità, nei riguardi degli atti relativi a beni mobili egli può agire in qualsiasi momento.

Ne consegue che l'atto sarà pienamente valido e quindi il terzo potrà agire contro entrambi i coniugi per l'esecuzione dello stesso.

Sullo stesso piano si pone Oppo per il quale l'atto di disposizione unilaterale è “valido ed efficace senza neanche riguardo alla buona o mala fede del terzo” (Oppo – 67).

Ma una categoricità del genere è eccessiva puntando tutto sulla difesa del terzo e limitandosi per la comunione ad un obbligo di ricostituzione o risarcimento della stessa. D'altronde arrivare ad ignorare

persino la colpa grave sembra davvero eccessivo, se si tiene conto del valore che possono avere determinati beni mobili.

Al contrario, partendo dal principio che il legislatore non ha voluto sostituire integralmente la materia, ma ha più semplicemente inteso completarla e correggerla rispetto al particolare istituto del regime patrimoniale familiare, si intuisce meglio perché nel 3° comma della norma in esame il legislatore si è limitato ad una disciplina interna tra i coniugi, ignorando completamente il rapporto della comunione con i terzi.

Si può concludere che l'art. 184, comma 3°, si collega naturalmente all'art. 1153, ossia alle normali regole relative all'acquisto della proprietà dei beni mobili in forza del possesso di buona fede. Non si venga a dire che l'art. 184, ultimo comma, non prevede la distinzione tra buona e mala fede, in quanto ai sensi dell'art. 1147 la buona fede è sempre presunta e può essere esclusa solo se l'ignoranza dipende da colpa grave.

“Il che induce evidentemente ad escludere che il terzo, il quale intenda acquistare un bene mobile, possa sentirsi, di regola, tenuto a controllare sui registri dello stato civile lo stato matrimoniale del venditore ed il relativo regime patrimoniale (oltretutto, il disporre di beni mobili può spesso rientrare nell'ambito dell'ordinaria amministrazione)” (Corsi – 68).

Hanno obiettato i Finocchiaro (69) che l'art. 1153 si riferisce all'acquisto di proprietà “a non domino” e non al problema, sostanzialmente diverso, della validità di un atto di disposizione compiuto da un condomino contro la volontà degli altri condomini.

Anche in questo caso può replicarsi agevolmente con la semplice osservazione che la legge di riforma del diritto di famiglia, n. 151/75, ha disciplinato in forma innovativa il regime patrimoniale della comunione legale, rendendolo completamente autonomo dalla generica comunione disciplinata dal codice civile.

Un'ultima osservazione, quasi un codicillo, è per i titoli di credito nominativi, essi e la dottrina è concorde, rientrano nella categoria dei beni mobili. Se poi sono intestati alla comunione sarà sufficiente la firma di uno solo dei coniugi per la girata, stante l'art. 184, comma 3°, ma essendo necessaria l'autentica della firma sarà difficile che il notaio o l'agente di cambio si prestino tanto facilmente, in quanto si tratta pur sempre di violare una norma anche se imperfetta.

15. Amministrazione dei beni personali del coniuge.

Esaurita l'analisi della disciplina amministrativa della comunione un'ultima norma, l'art. 185, prende in considerazione l'amministrazione dei beni personali del coniuge.

L'utilità di una tale norma era già stata contestata nella discussione alla Camera dove si era prospettata l'opportunità di una totale soppressione dell'articolo in questione, dato che questi si limita a ripetere quanto contenuto nell'art. 217, tuttavia la norma è rimasta.

I commi richiamati sono il secondo, il terzo e il quarto ma è quest'ultimo che ha fatto sorgere maggiori problemi per una sua trasposizione.

La sua genericità nel considerare responsabile dei danni e della mancata percezione dei frutti il coniuge che, nonostante l'opposizione dell'altro, amministra o compie atti relativi a detti beni, ha creato un primo problema con riferimento alla categoria dei beni a cui intende riferirsi.

Certamente una sua estensione indiscriminata a tutti i beni immobili e mobili registrati è eccessiva ed inutile, in quanto la disciplina prevista dai commi 1° e 2° dell'art. 184 non può senz'altro estendersi ai beni personali immobili o mobili registrati per conseguenza logica, qualunque posizione si voglia assumere nei confronti dell'art. 184.

Non resta che applicare la norma in questione ai beni mobili, senza timor di logica più soggetti a possibili danni da parte dell'altro coniuge.

Altro problema è il possibile diritto d'uso dei beni personali del coniuge da parte degli altri familiari. Per alcuni beni “che sono personali proprio in funzione di una particolare destinazione (art. 179, lett. c, d ed e)” (Schlesinger 72) il problema non si pone neppure, mentre per gli altri Schlesinger mostra una certa perplessità che non dovrebbe sussistere, considerando nel giusto modo il problema.

Infatti i beni personali sono posti a disposizione completa del coniuge titolare con l'unico limite dell'obbligo di contribuire, ai sensi dell'art. 184, comma 3°, ai bisogni della famiglia, ma una volta soddisfatto un tale dovere, e si presume che non tutti i beni del singolo coniuge siano risucchiati in un tale obbligo, è la stessa qualità dei beni personali a far sì che spetti al coniuge decidere se metterli a disposizione e quindi ad uso della famiglia oppure no.

Un ultimo problema è quello nascente dall'inciso "nonostante l'opposizione dell'altro" che presume una esplicita opposizione del coniuge, al limite anche deducibile dal comportamento, ma si verrebbe a creare un vuoto tra la procura e l'opposizione che dovrebbe essere assimilato ora all'una, ora all'altra, più semplice dare all'art. 185 l'interpretazione da noi considerata che appianerebbe qualsiasi problema riferendo la norma ai beni mobili non registrati, più soggetti all'eventuale uso dei familiari fatto che dovrebbe essere la regola in regime di comunione legale.

Note:

- Schlesinger, Commentari alla riforma del diritto di famiglia, Padova, pag. 413 vol. I;
- Comporti, Gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale (Riv. Del Not., 1979), pag. 46 nota 16;
- Navarra, L'intervento dell'altro coniuge negli acquisti di beni personali immobili e mobili registrati (Riv. Del Not. 1977), pag. 1061 e segg.;
- Cian e Villani, Comunione dei beni tra coniugi (Nuova Dig.) pag. 166-167;
- Finocchiaro – M. Finocchiaro, Riforma del diritto di famiglia, Milano pag. 171 vol. III;
- Schlesinger, cit. pag. 430, vol. I;
- Cian e Villani, cit., pag. 167;
- Finocchiaro – M. Finocchiaro, cit., pag. 529 e segg. Vol. III;
- Atlante, Il nuovo regime patrimoniale della famiglia alla luce della prima esperienza professionale notarile, Riv. del Not. 1976, pag. 9;
- De Paola e Macrì, Il nuovo regime patrimoniale della famiglia, Milano, pag. 163;
- Corsi, Il regime patrimoniale della famiglia, (Tratt. Di Dir. Civ. e Comm.), pag. 125;
- Corsi, cit., pag. 125;
- AA.VV., L'applicazione pratica delle nuove norme sul diritto di famiglia da parte dei notai (Il Nuovo Diritto di Fam., 1975), pag. 194;
- Falzea, Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia (Riv. di Dir. Civ., 1977), pag. 630;
- Schlesinger, citato, pag. 410 Vol.I;
- Busnelli, La comunione legale nel diritto di famiglia riformato (Riv. del Not. 1976), pag. 44;
- Schlesinger, cit., pag. 410 Vol. I;
- Busnelli, cit., pag. 42;
- Busnelli, cit., pag. 49.
- 20) Schlesinger, citato, pag. 411, Vol. I
- 21) A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, citato, pag. 527, Vol. III
- 22) Schlesinger, citato, pag. 412, Vol. I
- 23) Busnelli, citato, pag. 48
- 24) Busnelli, citato, pag. 48
- 25) Corsi, citato, pag. 124
- 26) Schlesinger, citato, pag. 414, Vol. I
- 27) Schlesinger, citato, pag. 415, Vol. I
- 28) Bessone – Alpa – D'Angeli – Ferrando, citato, pag. 100
- 29) Schlesinger, citato, pag. 417, Vol. I
- 30) Schlesinger, citato, pag. 416, Vol. I
- 31) Schlesinger, citato, pag. 418, Vol. I
- 32) Busnelli, citato, pag. 51; De Paola e Macrì, citato, pag. 182
- 33) Marsani, Il mandato nel regime patrimoniale della famiglia (Il nuovo Dir. di Fam. Milano 1975), pag. 183-184; Corsi, citato, pag. 128
- 34) Schlesinger, citato, pag. 418, Vol.I
- 35) Schlesinger, citato, pag. 418, Vol. I
- 36) Busnelli, citato, pag. 50- 51
- 37) Schlesinger, citato, pag. 418 – 419, Vol. I
- 38) – 39) Atlante, citato, pag. 11-13
- 40) Atlante, citato, pag. 13
- 41) Corsi, citato, pag. 127
- 42) Corsi, citato, pag. 127, nota 26

- 43) Cian e Villani, citato, pag. 170
- 44) Corsi, citato, pag. 127
- 45) A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, citato, pag. 546, Vol. III
- 46) Attardi, Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia, (Com. alla Rif. Del Nuovo Dir. di Fam. 1977) , pag. 948
- 47) Schlesinger, citato, pag. 420, Vol. I
- 48) – Schlesinger, citato, pag. 421 Vol. I
- 49) – Schlesinger, citato, pag. 421 Vol I
- 50) – Busnelli, citato, pag. 49
- 51) – Fornaro e Plantade, Guida al nuovo diritto di famiglia, Roma Pag. 65
- 52) – Schlesinger, citato, pag. 421 Vol. I
- 53) – Cian e Villani, citato pag. 170
- 54) , 55) – Schlesinger. Citato, pag. 423 Vol I
- 56) , 57) – A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, citato pag. 559, 560 Vol III
- 58) – Corsi , citato, pag. 141 e seg.
- 59) – Oppo, Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia, riv. dir. civ. 1976, pag. 116
- 60) – Schlesinger , citato , pag. 424 Vol. I
- 61) – A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, citato, pag. 565 Vol III
- 62) – Schlesinger , citato, pag. 424,425 Vol. I
- 63) – A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, citato, pag. 561 Vol. III
- 64), 65) – Schlesinger, citato, pag. 426, 427 Vol. I
- 66) – A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, citato pag. 566, 567 Vol. III
- 67) – Oppo, citato, pag. 109
- 68) – Corsi, citato, pag. 145 nota 115

- 69) – A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, citato pag. 566 Vol. III

- 70), 71) – Cian e Villano, citato, pag. 169

- 72) – Schlesinger, citato, pag. 428 Vol. I

DISVELAMENTI PANDEMICI

Sergio Benedetto Sabetta

“Nelle guerre di logoramento nessuna singola battaglia è decisiva; ciò che conta è l’eliminazione di qualcuno dei vantaggi del nemico e l’indebolimento della sua capacità di combattere” (J.J. Sheehan, *L’età post-eroica, Guerra e pace nell’Europa contemporanea*, 144, Laterza Ed., 2009)

Come in tutti i momenti di crisi anche nell’attuale pandemia si manifestano la forza e le debolezze di sistema, ma anche gli aspetti culturali dei singoli attori e degli spettatori.

Si è già più volte sostenuto che la pandemia è l’occasione per una ridefinizione degli equilibri geostrategici locali e mondiali, ancor più in teatri delicati quali il Mediterraneo, area di congiunzione delle spinte di tre continenti e ventre d’Europa.

Emerge sempre più chiaramente dal succedersi degli avvenimenti un aspetto etico, che qualsiasi crisi porta con sé, infatti a fronte di coloro che si battono vi sono coloro che ne vedono i risvolti economici di un profitto più o meno lecito e coloro che subiscono passivamente gli eventi.

In questo scontro e confronto una figura particolare è ricoperta dall’U.E., la quale nel momento decisivo ha manifestato una notevole fragilità e si è ridotta al puro seppure forte ruolo di finanziatrice, senza peraltro essere in grado di assumere il ruolo politico di coordinamento degli sforzi comuni, imponendo la propria personalità in ambito internazionale nei confronti sia degli attori pubblici che privati, circostanza che ha avuto riflessi pesanti all’interno della stessa U.E., basti pensare all’affare dei vaccini.

Non si tratta di una questione normativa, questa anzi è molte volte inflattiva e non adatta a fornire una struttura coesa, ma piuttosto manifestazione del prevalere di interessi di aree geografiche forti interne all’Unione, si tratta al contrario di un aspetto etico su cui poggiare l’azione, di un sentire comune che rendono vitali i principi contenuti nella Carta costitutiva e nei Trattati.

Come afferma Sheehan “la cittadinanza europea è una questione di diritti e privilegi, non di obblighi e impegni” (245, Cap. IX – Perché l’Europa non diventerà una superpotenza, cit.), purtroppo è in un contesto internazionale di conflitti permanenti.

Questo vagare ognuno per proprio conto, non è che il riflesso di uno sbandamento globale di una leadership mondiale ripiegata su se stessa, priva di progetti sul futuro se non puramente ripetitivi.

La stessa complessità del sistema globale ne rende difficile la gestione con l’abbandono al fluire dell’iniziativa privata, infatti è stato giustamente osservato che a fronte di una compressione delle libertà private, da regime di guerra, è mancata la capacità di gestire i rapporti con i potentati privati e le nuove potenze politiche emergenti globali.

La debolezza di una struttura frammentata che, come nell’Alto Medio Evo, può assorbire ma non reagire alle crisi indotte dall’esterno, si è evidenziata anche all’interno della Nazione.

Strutture apparentemente forti hanno manifestato debolezze nei momenti di crisi generalizzata, mentre è cresciuta una conflittualità istituzionale, manifestazione di una debolezza di sistema, in cui interessi individuali hanno trovato e curato i loro spazi particolari.

Sostanzialmente un vuoto etico della classe politica, specchio della Nazione, causa di una debacle economica e sociale, a cui si è reagito con un sostanziale “senato consulto ultimo”.

Dobbiamo considerare che la flessibilità può facilmente scivolare nella caoticità, nella perdita della capacità di una reazione coesa, propria di una liquidità estrema.

Si sente infatti nei comportamenti una incapacità di autodisciplina molto diffusa, conseguenza ultima dell’incapacità di realizzare un serio rapporto bilanciato tra diritti e doveri, che a cascata passa e si aggrava tra il succedersi delle generazioni.

La classe politica non fa quindi che riflettere lo stato attuale della popolazione e delle possibili manipolazioni informative che gli attuali mezzi tecnici possiedono, d'altronde l'informazione è già di per sé un elemento essenziale di qualsiasi guerra, se non guerra essa stessa.

Dalla fine della Seconda Guerra mondiale e ancor più dalla successiva fine della Guerra fredda vi è stata in Europa quella che Ole Waever ha chiamato la “desecuritization”, ovvero la perdita della centralità nella vita delle Nazioni europee circa il problema della sicurezza, nell'illusione che il modello di una pacifica convivenza, favorito ed esaltato dallo sviluppo del commercio internazionale, si diffondesse in tutto il mondo. Lasciando agli USA il compito di una sorte di polizia internazionale, in questo facilitati dal superiore potenziale tecnologico, con tutti i rischi di errori che la mancanza dell'alterità e del confronto comporta.

La pandemia non ha fatto che infrangere questa illusione di un superamento epocale della centralità della sicurezza, ponendo il sorgere di nuovi pericoli con cui raffrontarsi e la necessità di una riorganizzazione del modello nazione, non essendo delegabile la sicurezza, che da strettamente militare viene a comprendere altri aspetti, con gli inevitabili costi sia materiali che psicologici.

“Ogni Stato moderno costituisce una comunità immaginata, in quanto uno Stato è un'entità troppo vasta e complessa per poterne avere esperienza diretta”. (J.J.Sheehan, 8 cap. 1- Vivere in pace preparando la guerra, cit.).

LA MODELLIZZAZIONE DEI FENOMENI.

Sergio Benedetto Sabetta

Qualsiasi fenomeno naturale può essere tradotto in un modello che ne permette l'analisi interpretativa. Nella costruzione del modello ci si concentra solo su alcuni aspetti eliminando tutto quello che si ritiene ridondante, ossia non essenziale al suo funzionamento.

Un modello non è altro che la messa in relazione di elementi di un sistema tradotto in grandezze, solo successivamente attraverso l'osservazione e il calcolo si cercherà di trarre le leggi fondamentali da cui formulare una teoria generale.

Vi sono varie tipologie di modelli quali l'analogico, dove si prende a paragone un modello già conosciuto nel suo funzionamento e si cerca di capire le somiglianze con il modello oggetto di studio. Altro modello è l'idealizzato in cui si semplifica il fenomeno al fine di renderlo più facilmente analizzabile, questo può avvenire o togliendo tutte le proprietà ritenute non di rilievo (aristotelico), oppure modificando il sistema con un modello semplificato, ossia non semplicemente sottraendo (galileiano).

Nei modelli meccanicistici si cerca di capire i meccanismi alla base dei modelli stessi, entrando nel loro funzionamento, a differenza dei modelli fenomenologici fondati sulla pura descrizione degli stessi e delle proprietà osservabili dall'esterno.

La numerazione degli elementi costituenti il modello ne determina la computabilità, ossia la calcolabilità, questo tuttavia pone un problema sull'affidabilità nella esatta individuazione degli elementi iniziali.

Un minimo errore può causare disastri nella formulazione della teoria e nella sua esatta prevedibilità, secondo la nota "teoria dell'effetto farfalla" per cui un battito d'ali iniziale in Brasile può creare un tornado finale in Texas.

Ora nell'attuale pandemia la formulazione dei modelli possono essere stati in molti casi alterati da errori iniziali, se casuali o volontari è da discuterne.

Alcuni dati sono stati volutamente non trasmessi o alterati, altri superficialmente non considerati, magari in funzione di specifici interessi di cui è difficile la individuazione e dimostrazione.

L'uso dei modelli può fornire risposte non desiderate come, se alterati, di sviare dalle giuste valutazioni.

Vi è quindi una responsabilità che superando l'aspetto puramente giuridico diventa politico e questo si sovrappone tra il livello nazionale e il livello internazionale o geopolitico, una nuova forma di Norimberga.

L'uso dei modelli può avere impatto anche nella valutazione economica e sociale degli effetti legislativi durante l'elaborazione delle normative, circostanza che crea tuttavia difficoltà nella manipolazione.

Esempio di modello non correttamente impostato è quello che avvenne per la crisi finanziaria del 2007-2008 negli USA con i subprime e la cartolarizzazione, quando l'errore nella valutazione dei rapporti tra le variabili del rischio nei finanziamenti portò ad una sottostima del rischio da parte delle agenzie di rating con conseguenze che si proiettarono nel decennio successivo e persistono tutt'ora.

LA SCUOLA TRA DIDATTICA A DISTANZA E TUTELA DELLA PRIVACY. CONFLITTI E BILANCIAMENTI, NECESSITÀ E OPPORTUNITÀ: RAPPORTI CRITICI MA CONTEMPERABILI.

Silvio Quinzone Garofalo

Abstract [It]: l'Italia, ancor prima degli altri Paesi a livello mondiale, ha dovuto affrontare l'improvvisa epidemia da Covid-19. Tra gli altri settori sociali, pertanto, anche il sistema scolastico nazionale, come tutti gli altri settori, è stato oggetto di misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza al fine di provvedere al proseguimento del percorso di apprendimento degli studenti oltre che di una serie di altre attività non più esercitabili in presenza, per il sopraggiungere della sospensione delle attività didattiche, con l'attivazione della modalità di didattica a distanza (DPCM 8 marzo 2020). In tale contesto del tutto nuovo ed inedito, in molti si sono premurati di prestare particolare attenzione, tra l'altro, alla sicurezza e alla protezione dei dati personali ed alla tutela della privacy di tutti gli attori coinvolti nelle predette attività online. A tal riguardo, nel presente lavoro, si approfondisce il rapporto tra didattica a distanza (Dad) e privacy nell'ottica di un possibile e costruttivo temperamento (anche in rapporto all'attuale trend dei big data), ma si evidenzia anche l'azione di supporto alle istituzioni scolastiche che hanno avuto il Ministero dell'Istruzione e il Garante per la protezione dei dati personali con l'adozione di congiunte, ovvero separate, indicazioni e linee guida sulla didattica digitale integrata. Ciò proprio al fine di fornire linee di indirizzo comuni e principi generali per l'implementazione della didattica digitale integrata, individuando i profili di responsabilità di particolari attori e le misure organizzative da adottare, con particolare riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità e proprio ai profili di sicurezza e protezione dei dati personali, sulla base di quanto previsto dal Regolamento (UE) 2016/679.

Abstract [Eng]: Italy, even before other countries worldwide, had to face the sudden epidemic of Covid-19. Among the other social sectors, therefore, also the national school system, like all other sectors, has been the subject of urgent measures regarding the containment and management of the emergency in order to provide for the continuation of the students' learning path as well as a series of other activities that can no longer be exercised in person, due to the suspension of teaching activities, with the activation of the distance teaching method (DPCM 8 March 2020). In this completely new and unprecedented context, many have taken care to pay particular attention, among other things, to the security and protection of personal data and the protection of the privacy of all the actors involved in the aforementioned online activities. In this regard, in this work, he deepens the relationship between distance learning (Dad) and privacy with a view to a possible and constructive reconciliation (also in relation to the current trend of big data), but also the action of support to educational institutions that have had the Ministry of Education and the Guarantor for the protection of personal data with the adoption of joint, or separate, indications and guidelines on integrated digital teaching. This is precisely in order to provide common guidelines and general principles for the implementation of integrated digital teaching, identifying the profiles of responsibility of particular actors and the organizational measures to be adopted, with particular regard to the specific needs of students with disabilities and precisely to security profiles and protection of personal data, based on the provisions of Regulation (EU) 2016/679.

SOMMARIO: 1. La didattica a distanza: l'inaspettato e necessario potenziamento di tale strumento organizzativo-metodologico. – 2. Istituzioni scolastiche alle prese con la Dad e la nuova modalità di gestione dei dati personali: le iniziative di supporto del Ministero dell'Istruzione. – 3. La protezione dei dati nella didattica a distanza secondo il Garante della privacy: profili critici e prime indicazioni. – 4. La didattica a distanza nell'era dei big data: i rischi e le adeguate misure tecniche ed organizzative di sicurezza e controllo. – 5. Considerazioni conclusive: un temperamento possibile.

1. La didattica a distanza: l'inaspettato e necessario potenziamento di tale strumento organizzativo-metodologico.

La rivoluzione innovativo-digitale che ha improvvisamente e forzatamente investito il mondo scolastico, a causa dell'emergenza sanitaria determinata dal sorgere e permanere della pandemia da COVID-19, ha trasformato l'approccio alle metodologie didattiche e all'interazione fra insegnamento ed apprendimento, coinvolgendo non solo i protagonisti diretti e principali, discenti¹ e docenti, ma anche le famiglie degli studenti, le istituzioni centrali e locali e i dirigenti scolastici. Quest'ultimi, in particolare, sono stati sollecitati sotto l'aspetto della necessità di dover approntare una nuova gestione organizzativa delle risorse umane, finanziarie e strumentali², con tutti i rischi e gli aspetti critici di un repentino cambiamento, in uno scenario completamente nuovo.

Uno degli aspetti sensibili che è emerso nel contesto della didattica a distanza è certamente la grande attenzione alla gestione, sicurezza e protezione dei dati personali ed alla tutela della privacy di tutti gli attori coinvolti nelle predette nuove modalità di svolgimento delle attività didattiche, attraverso l'utilizzo di tecnologie informatiche e piattaforme di e-learning di condivisione sul web, tra l'altro, sempre più diffuse e performanti, maggiormente in uso in ambienti/settori della formazione a distanza di livello professionale o accademico ovvero legate a social network.

La modalità delle lezioni online, che per la stragrande maggioranza delle scuole è stato un impegno straordinario e in consueto ma fronteggiato in tempi record, è stata una scelta inevitabile su tutto il territorio nazionale nell'insorgere dell'emergenza sanitaria ed indubbiamente ha permesso (e permette) di garantire almeno una certa continuità nelle attività didattiche, consentendo di raggiungere nelle proprie case gli alunni sin dal primo periodo in cui è stata sospesa la tradizionale attività didattica in presenza, progettuale, che prevede la partecipazione di tutti gli allievi e degli insegnanti in una classe fisica (in particolare, a decorrere dal 5 marzo 2020 come previsto dal D.P.C.M. 4 marzo 2020)³, ma allo stesso tempo è stata causa di difficoltà e disagi, non solo tecnico-pratici

¹ Gli alunni interessati sono più di 6,7 milioni, circa l'80% del totale di 8,3 milioni di studenti. Dati ricavati dal monitoraggio condotto dal Ministero dell'Istruzione ed illustrati dalla Ministra, On.le Lucia Azzolina in Senato: "l'89% delle scuole ha predisposto attività e materiali specifici per gli alunni con disabilità; l'84% delle scuole ha predisposto attività e materiali specifici per gli alunni con Dsa; il 68% delle scuole ha predisposto attività e materiali specifici per gli alunni con BES non certificati; il 48% delle scuole ha svolto riunioni degli organi collegiali a distanza". Per approfondimenti: <https://www.miur.gov.it/web/guest/-/coronavirus-informativa-della-ministra-azzolina-al-senato>.

² Nel "Decreto Ristori" (decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, recante "Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19", convertito, con modificazioni, dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176) sono stati stanziati ulteriori 85 milioni di euro per la didattica digitale integrata, per l'acquisto di dispositivi portatili e strumenti per le connessioni. Questi fondi sono stati messi rapidamente a disposizione nelle casse delle scuole e dedicati alle studentesse e agli studenti meno abbienti. Questo stanziamento, che segue ad altri, secondo le verifiche effettuate dal Ministero dell'Istruzione anche sulla base degli esiti dei precedenti finanziamenti, ha consentito di acquistare, a stretto giro, oltre 200.000 nuovi dispositivi informatici ed oltre 100.000 connessioni. Inoltre, grazie alle predette risorse, la Ministra dell'istruzione ha rilevato che è stato possibile concedere alle scuole secondarie di secondo grado ulteriori risorse specifiche, pari a oltre 3,6 milioni di euro, per garantire la connessione e, quindi, la didattica digitale integrata, a studentesse e studenti che ne fossero ancora privi. Fonte: Home > Stampa e Comunicazione > Comunicati > Martedì, 27 ottobre 2020, del Ministero dell'istruzione. Per ogni approfondimento: <https://www.miur.gov.it/web/guest/-/didattica-digitale-distribuiti-gli-85-milioni-del-decreto-ristori-firmato-il-decreto-con-il-riparto-per-singola-scuola>.

³ Le prime misure attuate a seguito dell'emergenza sanitaria da COVID-19 erano recate dal D.L. n. 6/2020 convertito dalla L. 13/2020 che aveva previsto la possibilità di sospensione, con DPCM, del funzionamento dei servizi educativi dell'infanzia, delle istituzioni scolastiche del sistema nazionale di istruzione e degli istituti di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza; sospese anche i viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero (art. 1, co. 2, lett. f). Sospesi, a seguire, sono intervenuti vari DPCM che hanno progressivamente dettagliato ed esteso, in termini temporali e territoriali, tali previsioni. In particolare, con il DPCM 4 marzo 2020 sull'intero territorio nazionale, a decorrere dal 5 marzo 2020 (e fino al 15 marzo 2020) sono stati sospesi, fra l'altro, i servizi educativi per l'infanzia e le attività didattiche in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché la frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, comprese le università e le Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica (AFAM), di corsi professionali, master e università per anziani, ferma in ogni caso la possibilità di svolgimento di attività formative a distanza. Esclusi dalla sospensione i corsi post universitari connessi con l'esercizio di professioni sanitarie, inclusi quelli per i medici in formazione specialistica, i corsi di formazione specifica in medicina generale, le attività dei tirocinanti delle professioni sanitarie. Lo stesso DPCM ha, inoltre, previsto – con disposizioni poi presenti, con minime variazioni, in tutti i successivi

dovuti a strumentazione inadatta, per molti studenti e docenti sia perché non avvezzi all'uso della nuova strumentazione sia perché – nella stragrande maggioranza dei soggetti coinvolti – è mancata una adeguata e necessaria preparazione, così da dover porre al centro del dibattito scientifico, pedagogico e metodologico alcuni aspetti critici connessi all'uso della didattica a distanza/integrata. Tra questi ultimi, vi è il delicato rapporto tra questa metodologia didattica e il trattamento dei dati personali⁴, la normativa in materia di privacy, la gestione di categorie particolari di dati, inerenti una moltitudine di minori, e soggetti ad un'aumentata esposizione e potenziali possibili abusi. Infatti, se già prima della pandemia da Covid-19 molti passavano tante ore della giornata “sui social” quasi come se fosse la modalità ordinaria di rapportarsi ai coetanei ovvero socializzare con il mondo circostante, questa situazione si è amplificata, tra l'altro, proprio con la chiusura delle scuole e la conseguente maggiore permanenza a casa dei ragazzi e tempo a disposizione. Ma il principale viatico del rapporto tra minori e *social network* è l'odierna semplicità ed immediatezza di raggiungibilità dei secondi da parte dei primi, attraverso dispositivi informatici – fissi e mobili – che sono nella loro disponibilità sin dall'adolescenza (Computer, notebook, smartphone, palmari, tablet).

Pur volendo tralasciare, per economia del lavoro, le varie definizioni e terminologie legate al trattamento dei dati personali e la tutela della privacy – per le quali si rimanda alla normativa vigente (in particolar modo: articolo 4 e ss. del Regolamento (UE) 2016/679⁵) – non ci si può esimere dall'inquadrare almeno l'elemento principale del perimetro di riferimento, cioè la raccolta, gestione, possesso, circolazione e protezione dei dati personali. Questi, in correlazione all'evoluzione delle nuove tecnologie, in relazione alle quali gli stessi hanno assunto un ruolo nuovo e sempre più significativo, nelle comunicazioni elettroniche (via web, telefono, social network ecc.) e per mezzo dei quali non si hanno solo “informazioni che identificano o rendono identificabile, direttamente o indirettamente, una persona fisica e che possono fornire informazioni sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, le sue relazioni personali, il suo stato di salute, la sua situazione economica, ecc.”, ma consentono, altresì, la geolocalizzazione dei soggetti/utenti, fornendo informazioni sui luoghi frequentati, di interesse sugli spostamenti nonché l'incontrollabile diffusione di immagini e video di studenti e docenti sui social.

La questione appena delineata si impenna nel contemperamento dei vari interessi pubblici e privati in gioco: in primis il diritto all'istruzione costituzionalmente garantito (art. 34 Cost.) e il diritto alla protezione dei dati personali, diritto fondamentale dell'individuo ai sensi, tra gli altri, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 8) e oggi tutelato, principalmente, dal Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (Regolamento generale sulla protezione dei dati – GDPR), dal Codice in materia di protezione dei dati personali (decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196), adeguato alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 tramite il Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, oltre che da vari altri atti normativi italiani e internazionali.

DPCM recanti previsioni riferite al periodo sia dell'a.s. che dell'a. a. 2019/2020 – che, per tutta la durata della sospensione, i dirigenti scolastici (università ed AFAM) dovevano attivare modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità. Le predette sospensioni sono state dapprima confermate (dall'8 marzo 2020 al 15 marzo 2020) dal DPCM 8 marzo 2020 (art. 2, co. 1, lett. h), e art. 5, co. 1) e successivamente prorogate (dal 10 marzo 2020 fino al 3 aprile 2020) dal DPCM 9 marzo 2020. Così anche successivamente, il D.L. 25 marzo 2020, n. 19 (L. 35/2020) ha previsto che, su specifiche parti o, occorrendo, su tutto il territorio nazionale, si poteva disporre, sempre con DPCM, per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a 30 giorni, reiterabili e modificabili anche più volte, originariamente fino al 31 luglio 2020 (termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del CdM n. 27 del 31.01.2020, sotto la presidenza del Presidente Giuseppe Conte), e con possibilità di modularne l'applicazione, in aumento ovvero in diminuzione, secondo l'andamento epidemiologico del virus, la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado.

⁴ A. PISAPIA, *La tutela per il trattamento e la protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2018.

⁵ P. CUCUMILE, *Sulla tutela dei dati personali delle persone fisiche. Il contenuto del nuovo G.D.P.R.*, ilmiolibro self publishing, 2018.

2. Istituzioni scolastiche alle prese con la Dad e la nuova modalità di gestione dei dati personali: le iniziative di supporto del Ministero dell’Istruzione.

L’uso della didattica a distanza⁶ per il tramite delle più comuni e specifiche piattaforme educative (es. *Edmodo*, *Google suite*, *WE school* e *microsoft office 365 education*) ovvero altri prodotti e strumenti digitali per la scuola, ha comportato precipuamente una gestione diversa dei dati – anche sensibili – già in possesso delle istituzioni scolastiche (rilasciati al momento dell’iscrizione alle stesse, con procedura online, tra l’altro, obbligatorie dall’a. s. 2012/13), ma con tutte le implicazioni in rapporto proprio alla nuova e recente disciplina obbligatoria ed uniforme della tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati, adottata a livello europeo con il citato Regolamento 2016/679⁷, in particolare sotto il profilo della responsabilità e del connesso sistema sanzionatorio che coinvolge l’ambito penale, amministrativo e civile.

In uno scenario completamente inedito ed in via di definizione, anche dal punto di vista operativo, nella consapevolezza che tutto ciò che si andava approntando non avrebbe per niente potuto (né può mai) sostituire ciò che avviene quotidianamente in una classe tradizionale, con tutte le interrelazioni in presenza, si è trattato di dare vita – oborto collo – ad un “ambiente di insegnamento/apprendimento” per così dire virtuale interattivo.

Ebbene, in pratica, nel primo step è stato necessario registrare dati in proprio possesso sulle predette piattaforme, poi predisporre classi virtuali (cd. *Virtual classroom*) e, a tal proposito, creare, gestire e custodire account e credenziali associati a studenti e docenti, per il tramite di procedure di identificazione e di autenticazione informatica degli stessi, ciò al fine di proiettare online la tradizionale lezione, i compiti e le verifiche, così come i colloqui unitamente a tutte le altre attività para-didattiche. In relazione alle prime attività, si è dovuto anche provvedere al tracciamento delle stesse, il più delle volte attraverso registrazioni (dunque produzione di video, dai quali si possono anche ritagliare immagini ed audio), ai fini della validità di quanto svolto, con la conseguente problematicità della gestione e conservazione di tutta una serie di dati ed informazioni salvati in diverse forme con l’ausilio di adeguati strumenti.

Nella predetta fase, tante, certamente, sono state le perplessità circa il problema della memorizzazione, della custodia e della sicurezza di tutti i predetti dati immessi per utilizzare le piattaforme di scopo, che per lo più sono di proprietà di multinazionali che hanno sede fuori dal nostro Paese. Un problema che resta sicuramente aperto e lo sarà anche dopo che si rientrerà nella normalità della didattica in presenza, proprio in rapporto alla tutela della mole di dati “immessi/trasmessi in rete”.

Va però detto, che è sicuramente vero che gli operatori scolastici sono stati catapultati improvvisamente in prima linea nell’affrontare questo improvviso scenario pandemico, ma è vero anche che le istituzioni amministrative centrali e periferiche hanno fatto la loro parte.

Il Ministero dell’Istruzione, nelle figure dei Capi Dipartimenti centrali e del Ministro, è da subito intervenuto in maniera attenta ed attiva. Non a caso, infatti, già nel citato DPCM dell’8 marzo 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19”, è stata inserita un’oculata previsione di attivazione della Dad, con un riferimento particolare alla tematica dell’inclusione scolastica: “i dirigenti scolastici attivano, per tutta la durata della sospensione delle attività didattiche nelle scuole, modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche

⁶ Nella prima nota del Ministero dell’Istruzione – Dipartimento per il sistema di istruzione e di formazione (prot. n. 388 del 17.3.2020) si è precisato anche cosa si intende per attività didattica a distanza: “Il collegamento diretto o indiretto, immediato o differito, attraverso videoconferenze, videolezioni, chat di gruppo; la trasmissione ragionata di materiali didattici, attraverso il caricamento degli stessi su piattaforme digitali e l’impiego dei registri di classe in tutte le loro funzioni di comunicazione e di supporto alla didattica, con successiva rielaborazione e discussione operata direttamente o indirettamente con il docente, l’interazione su sistemi e app interattive educative propriamente digitali: tutto ciò è didattica a distanza”.

⁷ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale europea il 4 maggio 2016, è entrato in vigore il 24 maggio 2016, ma la sua attuazione è avvenuta a distanza di due anni, quindi a partire dal 25 maggio 2018.

esigenze degli studenti con disabilità” (art. 2 lett. m). A tal proposito, come visto, i successivi provvedimenti adottati dall’Esecutivo, finalizzati ad assicurare una gestione dell’emergenza adeguata all’evolversi della situazione, hanno disposto la sospensione delle attività didattiche, prevedendo l’attuazione di modalità di insegnamento/apprendimento a distanza, ribadendo la particolare attenzione alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità⁸.

In riferimento alla disposizione appena richiamata, il Ministero dell’Istruzione, dunque, al fine di supportare le Istituzioni scolastiche coinvolte nel ricorso a metodologie didattiche a distanza e di offrire soluzioni tecnologiche che consentissero di mettere in contatto docenti e studenti, ha predisposto due call (note prot. n. 169 e 170 del 28.02.2020) per tutte le realtà che volessero sostenere le iniziative di didattica a distanza che erano in fase di attivazione a seguito della chiusura delle scuole, inizialmente solo in alcune zone d’Italia, per l’emergenza coronavirus. In particolare modo, lo stesso Dicastero con uno specifico avviso (nota prot. n. 394 del 16.03.2020) sempre a causa dell’emergenza epidemiologica da COVID-19, ha invitato tutti gli operatori di mercato produttori di servizi, strumenti tecnologici, applicativi o dispositivi, funzionali sia alle esigenze didattiche degli studenti con disabilità sia a quelle dei docenti, al fine di rendere gli stessi disponibili, a manifestare la propria disponibilità a sostenere le iniziative di supporto per l’inclusione a distanza di alunni con disabilità. Si legge nelle predette note che i soggetti interessati, nella fase di adesione attraverso la piattaforma “Protocolli in rete”, avrebbe dovuto dichiarare, tra l’altro, “il possesso dei requisiti di sicurezza, affidabilità, scalabilità e conformità alle norme sulla protezione dei dati personali, esplicitando il divieto di utilizzo a fini commerciali e/o promozionali di dati, documenti e materiali di cui gli operatori di mercato entrano in possesso per l’espletamento del servizio (per le piattaforme di fruizione di contenuti didattici e assistenza alla community scolastica)”.

Come si evince proprio dal tenore testuale delle predette avvertenze, si evince che sin dalle prime azioni poste in essere è stata prestata attenzione all’aspetto della tutela dei dati personali dei soggetti coinvolti, in particolare dei più sensibili ed esposti, ma anche facendo esplicito riferimento alla documentazione, dati ed informazioni messi nella disponibilità non solo dei gestori/titolari delle piattaforme ma anche degli utilizzatori/utenti delle stesse.

Inoltre, il Ministero ha invitato, altresì, tutti i produttori di hardware (a titolo esemplificativo, PC, *tablet*, *internet key*) e di software a rendere disponibili a titolo gratuito i propri prodotti per le finalità sopra rappresentate, manifestando la propria disponibilità attraverso la dedicata piattaforma “Protocolli in rete”. Sempre per la medesima finalità di cui sopra, sono state attivate pagine web dedicate all’emergenza Covid-19 (www.istruzione.it/coronavirus/news.html)⁹, assistenza alla community scolastica in riferimento alle piattaforme e gli strumenti software di fruizione di materiali multimediali, piattaforme di collaborazione online, varie community e diffuse *faq* di chiarimento¹⁰.

A tale attività di supporto sono seguite delle note contenenti indicazioni operative, tra le quali, la nota prot. 388 del 17.03.2020¹¹ in cui, tra l’altro, si approfondisce anche l’aspetto della “questione *privacy*”, appena accennata (nei termini sopra riportati) nelle note precedenti.

⁸ Nell’anno scolastico 2019-2020 sono quasi 300 mila gli alunni con disabilità, 3,5% degli iscritti.

⁹ Altre sono: <https://www.istruzione.it/ProtocolliInRete/>; <https://www.istruzione.it/coronavirus/didattica-a-distanza.html>; https://www.istruzione.it/coronavirus/didattica-a-distanza_inclusione-via-web.html; <https://www.miur.gov.it/web/guest/-/coronavirus-pubblicate-due-call-per-sostenere-la-didattica-a-distanza> e un indirizzo di posta elettronica supportoscuole@istruzione.it. Lo stesso Ministero, ha previsto la possibilità di utilizzare alcune importanti piattaforme, tra le quali, ad esempio: INDIRE (<http://www.indire.it/la-rete-di-avanguardie-educative-a-supporto-dellemergenza-sanitaria/>); Office 365 Education A1 (<https://www.microsoft.com/it-it/education/products/office>); RAI per la didattica, nella sua poliedrica organizzazione (https://www.istruzione.it/coronavirus/didattica-a-distanza_rai.html); Treccani scuola (<http://www.treccaniscuola.it/>); Fondazione Reggio Children – Centro Loris Malaguzzi, al fine di suggerire un percorso di contenuti online con l’obiettivo di generare domande, sollecitare la scoperta e invitare alla sperimentazione.

¹⁰ Al seguente link: <http://www.governo.it/it/articolo/decreto-iorestoacasa-domande-frequenti-sulle-misure-adottate-dal-governo/14278>.

¹¹ Al seguente link il testo integrale: <https://www.miur.gov.it/web/guest/-/coronavirus-emanata-la-nota-con-le-indicazioni-operative-per-la-didattica-a-distanza>.

In tale nota, infatti, si prende posizione rispetto a problematiche, sia pratiche che giuridiche, alle quali cenno, con riserva di approfondirle di seguito:

Individuazione della base giuridica del trattamento dei dati personali nello svolgimento di un tra i compiti istituzionali delle istituzioni scolastiche, quale la didattica, sia pure in modalità “virtuale” e non nell’ambiente fisico della classe e, pertanto, sono state ritenute superflue le richieste di consenso per la finalità didattica;

Obblighi di informativa di cui agli artt. 13 e 14 del Regolamento UE 2016/679- GDPR;

Stipula di contratti o atti di individuazione del responsabile del trattamento ai sensi dell’articolo 28 del GDPR, il quale tratta i dati personali necessari per l’attivazione della modalità didattica a distanza per conto delle istituzioni scolastiche, presentando delle “garanzie sufficienti” per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del medesimo regolamento e garantisca la tutela dei diritti dei soggetti interessati.

Sottoporre i trattamenti dei dati personali coinvolti a Valutazione di impatto privacy ai sensi dell’articolo 35 del GDPR (*Data Privacy Impact Assessment* o «DPIA»).

Or dunque, importantissimi aspetti che, infatti, vengono ripresi e sviluppati dal Ministero dell’Istruzione con una successiva nota (prot. 11600 del 3 settembre 2020), con la quale ha diffuso, in materia di didattica digitale integrata e tutela della privacy, le proprie “indicazioni generali” relative ai principali aspetti della disciplina in materia di protezione dei dati personali in relazione alla didattica digitale integrata (Ddi).

Tali indicazioni generali fanno seguito al Decreto del Ministro dell’Istruzione n. 89 del 7 agosto 2020, recante “Adozione delle Linee guida sulla Didattica digitale integrata, di cui al Decreto del Ministro dell’Istruzione 26 giugno 2020, n. 39”, adottato a supporto delle istituzioni scolastiche e nel quale sugli aspetti relativi al trattamento dei dati personali, il Ministero dell’istruzione, rimanda appunto alla predisposizione – in collaborazione con l’Autorità Garante per la protezione dei dati personali – di un apposito documento di dettaglio contenente indicazioni specifiche.

Ebbene, le linee generali in parola sono state predisposte da un Gruppo di lavoro congiunto tra Ministero dell’istruzione e l’Ufficio del Garante per la protezione dei dati personali (Decreto del Capo di Gabinetto prot. n. 1885 del 05.06.2020), al fine di fornire linee di indirizzo comuni e i principi generali per l’implementazione della Ddi, con particolare riguardo ai profili di sicurezza e protezione dei dati personali, sulla base di quanto previsto dal Regolamento (UE) 2016/679.

Ciò che rileva dalla lettura delle predette linee di indirizzo comuni e principi generali per l’implementazione della Ddi, con particolare riguardo agli aspetti inerenti alla sicurezza in rete e alla tutela dei dati personali, è in primis il ruolo del singolo dirigente scolastico a cui spetta (quale titolare del trattamento), con il supporto del Responsabile della protezione dei dati personali (RPD), sentito il Collegio dei Docenti, la scelta, le modalità e la regolamentazione degli strumenti e dei relativi servizi più adeguati al trattamento dei dati personali del personale scolastico, degli studenti e loro familiari per la realizzazione della Ddi, assicurandone la trasparenza mediante l’informativa a tutte le predette categorie di interessati nonché misure atte ad evitare che vengano trattati per finalità diverse ed ulteriori non autorizzate e che siano riconducibili al fornitore, l’utilizzo improprio e la diffusione illecita oltre il verificarsi di accessi non autorizzati, dispersione di dati e azioni di disturbo durante lo svolgimento della didattica.

Viene ribadito che il trattamento dei dati personali da parte delle scuole è necessario in quanto collegato all’esecuzione di un compito di interesse pubblico svolto, nell’emergenza epidemiologica, secondo modalità operativa supportate dalla normativa e rientranti, comunque, nell’ambito degli ordinamenti scolastici vigenti, per cui il consenso specifico dei genitori, non è richiesto per tale attività istituzionale, sia pur svolta in ambiente virtuale.

Gli altri principali aspetti affrontati dalla disciplina in esame, a parte il richiamo alla informativa “in forma sintetica e con un linguaggio facilmente comprensibile anche dai minori” ex artt. 13 e 14 del Regolamento UE 2016/679, attengono alla limitazione della conservazione dei dati personali ai sensi

dell'art. 5, lettera e) del regolamento, sottolineando che “il titolare del trattamento è chiamato ad assicurare che i dati non siano conservati più a lungo del necessario, ad esempio, disponendo che i dati siano cancellati al termine del progetto didattico”. Ci si sofferma, altresì, sul ruolo dei fornitori ai quali il titolare del trattamento dei dati personali (scuola), che gestiscono dei servizi per la Ddi e che comportino il trattamento di dati di personale scolastico, studenti e/o dei loro familiari per conto della scuola stessa, per i quali è prevista la nomina quali responsabili del trattamento con contratto o altro atto giuridico (art. 28 del Regolamento), con conseguente indicazione di tale circostanza nel registro dei trattamenti (art. 30 del Regolamento).

Si raccomanda, altresì, l'adozione di misure tecniche e organizzative legate alla sicurezza¹² sulla base del rischio, alla luce di quanto previsto dal citato Regolamento, anche avvalendosi della consulenza offerta dal proprio RPD nonché per mezzo degli stessi fornitori designati, per l'appunto, responsabili del trattamento. Nell'ambito di tali misure è consigliata anche una generale azione di sensibilizzazione verso i “soggetti intestatari di utenze, come gli studenti e i genitori, sul corretto utilizzo del proprio account, fornendo specifiche istruzioni da declinare con un linguaggio chiaro e comprensibile in ragione delle fasce di età degli utenti”.

Si conclude con un'indicazione circa la configurazione delle piattaforme e degli strumenti tecnologici per l'erogazione della Ddi che consentano il trattamento dei soli dati personali necessari alla finalità didattica, in modo da prevenire che informazioni relative e/o associate, in via diretta o indiretta, alla vita privata dei dipendenti, dei discenti, vengano, anche solo accidentalmente, raccolte, il tutto in funzione di garantire il rispetto della libertà di insegnamento dei docenti (art. 33 Cost.)¹³. A tal proposito viene anche specificato l'utilizzo della webcam, per mezzo della quale il docente verifica se l'alunno segue la lezione, che deve anch'esso “avvenire nel rispetto dei diritti delle persone coinvolte e della tutela dei dati personali e dei diritti delle persone coinvolte”.

Vi è una ultima specificazione circa la già richiamata valutazione di impatto (DPIA) che deve essere effettuata solo se e quando ricorrono i presupposti dell'articolo 35 del Regolamento. Tale valutazione di impatto generalmente non è richiesta visto che una scuola poiché, in genere, non effettua trattamenti di dati personali su larga scala, considerato che l'utilizzo di un servizio online di videoconferenza o di una piattaforma non consente il monitoraggio sistematico degli utenti o, comunque, non si ricorre a nuove soluzioni tecnologiche particolarmente invasive (quali, tra le altre, quelle che comportano nuove forme di utilizzo dei dati di geolocalizzazione o biometrici). Viceversa, la DPIA va effettuata, nel caso in cui l'istituzione scolastica sceglie di far ricorso a piattaforme di gestione della didattica che offrono funzioni più avanzate e complesse che la scuola decida di utilizzare ma che comportano un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

3. La protezione dei dati nella didattica a distanza secondo il Garante della privacy: profili critici e prime indicazioni.

Nel particolare momento emergenziale, come anticipato, la tematica in esame ha suscitato non poche perplessità tra gli operatori del mondo della scuola e i relativi utenti (alunni e loro famiglie) e per ciò solo, ha generato l'interessante dibattito circa le modalità operative da porre in essere al fine di garantire l'adozione delle misure più adeguate e caute possibili.

Non a caso, sulla questione è intervenuto anche il Garante della protezione dei dati personali, proprio a seguito, si legge nelle premesse del provvedimento del 26 marzo 2020 (doc. web n. 9300784), delle “segnalazioni e i quesiti pervenuti al Garante da parte di responsabili della protezione dei dati di

¹² Per ogni approfondimento: <https://www.istruzione.it/rientriamoascuola/allegati/Didattica-Digitale-Integrata-e-tutela-della-privacy-Indicazioni-generali.pdf>.

¹³ A riguardo il Garante, nel Provvedimento del 26 marzo 2020, recante “Didattica a distanza: prime indicazioni”, ha precisato che “nel trattare i dati personali dei docenti funzionali allo svolgimento della didattica a distanza, le scuole e le università dovranno rispettare presupposti e condizioni per il legittimo impiego di strumenti tecnologici nel contesto lavorativo (artt. 5 e 88, par. 2, del Regolamento, art. 114 del Codice in materia di protezione dei dati personali e art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300) limitandosi a utilizzare quelli strettamente necessari, comunque senza effettuare indagini sulla sfera privata (art. 113 del citato Codice) o interferire con la libertà di insegnamento.”

istituti scolastici, associazioni, docenti e famiglie in ordine alle modalità di trattamento dei dati personali effettuato nel predetto contesto emergenziale e agli adempimenti necessari a rispettare il Regolamento e il Codice”.

Il Garante, or dunque, a seguito di numerose e sentite richieste di pareri, ha ritenuto l’opportunità di intervenire, ai sensi dell’art. 57, par. 1, lett. b) e d), del Regolamento (UE) 2016/679¹⁴, che attribuisce al Garante il compito di promuovere la consapevolezza e di favorire la comprensione del pubblico riguardo ai rischi, alle norme, alle garanzie e ai diritti in relazione ai trattamenti, con particolare attenzione alle attività destinate specificamente ai minori, nonché agli obblighi imposti ai titolari e i responsabile del trattamento, fornendo al sistema scolastico (ma anche alle università, alle istituzioni di Alta Formazione Artistica Musicale e Coreutica), ai docenti, alle famiglie e agli studenti, talune prime utili indicazioni, contribuendo a delineare il predetto temperamento delle opposte esigenze, proprio nella prima fase emergenziale in cui sono state avviate – d’urgenza e per necessità sopra rappresentare – le iniziative di didattica a distanza.

Infatti, l’intento del Garante è stato quello di contribuire ad una migliore gestione della didattica *online* e, contemporaneamente, rafforzare la corretta e quanto più possibile oculata gestione dei dati personali di tutti i soggetti coinvolti, garantendo la tutela del trattamento, in particolare in riferimento a quelli dei minori, nell’intento di abbattere i rischi di abusi e violazioni dovuti ad un uso improprio e poco consapevole della strumentazione digitale utilizzata – per alcuni addirittura del tutto nuova – al servizio della non facile modalità di esercizio del diritto allo studio.

Nel merito delle indicazioni redatte nella predetta nota del Garante della privacy, sene riproduce la seguente sintesi:

Nessun bisogno di un nuovo consenso per finalità istituzionali:

Le scuole e le università che utilizzano sistemi di didattica a distanza non devono richiedere il consenso al trattamento dei dati di docenti, alunni, studenti, genitori, poiché il trattamento è riconducibile alle funzioni istituzionalmente assegnate a scuole e atenei, che vengono solo erogate con un mezzo ed una modalità diversa dalla tradizionale, cioè con strumentazione digitale-tecnologica per cui non occorre una base giuridica nuova del trattamento dei suddetti dati.

Scelta e regolamentazione degli strumenti di didattica a distanza:

Nella scelta e nella regolamentazione degli strumenti più utili per la realizzazione della didattica a distanza, scuole (ma anche università) dovranno orientarsi verso strumenti che abbiano, fin dalla progettazione e per impostazioni predefinite, misure a protezione dei dati. Non è necessaria la valutazione di impatto, prevista dal Regolamento europeo per i casi di rischi elevati, se il trattamento dei dati effettuato dalle predette istituzioni, per quanto relativo a minorenni e a lavoratori, non presenta ulteriori caratteristiche suscettibili di aggravarne i rischi. Ad esempio, non è richiesta la valutazione di impatto per il trattamento effettuato da una singola scuola (non, quindi, su larga scala) nell’ambito dell’utilizzo di un servizio on line di videoconferenza o di una piattaforma che non consente il monitoraggio sistematico degli utenti.

Ruolo dei fornitori dei servizi on line e delle piattaforme utilizzate:

Se la piattaforma prescelta comporta il trattamento di dati personali di studenti, alunni o dei rispettivi genitori per conto del data controller (scuole), il rapporto con il fornitore dovrà essere regolato con contratto o altro atto giuridico (ad esempio, nel caso di gestione del registro elettronico da parte del fornitore, dal quale lo stesso tragga i dati per conto della scuola). Nel caso, invece, in cui si ritenga necessario ricorrere a piattaforme più complesse che eroghino servizi più complessi anche non rivolti esclusivamente alla didattica, si dovranno attivare i soli servizi strettamente necessari alla formazione,

¹⁴ Si riporta l’articolo 57 (Compiti), par. 1, lett. b) e d), del Regolamento generale sulla protezione dei dati Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016: “1. Fatti salvi gli altri compiti indicati nel presente regolamento, sul proprio territorio ogni autorità di controllo: Omissis. b) promuove la consapevolezza e favorisce la comprensione del pubblico riguardo ai rischi, alle norme, alle garanzie e ai diritti in relazione al trattamento. Sono oggetto di particolare attenzione le attività destinate specificamente ai minori; Omissis. d) promuove la consapevolezza dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento riguardo agli obblighi imposti loro dal presente regolamento”.

configurandoli in modo da minimizzare i dati personali da trattare (evitando, ad esempio, geolocalizzazione e social login).

Limitazione delle finalità del trattamento dei dati:

Le istituzioni scolastiche dovranno assicurarsi che i dati trattati dal fornito per loro conto siano utilizzati solo per la didattica a distanza, limitandosi a quanto strettamente necessario alla fornitura dei servizi richiesti ai fini della didattica online e non per eventuali ulteriori finalità.

Va garantita una specifica protezione dei dati personali dei minori, i meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze del non consapevole utilizzo dei servizi e dei loro diritti, ai quali non vanno offerti ulteriori servizi online non legati alla didattica a distanza e men che mai i loro dati dovranno essere inseriti in canali di marketing o di profilazione.

Correttezza e trasparenza nell'uso dati, in particolare dei soggetti deboli:

Va garantita la trasparenza e la correttezza del trattamento, attraverso una chiara informativa gli interessati (alunni, genitori e docenti), con un linguaggio comprensibile anche ai minori, riguardo, in particolare, alle caratteristiche essenziali del trattamento che viene effettuato e che, relativamente ai docenti, nel rispetto della disciplina sui controlli a distanza, dovrà fermarsi allo strettamente necessario e, comunque, senza effettuare indagini sulla sfera privata.

Riguardo all'azione del Garante della privacy sulla tematica in argomento, si ritiene opportuno segnalare, altresì, che in data 8 luglio 2020 il Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Soro, in occasione dell'audizione presso la Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza della Camera dei deputati nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle forme di violenza fra i minori e ai danni di bambini e adolescenti, ha affermato:

“Particolare attenzione dovrà essere prestata – in caso di approvazione del ddl – alla realizzazione sia dell'app offerta dal servizio emergenza infanzia 114 per l'assistenza delle vittime, sia alle piattaforme di formazione e monitoraggio del fenomeno, messe a disposizione delle scuole dal Ministero dell'istruzione. Dal momento che entrambi questi sistemi coinvolgerebbero un flusso di dati delicatissimi, inerenti minori anche vittime di reato, è necessario delinearne l'architettura in modo da garantire la massima riservatezza delle informazioni trattate, per evitarne esfiltrazioni o accessi indebiti, suscettibili di determinare fenomeni di vittimizzazione secondaria da non sottovalutare”.

Precedentemente (il 4 maggio 2020) il Presidente del Garante per la protezione dei dati personali aveva già scritto una lettera¹⁵ al Ministro dell'istruzione, On.le Lucia Azzolina, con riferimento alla disciplina dell'utilizzo del registro elettronico, quale prezioso strumento di comunicazione tra i docenti e le famiglie, tanto più nel momento attuale, caratterizzato dalla sostituzione dell'attività didattica “in presenza” con quella “a distanza”, ponendo all'attenzione della stessa la necessità di provvedere al perfezionamento della disciplina di settore, al fine di una più stretta interazione tra insegnanti, studenti e loro genitori, per la quale il registro on-line si presenta è sicuramente funzionale. con specifico riferimento ai minori, il Garante della privacy, ha evidenziato che il “novero assai rilevante – in termini quantitativi e qualitativi – di dati personali, esige l'adozione di tutte le cautele idonee a evitare o, quantomeno, minimizzare, i rischi di esfiltrazione, trattamento illecito, anche solo alterazione dei dati stessi. Si rileva, altresì, che il registro elettronico, non è privo di problemi, essendo fornito da soggetti già designati responsabili del trattamento – “potrebbe rappresentare lo strumento elettivo mediante cui realizzare (almeno) una parte significativa dell'attività didattica, riducendo proporzionalmente il ricorso a altre e diverse piattaforme, che oltretutto non sempre si limitano all'erogazione di servizi funzionali all'attività formativa”.

Proprio nel senso auspicato dal Garante della privacy, di recente (27 aprile 2020) il Ministero dell'istruzione ha già adottato l'applicativo “Registro Elettronico per la Scuola in Ospedale ed Istruzione Domiciliare – RESO”¹⁶ al fine di favorire l'accesso ai documenti didattici degli studenti

¹⁵ Per il testo integrale della nota: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9334326>.

¹⁶ Registro Elettronico per la Scuola in Ospedale e Istruzione Domiciliare (RESO), messo a disposizione delle istituzioni scolastiche dal Ministero dell'Istruzione, è un sistema informatizzato che consente la lettura “in tempo reale” delle attività svolte per il servizio di Scuola in Ospedale e Istruzione Domiciliare ovvero un registro elettronico che traccia gli interventi

ospedalizzati e domiciliati. Tutti i documenti e le informazioni sull'attività didattica svolte nelle strutture ospedaliere e presso il proprio domicilio devono essere resi disponibili anche alle scuole di appartenenza e/o affidatarie e agli altri utenti autorizzati, quali i genitori. Pertanto, considerato che l'applicativo "RESO" è ad oggi in esercizio a carattere sperimentale e non obbligatorio, per tutte le scuole polo regionali, per poi essere disponibile e utilizzato – come da previsione ministeriale – in via ordinaria (inizialmente sempre a carattere non obbligatorio) a tutte le scuole in tempo utile per l'avvio del prossimo anno scolastico (2021/2022), ci sono buone possibilità che alla fine della specifica sperimentazione, facendo tesoro dell'attività svolta nel periodo di emergenza sanitaria da COVID-19 e degli esiti della stessa, lo stesso sistema informatizzato sia esteso, a partire da una fase sperimentale, a tutta l'attività didattica a distanza.

Da ultimo e a dimostrazione del fatto che il Garante della privacy, nell'ambito della tematica della sicurezza dello spazio cibernetico, la protezione dei dati e il rapporto con le infrastrutture di cui è composto l'ecosistema digitale, mantiene alta l'attenzione proprio sui minori (soggetti deboli per antonomasia) e l'utilizzo di piattaforme e social network (Facebook, Instagram, WhatsApp, YouTube, Twitch e Twitter), si richiamano gli interventi aventi ad oggetto uno dei più diffusi e recenti di questi, Tik Tok¹⁷, e al correlato rischio per la privacy degli utenti minorenni, promuovendo accertamenti in ordine alle garanzie di sicurezza offerte, anche e soprattutto con riferimento ai dati dei più piccoli. Oltre ai primi interventi¹⁸, è proprio di questi giorni una nuova rigida presa di posizione del Garante per la protezione dei dati personali nei confronti di Tik Tok, di cui ha disposto un provvedimento di blocco¹⁹ immediato dell'uso dei dati degli utenti per i quali non sia stata accertata con sicurezza l'età anagrafica, alla luce della tragica vicenda di una bambina di 10 anni deceduta a seguito di pratiche emulative messe in atto in relazione alla sua partecipazione alla predetta piattaforma.

4. La didattica a distanza nell'era dei big data: i rischi e le adeguate misure tecniche ed organizzative di sicurezza e controllo.

La didattica a distanza, come rilevato, si poggia su una serie di strumentazioni tecnologico-digitali, caratteristica propria del settore della formazione e-learning, che – tra l'altro – domina un numero sempre maggiore di attività umane, generando e rendendo disponibili enormi quantità di dati, provenienti da fonti più diversificate, che sono soggetti a varie operazioni: visualizzazioni, filtraggio, registrazione, condivisione, trattamenti, trasferimenti, analisi, ecc. diventando parte attiva della conoscenza veicolata sul Web.

L'aumento dei dati digitali a propria disposizione, dunque, è direttamente proporzionale all'aumento degli utenti e delle loro attività, che anche nel caso della didattica a distanza sono tutti utilizzati, in maniera integrata, per la formazione e lo sviluppo delle competenze. Queste modalità sono rese

didattici rivolti agli studenti ricoverati in ospedale (SIO) e/o per i quali sia stato attivato il servizio di istruzione domiciliare (ID). Per ogni opportuno approfondimento al seguente link: <https://scuolainospedale.miur.gov.it/sio/news/registro-elettronico-per-la-scuola-in-ospedale-e-istruzione-domiciliare-reso/>.

¹⁷ Il social network che consente di creare e condividere audio, video e immagini, usato da milioni di utenti, in gran parte giovanissimi.

¹⁸ Di questa criticità se ne parla già nella relazione annuale del Presidente del Garante della privacy alla Camera dei Deputati, sull'attività svolta nel 2019 e l'intervento del Garante per la privacy del 24.01.2020 con il quale è stato chiesto al Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EDPB), che riunisce tutte le Autorità privacy dell'Unione, di attivare una specifica task force: "Tik Tok: il Garante privacy chiede una task force europea. Necessaria un'azione coordinata contro i rischi per i dati degli utenti, soprattutto minori". Successivamente, il 22 dicembre del 2020, il Garante ha contestato a Tik Tok una serie di violazioni: scarsa attenzione alla tutela dei minori; facilità con la quale è aggirabile il divieto, previsto dalla stessa piattaforma, di iscriversi per i minori sotto i 13 anni; poca trasparenza e chiarezza nelle informazioni rese agli utenti; uso di impostazioni predefinite non rispettose della privacy. Per ogni approfondimento: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9249688>; <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9428327>; <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9508923>.

¹⁹ Provvedimento del 22 gennaio 2021 – Registro dei provvedimenti n. 20/2021 [doc. web n. 9524194], al seguente link: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524194>.

possibile dai big data²⁰, uno dei trend tecnologici al centro delle evoluzioni più profonde e pervasive del mondo digitale, destinato ad incidere profondamente sulla nostra vita²¹ e, per ciò solo, foriero di un fervido ed attuale dibattito concerne non solo la gestione, l'analisi ed il riutilizzo di grandi quantità di dati ma, in particolar modo, la condivisione volontaria dei dati personali (nomi, cognomi, genere, età ed altro), il loro uso, potenzialità, limiti e rischi.

Il termine big data è usato, infatti, in riferimento al trattamento di una mole di dati così vasta e tanto complessa che sarebbe semplicemente impossibile da gestire manualmente, o anche solo tramite i tradizionali processi di elaborazione dati. Alla base dei big data c'è proprio la necessità di gestire gruppi e sotto-gruppi di dati derivanti dalle informazioni che è possibile ottenere in conseguenza dell'analisi e dalle correlazioni stabilite tra loro, per identificare, fissare, far emergere risultati da utilizzare in maniera produttiva e a vantaggio di chi sa come impiegarli. Una modalità che punta sull'accuratezza dei dettagli e alla minimizzazione degli errori, alla precisione delle tecniche di analisi statistiche, consentendo di tener conto di numerose variabili e pervenire ad una visione d'insieme o particolare, altrimenti non ottenibile.

Or dunque, quando si dice "big data" si dice "database", sinonimo, soprattutto di vasta disponibilità, nel breve e nel lungo periodo, di informazioni e dati – anche sensibili – correlata ad una serie di preoccupazioni e interrogativi circa l'uso che di questi è possibile fare. Il fenomeno in questione è certamente connesso a quello del moltiplicarsi delle identità digitali (da ultimo l'obbligo di dotarsi della SPID – Sistema Pubblico di Identità Digitale – per interagire con la PA e i relativi servizi) ovvero delle identità virtuali proposte dai siti web ai propri utenti, con un'ulteriore complicazione dei trattamenti dei dati in parola.

Ecco perché l'incremento esponenziale della didattica a distanza, tra le tecnologie dell'informazione, della formazione e della comunicazione, deve fare i conti anche con questo aspetto tanto delicato quanto critico²². Per l'esercizio della modalità di apprendimento in argomento, come di altre fattispecie ad essa complementare, presupposto ma al contempo risultato della profilazione sulle menzionate piattaforme da parte delle scuole, sono indubbiamente big data, per la cui concentrazione, gestione e custodia, si richiede attenzione e garantire presidi, nei limiti del possibile, almeno in

²⁰ Per ogni approfondimento si rimanda all'indagine conoscitiva su big data pubblicata in data 10 febbraio 2020 dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) condotta congiuntamente con l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) e il Garante per la protezione dei dati personali (Garante privacy), volta ad approfondire gli effetti prodotti dal fenomeno dei c.d. big data e analizzarne le conseguenze in relazione al contesto economico-normativo-politico-sociale. Al seguente link il testo integrale: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf.

²¹ Basta pensare al nostro quotidiano, a tutte le interazioni sui vari social network, un click su un sito web per lavoro, per svago, per fare acquisti, prenotare un viaggio, i nostri smartphone interconnessi quasi h24. Tutto ciò genera una mole di dati incredibilmente ed umanamente incalcolabili ed ingestibili, analizzabili in tempo reale se non mediante procedure altamente automatizzate ma anche attraverso la diffusione di algoritmi e metodologie di analisi innovative, in grado di estrapolare autonomamente le informazioni nascoste nei dati. Enormi volumi di dati eterogenei per fonte e formato, accomunati da tre caratteristiche fondamentali: volume, velocità e varietà.

²² Parte della dottrina ha evidenziato come la scuola debba innanzitutto dare gli strumenti necessari per comprendere e interpretare la realtà, in un mondo in continuo cambiamento, e per ciò solo deve essere capace di profonde ed anche tempestive innovazioni. Ciò deve avvenire anche sotto il più pregnante profilo della didattica e dell'organizzazione scolastica nell'era della globalizzazione, di internet, del social network e della proiezione di buona parte delle attività e relazioni sociali via web. In tal senso: D. MILITO & A. TATARANNI, "Didattica innovativa nell'era digitale", Anicia (Roma), 2019; V. MIDORO, "La scuola ai tempi del digitale. Istruzioni per costruire una scuola nuova", Franco Angeli, 2016; V. CAMPIONE, "La didattica nell'era digitale", Il Mulino, 2015. Ma non mancano opinioni contrarie ad una radicale riforma della didattica fondata sulle straordinarie opportunità offerte dalle tecnologie digitali. Il contrasto si profila tra chi teme che tutto si possa risolvere una disorganica disseminazione di strumenti tecnologici in luogo dei tradizionali ambienti di trasmissione del sapere e chi si augura uno svecchiamento degli ambienti di apprendimento in un'ottica di snellimento e flessibilità organizzativa ed anche contenutistica. Ciò che pare unire tutti è la previsione di una didattica digitale quale strumento per formare persone in grado di apprendere in modo critico, ponendo lo studente al centro del processo di apprendimento, completando l'insegnamento con l'indicazione dell'uso critico degli straordinari strumenti di conoscenza che la rete rende disponibili. In tal senso: L. TOSELLI, "La didattica a distanza. Funziona, se sai come farla", Sonda, 2020.

riferimento alla loro originaria diffusione nonché adeguate cautele come il consenso informato, libero, specifico e documentabile.

Orbene, se tali dati restano nell'alveo operativo delle istituzioni scolastiche, utilizzando proprie risorse sia strutturali che umane, poco male, in ragione del sussistente rapporto in essere tra le stesse con i lavoratori, gli studenti e le famiglie e della concreta disponibilità, la quale deve, comunque, sempre rapportarsi all'applicabilità dei principi di finalità, proporzionalità e non eccedenza del trattamento, ai sensi degli artt. 3 e 11 del già citato GDPR UE n.679/2016.

Il problema si pone quando la didattica viene erogata online, dovendo veicolare la stessa da e verso docenti ed alunni, ci si deve affidare agli strumenti più familiari e di comune utilizzo come Google Classroom e Microsoft Office 365, rientranti nell'ambito dei servizi resi da Google e da Microsoft che disporranno, dunque, dei relativi set di dati (dataset), un flusso di dati personali e sensibili, relativi anche a minori, generati, raccolti e gestiti dalle scuole che vanno messi al sicuro da rischi di illecita diffusione²³ e trattamento non strettamente necessari in rapporto alle finalità per cui sono stati rilasciati e che richiedono decisioni nel rispetto dei diritti dei titolari.

Sulla questione appena delineata, si cita la sentenza del 16 luglio 2020 della Corte di Giustizia (CGUE), Grande sezione (sentenza “Schrems II” – causa C-311/18), con la quale si è pronunciata in merito al regime di trasferimento dei dati tra l'Unione europea e gli Stati Uniti invalidando la decisione di adeguatezza della protezione dei dati personali offerta da “Privacy Shield, adottata nel 2016 dalla Commissione europea in seguito alla decadenza dell'accordo “Safe Harbor”²⁴.

In somma sintesi, secondo la Corte, la normativa interna degli USA in materia di accesso e di utilizzo, da parte delle autorità statunitensi, di dati trasferiti dall'UE non soddisfa i principi alla base del citato GDPR²⁵, tra cui quello di proporzionalità, in quanto esiste la possibilità da parte delle autorità pubbliche e di controllo degli USA di accedere e trattare i dati personali trasferiti senza limitarsi a quanto sia strettamente necessario per le ragioni di sorveglianza. In altri termini, si è intervenuti sulla previsione secondo la quale gli Stati Uniti si riservano per legge il diritto di accedere ai dati dei cittadini di qualunque Paese, se sono gestiti da una azienda statunitense, anche se i dati risiedono fisicamente su server situati al di fuori degli Stati Uniti.

Ma la sentenza della Corte Europea di Giustizia dichiara che le persone i cui dati personali sono trasferiti verso un Paese terzo sulla base di clausole tipo di protezione dei dati, devono godere di “un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione” dal richiamato Regolamento, letto alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cosa che non avviene con aziende statunitensi come Google e Microsoft, dal momento che “le limitazioni della protezione dei dati personali che risultano dalla normativa interna degli Stati Uniti in materia di accesso e di utilizzo, da parte delle autorità statunitensi, di siffatti dati trasferiti dall'Unione verso tale Paese terzo [...] non sono inquadrate in modo da rispondere a requisiti sostanzialmente equivalenti a

²³ Rischi che talora prendono forma con riguardo all'adozione di decisioni, che si basano proprio su trattamenti effettuati con le predette tecniche big data, di natura discriminatoria rispetto a singoli o classi di interessa ti riferite anche a dati di grande complessità e variabilità interna, prodotti a ritmi impareggiabili. Rischi connessi alla «profilazione» degli utenti, la tendenza al formarsi sul mercato di situazioni di oligopolio, l'accesso fraudolento e/o abusivo a dati sensibili, l'utilizzo di piattaforme di intelligenza artificiale per orientare comportamenti politici e sociali.

²⁴ Per ogni approfondimento: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9442415>; http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/17/0000088648/Corte_di_Giustizia_UE_Grande_Sezione_sentenza_16_luglio_2020_causa_C_311_18.html.

²⁵ Ai sensi del Regolamento generale sulla protezione dei dati, il trasferimento dei suddetti dati verso un Paese terzo può avvenire, in linea di principio, solo se il Paese terzo considerato garantisce a tali dati un adeguato livello di protezione. Secondo tale regolamento, la Commissione può constatare che, grazie alla sua legislazione nazionale o ad impegni internazionali, un Paese terzo assicura effettivamente un livello di protezione adeguato. In mancanza di una decisione di adeguatezza siffatta, un trasferimento del genere può essere effettuato solo se l'esportatore dei dati personali, stabilito nell'Unione, prevede garanzie adeguate, le quali possono risultare, in particolare, da clausole tipo di protezione dei dati adottate dalla Commissione, e se gli interessati dispongono di diritti azionabili e di mezzi di ricorso effettivi. Il General Data Protection Regulation (GDPR) stabilisce precisamente, inoltre, a quali condizioni può avvenire un trasferimento in parola in mancanza di una decisione di adeguatezza o di garanzie adeguate.

quelli richiesti, nel diritto dell'Unione, dal principio di proporzionalità, giacché i programmi di sorveglianza fondati sulla suddetta normativa non si limitano a quanto strettamente necessario”.

Alla luce dell'arresto giurisprudenziale appena tratteggiato, in riferimento alla didattica a distanza, in assenza di meccanismi efficaci che consentano, in pratica, di garantire che sia rispettato un alto livello di protezione richiesto dal diritto dell'Unione, si potrebbe configurare l'ipotesi che tutti i dati degli studenti e dei docenti, come di qualsiasi altro cittadino italiano ed europeo, immessi nelle piattaforme gestite da Google e da Microsoft ovvero da similari, possano essere usati liberamente da autorità di un Paese esterno all'Unione Europea, senza garantirne un livello adeguato di protezione, secondo il citato Regolamento, la legislazione nazionale od in forza di clausole contrattuali tipo di protezione dei dati ed altri tipologie di impegni internazionali.

A tal riguardo, va rilevato che già il Ministero dell'istruzione nelle sopra richiamate indicazioni generali relative alla didattica digitale integrata e la tutela della privacy, ha ricordato alle istituzioni scolastiche che “In caso di utilizzo di tecnologie in cloud risulta necessaria la verifica del rispetto della normativa in materia di protezione dati personali da parte del fornitore del servizio designato come responsabile del trattamento. Inoltre, nel caso sia previsto che le informazioni vengono trasferite fuori dall'Unione Europea (UE), occorre verificare che sussistano tutti i presupposti giuridici richiesti dalla disciplina per assicurare un adeguato livello di protezione”. Inoltre, qualora le scuole ritengano opportuno instaurare un rapporto con un fornitore la cui attività non sia rivolta esclusivamente alla Did, con riguardo al trattamento di dati personali, bisogna procedere attraverso un contratto o altro atto giuridico di individuazione del responsabile del trattamento ai sensi dell'art. 28 del Regolamento, disciplinando le necessarie garanzie legate all'utilizzo di tecnologie in cloud, alla progettazione e alla configurazione dei siti, delle App e delle piattaforme utilizzate per la didattica. Pertanto, viene richiamato la disciplina di cui all'art. 28 del GDPR (Responsabile del trattamento) in base al quale, dunque, le scuole, così come chiunque decida di affidare una o più attività di trattamento a soggetti terzi esterni (individuati quali RPD) sono tenuti a prestare la massima attenzione e, anzitutto, valutare le garanzie che questi offrono per soddisfare i requisiti del GDPR.

Da quanto sopra, se ne può concludere che l'affidamento incauto a fornitori non in grado di prestare adeguate garanzie, nel rispetto della normativa di riferimento, può comportare responsabilità diretta dell'istituzione scolastica (nella predetta figura di titolare del trattamento) per culpa in eligendo, unitamente al responsabile e anche in solido con il fornitore, anch'esso responsabilizzato del trattamento dei dati in modo tale da non approfittare dell'occasione del servizio di supporto alla didattica proponendo ovvero aggiungendo altri servizi che spesso erogano e coinvolgere i soggetti per finalità di marketing, ritenendo gli stessi come possibili clienti/utenti, rendendo gli stessi dati più ambiti sul mercato, a fortiori trattandosi di minori. È rimessa alla scuola la scelta e la regolamentazione degli strumenti più adeguati al trattamento dei dati personali degli operatori scolastici, studenti e loro familiari per la realizzazione della Ddi, scelta che nella prassi, come già specificato, è effettuata del Dirigente scolastico, con il supporto del Responsabile della protezione dei dati personali (RPD), sentito il Collegio dei Docenti.

Sempre a tal proposito, anche il Garante della privacy nel citato Provvedimento del 26 marzo 2020 ha, sin da subito, ribadito le precauzioni da adottare rispetto a tale rilevante e sentito fenomeno, prevedendo che rispetto alla fruizione di “piattaforme più complesse e “generaliste”, che non erogano servizi rivolti esclusivamente alla didattica, si dovranno attivare, di default, i soli servizi strettamente necessari alla formazione, configurandoli in modo da minimizzare i dati personali da trattare, sia in fase di attivazione dei servizi, sia durante l'utilizzo degli stessi da parte di docenti e studenti Le istituzioni scolastiche e universitarie dovranno assicurarsi (anche in base a specifiche previsioni del contratto stipulato con il fornitore dei servizi designato responsabile del trattamento), che i dati trattati per loro conto siano utilizzati solo per la didattica a distanza. Saranno, in tal senso, utili specifiche istruzioni, tra l'altro, sulla conservazione dei dati, sulla cancellazione – al termine del progetto didattico – di quelli non più necessari, nonché sulle procedure di gestione di eventuali violazioni di dati personali. Si raccomanda, in particolare, rispetto ai minorenni, che gli stessi

“meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali” (cons. 38 del Regolamento). Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l’utilizzo di tali dati a fini di marketing o di profilazione e, in senso lato, la relativa raccolta nell’ambito della fornitura di servizi ai minori stessi (cons. 38 cit.)”.

A completamento di questa manifestata preoccupazione, si prevede anche che “L’Autorità vigilerà sull’operato dei fornitori delle principali piattaforme per la didattica a distanza, per assicurare che i dati di docenti, studenti e loro familiari siano trattati nel pieno rispetto della disciplina di protezione dati e delle indicazioni fornite dalle istituzioni scolastiche e universitarie”.

5. Considerazioni conclusive: un contemperamento possibile.

È fuori di dubbio che l’azione (rectius: reazione) delle istituzioni scolastiche (tra le altre) è stata tanto straordinaria quanto apprezzabile. Sono, infatti, lodevoli gli sforzi delle stesse, dei docenti, degli studenti e dei loro genitori spinti, a seguito dell’emergenza pandemica, ad un repentino cambiamento di vita lavorativa, di abitudini e consuetudini tanto rilevante quanto inedito. I primi sono stati chiamati – quali soggetti direttamente interessati – ad un improvviso e totale ripiegamento dell’attività didattica-formativa sulla modalità a distanza, in molti casi del tutto nuovo, ed i secondi a dover supportare in tal senso l’attività formativa dei figli²⁶.

Di fatto, l’organizzazione e le modalità di erogazione della didattica digitale integrata (Ddi) sono state affidate all’Autonomia delle singole istituzioni scolastiche, in quanto organizzazione e modalità di erogazione della didattica rientrano appieno tra le prerogative di queste, alle quali comunque sono state garantite utili ed anche tempestive indicazioni dal Ministero dell’istruzione, con il coinvolgimento del Garante della privacy, necessarie per uniformare l’erogazione della didattica digitale integrata in tutte le scuole del territorio nazionale ma legate anche ad esigenze di validità dell’anno scolastico.

Si è partiti dal riconoscere alle istituzioni scolastiche la legittimazione delle scuole a trattare tutti i dati personali necessari al perseguimento delle finalità collegate allo svolgimento della Ddi, ma è stato sottolineato più volte anche che le stesse si assumessero il compito di approntare misure organizzative e di sicurezza adeguate a garantire il rispetto dei principi previsti dalla normativa di settore, di cui al Regolamento (UE) 2016/679 e, in particolare, con il supporto del RPD, dovevano verificare che, in applicazione dei principi generali del trattamento dei dati e nel rispetto delle disposizioni nazionali che trovano applicazione ai rapporti di lavoro (art. 5 e 88 del Regolamento), le piattaforme e gli strumenti tecnologici per l’erogazione della Ddi consentissero il trattamento dei soli dati personali necessari alla finalità didattica, configurando i sistemi in modo da prevenire che informazioni relative alla vita privata della molteplicità dei soggetti coinvolti venissero, anche solo accidentalmente, raccolte e utilizzate per fini diversi, tutto ciò anche nel rispetto della libertà di insegnamento dei docenti e del numero delle attività di trattamento connesse. Senza dubbio sono oneri questi molto gravosi, a fortiori se contestualizzati in un periodo di improvvisa epidemia.

Ebbene, al fine di non interrompere completamente il percorso di apprendimento, la tecnologia ha giocato un ruolo importantissimo, consentendo di abbattere, virtualmente, le distanze fisiche e superare il sopraggiunto distanziamento sociale, ricreando virtualmente spazi immateriali – poco prima fisici e concreti – nei quali riprodurre classi, collegi, colloqui, opportunità di incontro e tutte le altre attività materiali caratterizzanti il settore scolastico non più esercitabili in presenza, in modo tale da proseguire il percorso di apprendimento/formazione. Per cui, si può affermare che tutte le potenzialità della strumentazione digitale sulle quali si è fatto affidamento in maniera rafforzata, se non esclusiva, sono state risorse preziose per l’esercizio di uno dei diritti fondamentali come quello

²⁶ B. BRUSCHI, A. PERISSINOTTO, *Didattica a distanza. Com’è, come potrebbe essere*, Laterza, 2020.

allo studio con modalità e forme assolutamente nuove ed innovative (visto che non per pochi ha significato la prima esperienza).

Ovviamente ciò non deve obliterare l'altra faccia della medaglia, cioè i rischi derivanti dal potenziato utilizzo di tale tecnologia e, in particolare, un uso scorretto e poco consapevole degli strumenti telematici, a maggior ragione se sono coinvolti soggetti deboli come i minori e i soggetti affetti da disabilità, ai quali – non a caso – è stata dedicato particolare riguardo sin dai primi provvedimenti del Governo (cfr. DPCM dell'8 marzo 2020).

Or dunque, bisognava fare – come è stato fatto – di necessità virtù, così come in prosieguo bisogna capitalizzare l'esperienza dell'accelerazione della didattica a distanza in tempo di pandemia e nel contempo sensibilizzarne l'utilizzo della stessa con la dovuta consapevolezza, anche sulla base delle indicazioni fornite a livello centrale e dall'Autorità maggiormente competente in materia di gestione e tutela dei dati personali di tutti i soggetti interessati a vario titolo e con ruoli diversi, minimizzandone i rischi da illeciti e abusivi utilizzi e violazioni.

Quanto è avvenuto, fa sì che dal temperamento, possibile e costruttivo, di tutti gli interessi coinvolti, ne può derivare – superata anche la fase emergenziale – una valida alternativa di fruizione dell'apprendimento per il tramite degli strumenti e dei contenuti digitali (si pensi solo alla scuola in ospedale, nelle case circondariali), potendo rientrare nella pratica educativa ordinaria²⁷, pur nella consapevolezza, come detto, che nulla può sostituire, sotto il profilo esperienziale e sociale, la vita scolastica condotta e vissuta all'interno dei tradizionali ambienti.

Tant'è vero che bisogna tener ben presente che la tematica del trattamento dei dati personali e la relativa tutela è certamente centrale, divenuta un "esercizio" difficile ma necessario in tempo di Coronavirus senza volerle minimamente sospendere, derogare ovvero limitare le garanzie giuridiche dei titolari; è un elemento essenziale tra i diritti e le libertà fondamentali della persona e del cittadino, in particolare europeo, ma va rilevato anche che come tutti i diritti fondamentali non rappresenta una prerogativa assoluta ma deve temperarsi con gli altri diritti fondamentali (es. tutela della salute, all'istruzione, sanità pubblica, ordine pubblico e sicurezza nazionale ecc.), in base al principio di proporzionalità. Ciò è anche fissato al considerando n. 4 del Regolamento UE 2016/679 dove è sancito, altresì, che "Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo", per cui non ci sono esigenze né di limitare, derogare e men che meno di sospendere la protezione dei dati personali anche in un periodo di emergenza sanitaria come quello che stiamo vivendo, basta solo rivedere l'equilibrio del bilanciamento tra quest'ultima e gli altri diritti che si pongono al confronto, spostando l'asse verso altri diritti fondamentali come ad esempio il diritto alla salute, diritto allo studio. Quanto appena rappresentato è un effetto che nella disciplina della protezione dei dati avviene in maniera automatica o attraverso le clausole di flessibilità che la normativa prevede e l'opera della competente Autorità per la protezione della privacy, che ha assolto anche a questo compito.

Detto ciò, sul fronte dei big data, certamente è, e rimane, un serio problema aperto, quello della generazione, gestione, custodia, memorizzazione di dati e livello di sicurezza afferenti al trattamento dei dati personali utilizzati per lo svolgimento della Dad. A tal proposito, è notorio che molte piattaforme ed i relativi server utilizzati per la maggiore per la predetta attività, sono di proprietà di multinazionali con sedi legali all'estero (il più delle volte anche fuori dai paesi europei), tema sul quale ci si interrogherà anche dopo che si potrà tornare alla didattica tradizionale.

Ma anche sotto questo profilo, se ci si pone con spirito costruttivo e temperativo, si possono avviare studi al fine di massimizzare i benefici e minimizzare i rischi legati alla successiva e conseguente gestione dei dati personali con approccio basato sulle logiche dei big data. Si potrebbe ricorrere a tecniche di "anonimizzazione" dei dati, tenendo presente che chi intende avvalersi dei big data per finalità sempre inerenti la didattica deve far uso di procedure che garantiscono l'anonimato

²⁷ Sono di questi giorni le notizie relative alle proposte di varie Regioni (in principio la Puglia con l'ordinanza n. 413 del 6 novembre 2020, poi la Campania con l'Atto di raccomandazione e richiamo del 28.01.2021 e a seguire la Calabria con l'ordinanza n. 4 firmata il 30 gennaio) di adottare la didattica a distanza opzionale, una Dad on demand, prendendo in prestito un termine utilizzato in altri campi della comunicazione.

nel trattamento dei dati nonché ad effettuare periodicamente, grazie alle nuove tecnologie e alle nuove tecniche di analisi ed elaborazione, interconnessione dei dati, un *assessment* approfondito circa il rischio di re-identificazione, al fine di valutare l'affidabilità e la "resistenza" delle metodologie impiegate per la salvaguardia della riservatezza degli interessati.

Inoltre, si dovranno apprestare ancora maggiori particolari cure alle informative, che dovranno essere sempre più chiare e dettagliate, e valutare attentamente i requisiti (anche di sicurezza) che i singoli sviluppatori devono soddisfare, anche alla luce del contributo che, anche sotto questo aspetto, possono e devono derivare dai Garanti per la privacy Ue e gli organismi di standardizzazione (ISO, CEN, ecc.), per individuare protocolli e sistemi comuni da fornire agli utilizzatori, al fine di assicurare la garanzia di un'applicazione efficace dei principi di protezione dati e di sicurezza.

In più, in un'ottica di cooperazione di sistemi diversi ed autonomi, i big data possono servire, altresì, a comprendere meglio i processi educativi, per renderli più trasparenti, migliori e, perché no, competitivi rispetto ad altri sistemi educativi di altri Paesi, in epoca di comparative education and *international development*. Come tutte le nuove pratiche che si innestano in processi complessi ed articolati, se viste come mezzo per apporti innovativi e non fini a loro stesse o addirittura "parassitarie", si possono buttare le basi per nuove prospettive di operabilità. Nel caso di specie, per fare ciò, da una parte non bisogna assumere posizioni di chiusura per partito preso e dall'altra uscire da fredde misurabilità, codifiche, algoritmi, indicizzazioni ecc. in della cd. *Datafication* ed esclusioni, scostandosi da logiche prettamente di business, per puntare ad un miglioramento delle pratiche educative e sociali (ad esempio, fornire strumenti ai Governi per approntare policy in materia di istruzione sempre più innovative e migliorative), favorendo il cambiamento culturale, necessario ad affrontare le sfide del futuro.

Da ultimo, si ritiene che, nell'ambito dello svolgimento della didattica a distanza, affrontare argomenti come l'uso consapevole dei social network, piattaforme ed altri strumenti digitali e parlare dei rischi relativi ad un uso/abuso illecito degli stessi con gli studenti, sia una grande opportunità di riflessione valoriale sui principali temi di attualità relativi ad alcuni fenomeni come i *cybercrime*, il cyberbullismo e il *revenge porn* e una occasione di approfondire i rispettivi metodi di contrasto, al fine di promuovere la maturazione di una cittadinanza attiva, coscienza civica e sociale, espandere l'educazione all'uso oculato della rete internet e dei social network l'educazione ai diritti e ai doveri legati all'utilizzo delle tecnologie informatiche²⁸. Per cui la scuola, oltre a doversi adeguare al nuovo contesto nel rispetto della normativa a tutela del trattamento dei dati personali, potrà cogliere quanto sopravvenuto come opportunità di ragionare con gli stessi studenti sull'utilizzo dei propri dati di accesso (username, password, account ed altre credenziali) alle varie piattaforme, social network, app ecc. che utilizzano quotidianamente, costituite dai propri dati personali e rappresentanti la loro identità digitale che rimane nel tempo. Va insegnato loro che quest'ultima, per ciò solo, va difesa da abusi e violazioni, in un contesto giuridico-amministrativo che punta proprio a tale configurazione virtuale come modalità ordinaria di approcciarsi alla pubblica amministrazione e non solo, per cui controllare la sfera virtuale di un soggetto significa entrare nella sua sfera di diritti e libertà soggettive. Non va dimenticato, come già rilevato più volte, che quanto fatto dalle istituzioni scolastiche in termini di didattica a distanza è stato messo a punto in estrema velocità, il più delle volte puntando sulla disponibilità dei singoli ed in mancanza di valida strumentazione, e che certamente in futuro si dovrà puntare sull'organizzazione più che sull'inventiva e disponibilità personale, anche alla luce della, tutto sommato, positiva esperienza passata, al fine di pianificare al meglio l'avvio degli anni

²⁸ La legge 20 agosto 2019, n. 92 recante "Introduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica", nell'ambito dell'insegnamento trasversale dell'educazione civica, prevede l'educazione alla cittadinanza digitale (art. 5). In attuazione della previsione di cui all'articolo 3 della predetta legge n. 92/2019 con decreto del Ministro dell'istruzione (prot. n. 35 del 22.06.2020) sono state definite le linee guida per l'insegnamento dell'educazione civica, puntando su tre assi portanti: "Studio della Costituzione, sviluppo sostenibile, cittadinanza digitale". Approfondimento al seguente link: <https://www.miur.gov.it/web/guest/-/inviata-alle-scuole-le-linee-guida-per-l-insegnamento-dell-educazione-civica-azzolina-studio-della-costituzione-sviluppo-sostenibile-cittadinanza-digi>.

scolastici a venire²⁹. Per cui, non vi è dubbio che si dovrà affrontare in maniera più strutturata, tra gli altri, anche l'aspetto qui trattato, assicurando che gli strumenti per lo svolgimento della didattica a distanza siano adottati con il maggior rigore possibile dal punto di vista della sicurezza e della conformità alla protezione dei dati personali.

Il miglior auspicio è l'adozione di ulteriori misure atte a definire un modello di governance della privacy applicata alla didattica a distanza (ad esempio: rivedere e passare in rassegna tutte le scelte compiute in stato di emergenza, una formazione completa e capillare del personale, dotarsi di nuova strumentazione tecnologica ecc.), magari nell'ambito di una più ampia procedura di completamento della disciplina degli strumenti elettronici, a partire dal registro elettronico che potenzialmente è la piattaforma eletta anche per la didattica a distanza.

²⁹ Proprio alla luce dei limiti, delle mancanze e delle contraddizioni che la scuola si è trovata ad affrontare per l'avvio della didattica a distanza in fase emergenziale, a fronte dello sforzo generoso di molte famiglie e docenti, parte della dottrina reputa ciò una dimostrazione che non può esistere didattica se non quella in presenza. Si veda: P. DE ANGELIS, *La scuola a scuola: Contro la didattica a distanza*, Castelvechi, 2020; R. MANTEGAZZA, *Non è scuola ma... La didattica a distanza oltre l'emergenza*, Kanaga, 2020.

COMPLESSITA' E PANDEMIA

Sergio Benedetto Sabetta

Discutiamo spesso del rapporto tra efficienza ed inefficienza, tra ordine e caos, tra simmetrie e asimmetrie, tra crescita e crisi, tutti rapporti che si fondano non tanto sulla quantità di elementi in gioco, bensì sulle relazioni che si stabiliscono tra loro.

La complessità favorisce un eventuale errore nella valutazione delle relazioni che si espande rapidamente tra le connessioni stesse, l'errore viene pertanto ad essere nelle previsioni iniziali, nella difficoltà a conoscerle esattamente o più semplicemente nella loro manipolazione.

Vi è pertanto una necessità di riscontro dei risultati attraverso un catalizzatore che in termini giuridici possono essere i T.U., questo tuttavia viene a disvelare eventuali errori iniziali di valutazione o inserimenti impropri e surrettizi di interessi che possiamo considerare delle vere e proprie manipolazioni.

Risulta quindi intuitivamente più vantaggioso per un potere magmatico mantenere relazioni fluide e poco trasparenti tra una moltitudine di elementi, che tenere una struttura coesa con una propria etica. Nella pandemia proprio per le caratteristiche fluide e indefinite della stessa vengono a confluire questi caratteri, dove non vi è un centro e tutto può essere il contrario di tutto, mantenendo la cittadinanza in una serie di insicurezze che possono risolversi in esplosioni locali e improvvisazioni, ma senza una precisa direttiva.

E' proprio l'aspetto sanitario impalpabile, minaccioso, variegato e indefinito nei contorni e negli effetti che crea paura, rifiuto e un sostanziale sbandamento a cui si aggiunge l'agire scoordinato delle varie istituzioni, in conflitto tra loro, in un' apparente flessibilità nella sostanza conflittuale e sentita come inaffidabile dal cittadino, trasformato in molti casi in suddito.

Le promesse di interventi a favore di categorie per riattivare l'economia si risolvono in ulteriori dubbi e perplessità per le complessità dei percorsi e poca chiarezza nei testi, che appaiono come specchi per nascondere ulteriori fini, dando un ulteriore senso di insicurezza.

Anche la questione dei vaccini ne è una testimonianza, non vi è solidarietà tra le nazioni se non a parole, di fatto vi è una guerra per ridefinire gli equilibri geopolitici sia all'esterno con il mondo che all'interno dell'U.E., dove il prevalere comporta la leadership (I segreti del vaccino, in La Repubblica, 7/2/2021).

Vi è un interagire tra complessità generata dall'evoluzione tecnica e le conseguenti relazioni che si instaurano, fluidità politica dovuta alla stessa fluidità sociale e quindi etica che l'evoluzione tecnica favorisce e la difficoltà di creare modelli relazioni stabili in un determinato lasso di tempo.

Si crea un rimpallo tra democrazia e autoritarismo, dove efficienza e capacità di assorbire tensioni conflittuali appaiono talvolta in contrasto tra loro e i modelli, vincenti nel breve periodo, rischiano di perdersi nei tempi più lunghi.

In tutto questo la pandemia non fa che sovrapporre una ulteriore complessità relazionale e conseguenti rischi ad un modello complesso quale è quello italiano, posto a sua volta in uno scacchiere complesso come il Mediterraneo di cui è il frutto e in cui confluiscono le tensioni di tre continenti.

FONTI RINNOVABILI E TENTATIVI “FRUSTRATI” DI SEMPLIFICAZIONE.

Brevi considerazioni sulla sentenza della Consulta 2 dicembre 2020, n. 258

Giorgia Barbieri

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La pronuncia della Corte costituzionale. - 3. Considerazioni sull'intervento della Consulta. - 4. Conclusioni e prospettive.

1. Premessa.

Nel panorama ordinamentale sia nazionale che regionale, merita particolare considerazione la legge regionale 23 luglio 2019, n 34 recante “Norme in materia di promozione dell'utilizzo di idrogeno e disposizioni concernenti il rinnovo degli impianti esistenti di produzione di energia elettrica da fonte eolica e per conversione fotovoltaica della fonte solare e disposizioni urgenti in materia di edilizia”, in quanto la stessa si pone come norma all'avanguardia e proiettata a traguardare gli obiettivi già individuati a livello comunitario e nazionale.

Ed infatti, in un periodo storico-normativo caratterizzato da un lato da tendenze semplificatorie in generale, spinte ancor più dalla decretazione d'urgenza diretta a fronteggiare le conseguenze sanitarie, economiche e sociali della pandemia da SARS COV-2 (come emerge agevolmente dalla lettura e dall'analisi di tutte le disposizioni contenute nel decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, come convertito con modificazioni in Legge 11 settembre 2020, n. 120), dall'altro da un nuovo forte impulso impresso dal legislatore nazionale proprio alla materia delle fonti rinnovabili di energia, spiccano con particolare vigore normative analoghe a quella oggetto delle presenti osservazioni: si veda a tal fine il Titolo IV del dl n.76/2020, recante “Semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e green economy” ove ricorrono plurime disposizioni indirizzate a rendere più agevole e snello il ricorso a strumenti (già contemplati dalla normativa vigente) di semplificazione in detta materia.

L'obiettivo della legge regionale è dunque duplice:

- da un lato, promuovere la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile favorendo la chiusura dei cicli produttivi mediante la produzione di idrogeno attraverso l'energia elettrica prodotta da fonte rinnovabile non consumata e non immessa nella rete;
- dall'altro, favorire l'ammodernamento degli impianti esistenti, regolarmente autorizzati e ubicati in aree non interessate dai vincoli (ad esempio, quelli paesaggistici del PPTR), di produzione di energia elettrica da fonte eolica e solare, mediante la previsione di una disciplina dei procedimenti amministrativi relativi agli interventi di integrale ricostruzione, potenziamento, rifacimento e riattivazione degli impianti, in grado di offrire certezza regolamentare e semplificazione amministrativa, nonché riducendo le ripercussioni negative sull'ambiente e il consumo del suolo, per non disperdere il patrimonio infrastrutturale già realizzato e quindi evitare ulteriore consumo di suolo.

2. La pronuncia della Corte Costituzionale.

Nello specifico, la legge della Regione Puglia prevede diversi interventi; con riferimento alla promozione di una economia basata sull'idrogeno (prima parte della legge), si prevede:

1. la definizione di un Piano Regionale dell'Idrogeno;

2. la costituzione di un Osservatorio per monitorare l'efficacia delle politiche attivate per la promozione dell'utilizzo dell'idrogeno;
3. azioni finalizzate alla realizzazione di impianti cogenerativi alimentati ad idrogeno per la produzione di energia elettrica e calore al servizio di edifici pubblici e privati, nonché di impianti per la produzione di metano tramite la reazione fra idrogeno e anidride carbonica;
4. misure per la realizzazione di impianti, anche sperimentali, di produzione e distribuzione di idrogeno, combustibili e carburanti rinnovabili;
5. la promozione del rinnovo del parco rotabile, su gomma e su ferro, del servizio di trasporto pubblico con il ricorso a mezzi dotati di celle a combustibile alimentate a idrogeno;
6. l'esenzione dal pagamento dell'imposta di bollo per gli autoveicoli alimentati a idrogeno;
7. misure di sostegno per la ricerca applicata sull'idrogeno come vettore energetico per la mobilità sostenibile e forma di accumulo di energia, favorendo partnership tra Università, centri di ricerca pubblici e privati, imprese;
8. la promozione della generazione diffusa dell'energia da fonte rinnovabile e della partecipazione attiva dei cittadini al mercato dell'energia, sia individualmente che in forma aggregata, ad esempio con la creazione di comunità locali dell'energia organizzate nella forma delle "cooperative di comunità" di cui alla legge regionale n. 23/2014 e perfettamente in linea con la Direttiva RED II (Direttiva 2018/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio).

Sul fronte, invece, dell'ammodernamento degli impianti esistenti, regolarmente autorizzati ed ubicati in aree non interessate dai vincoli (ad esempio, quelli paesaggistici del PPTR), eolici e fotovoltaici, la legge:

1. definisce, in materia di valutazione degli impatti ambientali degli interventi di ammodernamento degli impianti esistenti, condizioni e criteri per la "valutazione preliminare" (procedimento recentemente introdotto dal legislatore nazionale), favorendo quei progetti che propongono riduzioni significative del numero di aerogeneratori (almeno il 50%) con una sensibile riduzione del c.d. "effetto selva" e, nel caso di impianti fotovoltaici, del suolo occupato, assieme a misure di compensazione di carattere ambientale in favore dei comuni nei cui territori ricadono gli impianti;
2. definisce con chiarezza quando i menzionati interventi siano classificabili come modifiche sostanziali o come modifiche non sostanziali, definendo i relativi procedimenti;
3. individua i procedimenti amministrativi per il rinnovo dell'autorizzazione all'esercizio degli impianti esistenti e le relative condizioni (ammodernamento tecnologico, riduzione significativa delle dimensioni degli impianti, garanzie per il ripristino dello stato dei luoghi);
4. fornisce i criteri per la determinazione delle misure di compensazione a carattere ambientale in favore dei comuni nei cui territori sono localizzati gli impianti interessati dagli interventi di ammodernamento (ad esempio: efficientamento energetico di edifici comunali, acquisto di flotte autoveicoli a zero o basse emissioni, piste pedo-ciclabili, costituzione di comunità locali dell'energia, ecc.);
5. promuove iniziative del governo regionale finalizzate alla delocalizzazione di impianti esistenti ubicati in zone agricole o in aree inidonee ai sensi di un regolamento regionale del 2010 e del PPTR (con contestuale dismissione degli stessi e ripristino dello stato dei luoghi) in aree industriali dismesse, cave esaurite, siti inquinati.

Senonché sulla norma è intervenuta la Corte costituzionale che, con la sentenza del 2 dicembre 2020, n. 258, si è pronunciata sul ricorso presentato dal Governo, chiedendo al giudice delle leggi di vagliarne la legittimità costituzionale. In sintesi la Consulta si è dunque così espressa:

- sull'art. 3 rubricato "Piano regionale dell'idrogeno" il ricorso muoveva dal rilievo che il Piano Regionale dell'idrogeno (PRI) potesse essere sottratto alla Valutazione Ambientale Strategica (VAS) prescritta dall'art. 6, comma 2 del d.lgs. n. 152 del 2006 (in seguito Codice Ambiente) per i piani e i programmi che possono avere impatti significativi sull'ambiente. Nella prospettiva avversa dunque il legislatore pugliese, omettendo di precisare che il PRI va

sottoposto alla VAS, avrebbe violato l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., di cui le disposizioni del Codice assunto a norma interposta rappresentano diretta espressione; la Corte si è espressa ritenendo invece che “l'esame della legge regionale impugnata permette di interpretare l'art. 3 in senso diverso da quello prefigurato dal ricorrente e conforme alla Costituzione. Deve, infatti, ritenersi che il PRI non sia sottratto alla VAS, essendo così esclusa la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. La corretta lettura delle norme regionali deriva dalla loro considerazione sistematica e merita di essere qui brevemente illustrata”. Nella cornice normativa delineata la questione di costituzionalità dell'art. 3 della legge reg. Puglia n. 34 del 2019 non è fondata, perché la disciplina sulla VAS, contenuta nel Codice Ambiente, trova applicazione nel contesto dell'articolo impugnato: ha pertanto dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale riferita al suddetto art. 3;

- sull'art. 10 rubricato “Valutazione preliminare dei potenziali impatti ambientali”: detta disposizione è stata censurata dal Governo nella parte in cui la norma fissa alcuni criteri in base ai quali possa ritenersi che la modifica degli impianti non produce impatti negativi sull'ambiente, consentendone la realizzazione senza ricorrere ad alcuna procedura valutativa contemplata dal Codice Ambiente; esso dunque violerebbe la disciplina prevista dal Testo Unico Ambientale nella parte in cui (nella Parte II) codifica la verifica di assoggettabilità a VIA e la VIA. Sul punto la Corte ha così statuito: “La ricerca del punto di equilibrio tra l'esigenza di semplificare le procedure per esercitare impianti alimentati da fonti di energia rinnovabili e la tutela dell'ambiente in cui essi si trovano è un compito dello Stato. Non spetta, dunque, alle Regioni decidere quali siano le condizioni che determinano l'esclusione dalle verifiche d'impatto ambientale. Si ribadisce che, sebbene la competenza esclusiva statale prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. non escluda aprioristicamente interventi regionali, anche legislativi, «è tuttavia necessario che ciò avvenga in termini di piena compatibilità con l'assetto normativo individuato dalla legge statale, non potendo tali interventi alterarne il punto di equilibrio conseguito ai fini di tutela ambientale» (sentenza n. 178 del 2019; nello stesso senso, sentenza n. 147 del 2019). Questa Corte ha infatti affermato con chiarezza che la disciplina sulla VIA rientra a pieno titolo nella competenza statale esclusiva indicata dall'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., e, infatti, lo Stato riconosce alle Regioni e Province autonome spazio di intervento soltanto in ambiti specifici e precisati dallo stesso codice dell'ambiente (sentenze n. 93 del 2019, n. 246 e n. 198 del 2018)”, dichiarando conseguentemente la illegittimità costituzionale dell'art. 10 legge citata;
- sull'art. 11 rubricato “Disciplina delle modifiche sostanziali e non sostanziali” la questione affrontata è più complessa ed articolata, involgendo aspetti attinenti il regime abilitativo delle modifiche sostanziali e non sostanziali degli impianti eolici e fotovoltaici esistenti. L'art. 11 prevede, infatti, che le modifiche dell'impianto che non ampliano la dimensione degli apparecchi, delle strutture e della superficie occupata si considerino non sostanziali e siano assentite con procedura abilitativa semplificata (PAS); al comma 4, però, precisa che le modifiche non sostanziali degli impianti assentite con procedure semplificate non possono sottoporsi alla PAS se, come effetto dell'intervento, si ottiene un impianto di potenza superiore a 1 MW. Il Governo ha sostenuto che quest'ultima previsione determini la limitazione dell'utilizzo della PAS e così l'applicazione, da parte del legislatore pugliese, di procedure più gravose di quelle previste dalla legge statale. Se, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 28 del 2011, le Regioni possono, infatti, assentire alla realizzazione di impianti eolici e fotovoltaici con PAS solo se l'impianto produce una potenza nominale complessiva non superiore a 1 MW, il legislatore pugliese, all'art. 11, introduce una precisazione avente funzione antielusiva del quadro normativo statale. Pur riproducendo la previsione statale per cui si applica la PAS alle modifiche che non estendono l'area dell'impianto, essa intende al contempo evitare che, a seguito di singoli interventi di revamping, risultino in esercizio impianti – in origine assentiti con procedure semplificate (PAS o Comunicazione) – che

generano una potenza superiore a 1 MW senza essere passati per i più approfonditi controlli, anche sugli impatti ambientali, previsti nel procedimento di AU. La Corte ha così statuito: “Nel caso di specie, le disposizioni regionali impugnate sono conformi al complesso delle norme statali di riferimento nel solco della giurisprudenza costante di questa Corte, secondo la quale le regole inerenti i regimi abilitativi degli impianti alimentati da fonti rinnovabili sono fissate, quali principi fondamentali della materia dell’energia, nel d.lgs. n. 28 del 2011 e nel d.lgs. n. 387 del 2003 e che devono essere rispettate dalle Regioni (ex plurimis, sentenze n. 106 del 2020, n. 286 del 2019, n. 69 del 2018 e n. 99 del 2012).”, concludendo nel senso della non fondatezza della questione di legittimità sollevata;

- sull’art. 12 rubricato “Rinnovo del titolo abilitativo” secondo il Governo, esso imporrebbe condizioni per ottenere detto rinnovo, in assenza di simili indicazioni nella legislazione di principio in materia di energia – in particolare negli artt. 4 e 6 del d.lgs. n. 28 del 2011 e 12 del d.lgs. n. 387 del 2003 – violando così l’art. 117, terzo comma, Cost.. A giudizio della Consulta la censura è fondata in quanto “il compito della semplificazione delle procedure riguardanti i titoli abilitativi in questa materia non spetta al legislatore regionale, come questa Corte ha affermato più volte. È infatti lo Stato che, in attuazione della normativa europea, ha il compito di dettare norme ispirate «alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità» (sentenza n. 106 del 2020), al fine di favorire gli investimenti nel settore (in tal senso, sentenze n. 86 del 2019 e n. 177 del 2018)”: pertanto anche detto articolo è stato dichiarato incostituzionale e, per l’effetto, espunto dall’ordinamento regionale;
- sull’art. 16 rubricato “Disposizioni in materia di adempimenti della Giunta regionale” la Corte costituzionale ha dichiarato la inammissibilità della questione posta in quanto la censura è apparsa insufficientemente motivata.

3. Considerazioni sull’intervento della Consulta.

Dunque la Consulta ha accolto solo parzialmente le censure mosse dal Governo alla normativa regionale deducendone sostanzialmente la difformità rispetto ai paradigmi costituzionali evocati, così andando a “frustrare” il pur lodevole tentativo del legislatore di consentire una più efficace semplificazione degli iter procedurali volti alla realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili, così anche favorendo i processi di transizione energetica e di progressivo abbandono delle fonti fossili.

Qualche considerazione sulle motivazioni della Consulta.

Sull’art. 3: l’omissione del rinvio all’esperimento delle procedure disciplinate dal Titolo II della Parte II del d.lgs. n. 152/2006 e s.m.i. non è motivo di censurabilità della norma, trattandosi con ogni evidenza di adempimento di legge cui il prefigurato Piano soggiace a prescindere da qualsivoglia rinvio a norma cogente. D’altro canto, nella fattispecie specifica non si ravvisa alcuna necessità di addivenire ad una interpretazione autentica della disposizione normativa in quanto la sottoposizione al processo di valutazione ambientale strategica (secondo il paradigma delineato tanto dalla norma nazionale quanto da quella regionale che le è speculare), è aspetto immanente ad ogni atto di pianificazione, con la sola eccezione di quei casi specifici che possono essere contemplati soltanto dalla norma statale in quanto materia rientrante pacificamente tra quelle di cui all’art. 117 co.2 lett. s) della Costituzione. Sull’art. 10: si premette a tal fine che la ratio della disposizione varata dal legislatore nazionale con l’art. 6 comma 9 del d.lgs. n. 152/2006 e s.m.i. è stata quella di prevedere dei meccanismi di semplificazione volti a consentire al proponente di ovviare all’avvio dei procedimenti di VIA e/o di verifica di assoggettabilità a VIA nei casi di “modifiche, estensioni o adeguamenti tecnici finalizzati a migliorare il rendimento e le prestazioni ambientali ...”, demandando all’autorità competente l’onere della valutazione della significatività della modifica proposta e prevedendo il termine di 30 giorni per l’espletamento della relativa istruttoria da parte della medesima autorità. A tal fine il Ministero dell’Ambiente, con provvedimento n. 239 del 3 agosto 2017, ha altresì provveduto ad

approvare la modulistica necessaria ai fini della presentazione delle liste di controllo, quale documentazione da allegare all'istanza.

Tanto premesso, l'art. 10 della legge in parola introduce al comma 2 taluni criteri predeterminati sulla base dei quali l'autorità competente deve comunque escludere il progetto dalle successive fasi della valutazione, allorché ricorrano le condizioni declinate dalle lettere a) e b) del medesimo comma, oppure prevedano misure di compensazione di carattere ambientale e territoriale in favore dei Comuni nei cui territori ricadono gli impianti conformi ai criteri di cui al D.M. del 10/09/2010 e dal R.r. 24/2010 (Regolamento per le aree non idonee). Tale previsione è dunque difforme dal paradigma normativo delineato dalla norma statale che non prevede aprioristicamente limiti o criteri alla stregua dei quali non assoggettare alle relative procedure i progetti oggetto della valutazione. Siffatta previsione, pertanto, travalica i limiti entro cui le Regioni, ai sensi del combinato disposto dell'art. 5 comma 8 e 23 comma 4 del d.lgs. n. 152/2006 e smi, hanno facoltà di intervenire con proprie norme per recepire le sopravvenute disposizioni introdotte dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104 e, conseguentemente, il fare applicazione estensiva di una norma di semplificazione varata dal legislatore statale (peraltro già ampiamente utilizzata sia a livello regionale che a livello statale) non rimuove l'eccesso di potere da cui è attinta la disposizione: dunque, pur valutando favorevolmente il tentativo di addivenire a semplificazioni procedurali (invero già contemplate dalla norma statale ed ivi trasfuse), cionondimeno quanto codificato dalla Regione stride con la formulazione dell'art. 6 co. 9 che prevede che, a valle della trasmissione da parte del proponente della documentazione da valutare, "l'autorità competente, entro 30 giorni dalla presentazione della richiesta di valutazione preliminare, comunica al proponente l'esito della proprie valutazioni". La corretta esegesi della citata norma statale postula infatti che, solo all'esito della valutazione compiuta dall'Autorità competente, quest'ultima si determini in relazione alla corretta procedura che l'istante dovrebbe attivare ed esclude espressamente che gli esiti di detta valutazione siano già predeterminati a priori, come invece si evince dalla dicitura apposta all'art. 10 comma 2.

Parimenti il tentativo di "specificazione e ricognizione" delle fattispecie (che rappresenta la ratio ispiratrice della norma regionale, come si evince chiaramente dalla relazione accompagnatoria) non viene contemplato dalla norma statale che, viceversa, prevede la valutazione "caso per caso" con riferimento alla singola fattispecie sottoposta nonché alle condizioni ambientali e paesaggistiche sito-specifiche. Il riferimento svolto all'art. 4 della Direttiva n. 2014/52/UE ai sensi del quale "gli Stati membri possono fissare soglie o criteri per stabilire in quali casi non è necessario che i progetti siano oggetto di una determinazione a norma dei paragrafi 4 e 5, né di valutazione di impatto ambientale" confligge apertamente con i limitati spazi normativi concessi alle Regioni dal d.lgs. n. 16 giugno 2017, n. 104 e cristallizzati dall'art. 5 co. 8 e dall'art. 3 co. 4 del medesimo decreto; peraltro tale riferimento è evidentemente rivolto al recepimento delle disposizioni comunitarie da parte degli Stati membri e non sussistono spazi congrui per le Regioni a provvedere diversamente da come ha già normato il legislatore statale, i cui paradigmi sono ben definiti dagli articoli succitati.

Il comma 6 dell'art. 10 ha invece di fatto introdotto una deroga all'assetto di competenze delineato dalla attuale normativa in materia di VIA in Puglia, in quanto prevede che l'autorità competente allo svolgimento delle valutazioni preliminari sia la Regione in riferimento ai progetti elencati nel medesimo articolo:

1. progetti relativi ad integrale ricostruzione, potenziamento, rifacimento e riattivazione degli impianti eolici e per conversione fotovoltaica della fonte solare con potenza nominale superiore ad 1 MW;
2. progetti che coinvolgono impianti ricadenti in una area vasta;
3. progetti localizzati in aree non idonee ai sensi del R.R. 24/2010 o che non siano ammissibili ai sensi del PPTR.

Tale avocazione di competenza postula che "i progetti relativi ad interventi di integrale ricostruzione, potenziamento, rifacimento e riattivazione, finalizzati a migliorare il rendimento delle prestazioni ambientali degli impianti esistenti di produzione di energia elettrica da fonte eolica e per conversione

fotovoltaica della fonte solare con potenza nominale complessiva superiore ad 1 MW” e le conseguenti procedure che ne dovessero derivare in esito all’istruttoria condotta, riferito ad un progetto già valutato – per esempio – dalla Provincia (in qualità di ente delegato ai sensi della L.r. n. 17/2007) sia invece valutato dalla Regione, così generando una inauspicata discontinuità amministrativa. Va da sé infatti che la valutazione preliminare venga svolta dalla stessa amministrazione che ha emesso il relativo provvedimento amministrativo, piuttosto che da una altra amministrazione non depositaria dello storico del progetto e dei correlati provvedimenti precedentemente emessi.

Quanto poi all’ultimo inciso del comma 6, la legge ha previsto che la Regione sia competente all’espletamento delle procedure di cui all’art. 6 co. 9 “qualora il progetto debba essere assoggettato a valutazione di incidenza, ad autorizzazione paesaggistica e/o accertamento di compatibilità paesaggistica”. Anche tale previsione pare confliggere con l’attuale assetto di competenze in materia paesaggistica in quanto, in base alle disposizioni dell’art. 7 co. 1 della L.r. n. 20/2009 e smi (Norme per la pianificazione paesaggistica):

1. la competenza a rilasciare le autorizzazioni paesaggistiche ed i provvedimenti autorizzatori, comunque denominati, previsti dal capo IV del titolo I della parte III e dal capo II del titolo I della parte IV del d.lgs. n. 42/2004 e smi, nonché dalla vigente pianificazione paesaggistica, è in capo alla Regione per le opere sottoposte a procedimento di valutazione di impatto ambientale (VIA) di competenza regionale;
2. per le opere soggette a procedimento di VIA di competenza della provincia o della Città Metropolitana, il rilascio delle suddette autorizzazioni è in capo alla Provincia o Città metropolitana, ove la stessa risulti delegata ai sensi del comma 5; in capo alla Regione nei restanti casi;
3. per i progetti soggetti a procedura di verifica di assoggettabilità a VIA all’esito della quale non sia disposto l’assoggettamento a VIA, la competenza al rilascio delle suddette autorizzazioni rimane in capo all’ente presso il quale è incardinata la procedura di verifica di assoggettabilità.

E’ dunque evidente che tale disposizione incide significativamente sul riparto di competenze come sopra sinteticamente esposto, avendo avvocato alla Regione tutti i casi (a prescindere dalla ricorrenza dei relativi presupposti ex L.r. n. 20/2009) in cui sia richiesto dai proponenti uno degli interventi riconducibili al co. 1 dell’art. 10.

Sull’art. 11: nel caso di specie, le disposizioni regionali impugnate sono state ritenute conformi al complesso delle norme statali di riferimento nel solco della giurisprudenza costante della Corte, secondo cui le regole inerenti ai regimi abilitativi degli impianti FER sono fissate, quali principi fondamentali della materia dell’energia, nel d.lgs. n. 28 del 2011 e nel d.lgs. n. 387 del 2003 e che devono essere rispettate dalle Regioni. Secondo la Consulta – che già si era in precedenza espressa –, la questione non è fondata, una volta accertato che «si tratta[va] chiaramente di una norma antielusiva, volta a impedire surrettizi “frazionamenti” degli impianti, finalizzati a rendere possibile l’autorizzazione semplificata (basata sul silenzio-assenso) in luogo dell’autorizzazione unica, con conseguente esclusione della valutazione di compatibilità ambientale» (sentenza n. 86 del 2019 e così anche sentenza n. 286 del 2019). Analogamente in tale fattispecie non viene dunque riscontrata la violazione dei paradigmi fondamentali in materia di energia, in quanto la normativa regionale è volta a far osservare tutti i limiti stabiliti a tal proposito dal legislatore statale.

Sull’art. 12: anche nel caso di questa disposizione il legislatore ha travalicato i limiti consentiti per legiferare: il testo dell’articolo impugnato è chiaro nel prescrivere che il rinnovo dell’autorizzazione di un impianto esistente «può essere disposto a condizione che» si operino modifiche agli impianti secondo le indicazioni ivi presenti (analogamente a quanto previsto nell’articolo 10); ne consegue che la prefigurazione di condizioni semplificatorie è stata censurata dalla Consulta in quanto, come da giurisprudenza costituzionale consolidata (in tal senso, sentenze n. 86 del 2019, n. 177 del 2018 e

106 del 2020), il compito di semplificare le procedure riguardanti i titoli abilitativi al fine di favorire gli investimenti nel settore non è prerogativa del legislatore regionale.

Sull'art. 16: infine, rispetto alla citata disposizione oggetto di censura, la Corte non disponeva di sufficienti elementi tesi a valutare la illegittimità dell'articolo che conferisce alla Giunta Regionale la definizione dei termini per i procedimenti di cui al Capo II avente oggetto i regimi della PAS e dell'Autorizzazione Unica e che, ad avviso del ricorrente, sarebbe incostituzionale «per analoghe ragioni» rispetto a quelle che hanno suffragato l'illegittimità degli artt. 11 e 12.

4. Conclusioni e prospettive.

Conclusivamente: i Giudici ermellini, pur evidentemente apprezzando lo sforzo profuso dal legislatore regionale e riconoscendo la legge come coerente con le politiche avviate a livello internazionale, europeo e statale che mirano al contenimento delle emissioni di gas a effetto serra (da ultimo, con l'approvazione della Direttiva UE denominata RED II), nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, hanno però fortemente ridimensionato la concreta e pratica applicazione delle disposizioni espunte dall'ordinamento, così di fatto rallentando quel processo di aggiornamento del quadro normativo di riferimento che va verso la progressiva riduzione della dipendenza dai combustibili fossili, l'adozione di tecnologie di "frontiera" capaci di consolidare la leadership della Puglia nella produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile e della riduzione degli impatti negativi sul territorio.

La legge, infatti, si pone perfettamente in linea con la condivisibile prospettiva di governo tracciata a più riprese dal Presidente Michele Emiliano e dal governo regionale, ad esempio con l'aggiornamento del PEAR che punta ad un'economia di transizione a basso utilizzo di carbone, con l'obiettivo della progressiva sostituzione dei combustibili fossili con quelli a zero emissioni, recando così benefici alla salute dei cittadini e all'ambiente, senza pregiudicare, ma consolidando e rafforzando, il percorso di crescita dell'economia pugliese.

RAPPORTO DI AGENZIA ED ATTIVITÀ ACCESSORIA DI RISCOSSIONE E INCASSO.

Corte di Cassazione ordinanza n. 17572 depositata il 21 agosto 2020.

Lorenzo Mosca

L'Ordinanza in commento, nel cassare la sentenza impugnata e rinviando la decisione ad altra sezione della medesima Corte di Appello il cui provvedimento fu oggetto di gravame, indica i principi consolidati cui la Corte dovrà attenersi nel giudicare nuovamente la questione, al fine di stabilire se ad un Agente di commercio spetti o meno lo "specifico compenso aggiuntivo per l'attività di incasso svolta".

La questione non è pacifica, poiché in effetti la "riscossione delle somme" è prestazione accessoria a quella principale del contratto di agenzia, che può essere conferita sin dall'inizio del rapporto o successivamente e che può variare nel suo contenuto concreto, anche nel corso del rapporto stesso.

Tali principi, usando le chiare parole del Supremo Collegio sono:

- ove il contratto di agenzia preveda fin dall'inizio del rapporto il conferimento all'agente anche dell'incarico di riscossione, deve presumersi che il compenso per tale attività sia stato già compreso nella provvigione pattuita, che deve intendersi determinata con riferimento al complesso dei compiti affidati all'agente.

mentre

- la medesima attività andrà separatamente compensata, nel caso in cui il relativo incarico sia stato conferito all'agente nel corso del rapporto e costituisca una prestazione accessoria ulteriore rispetto a quella originariamente prevista dal contratto (Cass. n. 1269/1988; conformi, fra altre: n. 3309/1991; n. 1818/1993; n. 7481/2000; n. 22892/2008);
- tale orientamento ha trovato conferma in Cass. n. 21079/2013, per la quale, poiché lo svolgimento da parte dell'agente di attività di incasso, ... dei corrispettivi dovuti dai clienti non costituisce un elemento essenziale o naturale del contratto di agenzia, ma soltanto un compito ulteriore che le parti possono convenire, quando la facoltà e l'obbligo di riscuotere i crediti del preponente siano intervenuti nel corso del rapporto di agenzia, deve ritenersi che l'attività di esazione costituisca prestazione accessoria e ulteriore rispetto all'originario contratto, e richieda una sua propria remunerazione ... (conformi, fra altre: n. 8110/1995; n. 3902/2001);
- prosegue l'Ordinanza sostenendo che, poiché gli AEC in vigore prevedono che debba essere "stabilito uno specifico compenso aggiuntivo", in forma diversa dalla provvigione, "nel caso in cui sia affidato all'agente o rappresentante l'incarico continuativo di riscuotere per conto della casa mandante, con responsabilità dell'agente per errore contabile", ponendo di conseguenza la responsabilità per errore contabile del collaboratore quale presupposto indispensabile perché possa sorgere a favore dello stesso il diritto all'indennità.

Per procedere ad un nuovo esame della fattispecie, la Corte di rinvio, si dovrà attenere al principio di diritto richiamato, e dovrà verificare l'eventuale attribuzione all'agente, nel corso del rapporto, di responsabilità per errore contabile dovuto a colpa nell'esecuzione della prestazione accessoria.

Sintetizzando, vista la parziale confusione degli ultimi due principi di diritto esposti, che valevano per il caso specifico sottoposto all'esame (attività prevista ab initio, ma senza responsabilità contabile), si può schematicamente sostenere che, qualora la attività di incasso somme venisse

conferita nel corso del rapporto, essa andrà separatamente compensata con specifica remunerazione, in quanto icto oculi è accessoria, non prevista e ulteriore rispetto alla obbligazione principale, indipendentemente dalla responsabilità di cassa per colpa.

Qualora invece la specifica attività di riscossione somme fosse prevista ab origine (ma senza responsabilità di errore o ammanco), il compenso si ritiene compreso in quello stabilito per le provvigioni in quanto l'attività diviene oggetto specifico del contratto e si presume essere stata oggetto di trattative sul compenso complessivo.

In ogni caso in cui, ab inizio o successivamente (cioè come nell'ultimo caso che abbiamo esposto), emergesse che “sia affidato all'agente o rappresentante (A) l'incarico continuativo di riscuotere per conto della casa mandante, con (B) responsabilità dell'agente per errore contabile” sarà dovuto lo specifico compenso aggiuntivo in forma diversa da quella provvigionale ai sensi degli AEC previdenti ed in vigore (ad esempio A.E.C. commercio 2002 (art. 4), e 2009 (art. 5)).

MASSIMA – Corte di Cassazione ordinanza n. 17572 depositata il 21 agosto 2020.

Ove il contratto di agenzia preveda fin dall'inizio il conferimento all'agente anche dell'incarico di riscossione, deve presumersi – attesa la natura corrispettiva del rapporto – che il compenso per tale attività sia stato già compreso nella provvigione pattuita, che deve intendersi determinata con riferimento al complesso dei compiti affidati all'agente.

L'Agente avrà diritto ad uno specifico compenso “aggiuntivo”, ove al medesimo Agente venga attribuita, anche nel corso del rapporto una specifica responsabilità per errore contabile dovuto a colpa nell'esecuzione della prestazione accessoria.

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE NEL DIRITTO DI FAMIGLIA.

Sergio Benedetto Sabetta

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sul contratto matrimoniale. – 2. Responsabilità patrimoniale.

1. Considerazioni preliminari sul contratto matrimoniale.

L'attuale crisi del matrimonio non è altro che la conseguenza della sua perdita progressiva di valore sociale, circostanza che riduce lo stesso ad un puro contratto con tutti gli obblighi e conseguenti rischi senza riconoscimenti materiali e morali.

L'estendere alle convivenze molti dei diritti matrimoniali relativi alla prole e al mantenimento lasciando comunque ad esse una notevole flessibilità gestionale, fa sì che in una società estremamente magmatica e individualista quale è l'attuale, dove la famiglia non è più un centro di produzione e assistenza, prevalgono nel matrimonio gli aspetti negativi del rischio, aggravati da una continua contrattualizzazione dei rapporti dovuta al venire meno del collante sociale delle consuetudini, frutto dell'attuale notevole mobilità.

Vi è quindi un aspetto morale che rimane solo per il matrimonio canonico, mentre per quello civile prevale il rischio contrattuale e la possibilità del ripetere il piacere della cerimonia, dove teatralmente si è al centro della recita; forse per tale via si arriverà alla temporalizzazione del matrimonio come un qualsiasi altro contratto a termine, essendo un contratto a tempo indefinito eccessivamente gravoso per una società magmatica quale è attualmente la nostra.

Le stesse problematiche si riflettono nel concepimento e crescita dei figli, dove questi perdono la funzione di sostegno economico al nucleo familiare e di trasmissione dei valori etici per diventare elementi prevalentemente di consumo nel sistema produttivo, al fine di alimentare la continua crescita economica.

Questo comporta una crescente pressione finanziaria sui genitori i quali ne vengono coinvolti in una gara di rappresentazione, diventando al contempo elemento di vincolo alla propria libertà che si ritiene assoluta.

Vi è in questo la caduta della fertilità e la riduzione delle nascite, considerando anche il progressivo coinvolgimento lavorativo esterno delle donne e la continua riduzione del sostegno familiare offerto dai nonni nel vecchio schema familiare.

2. Responsabilità patrimoniale.

Analizzando la responsabilità patrimoniale della comunione si avverte immediatamente che l'autonomia di questa è attenuata rispetto al patrimonio personale dei coniugi.

Infatti la garanzia sui beni acquistati durante il matrimonio non è sottratta ai creditori particolari del singolo coniuge, anche se vi sono vari limiti per fare valere questi diritti dei creditori giustificati dalla prevalenza della destinazione della comunione a finalità di carattere familiare.

Logicamente sarà norma di prudenza per il "creditore personale di uno dei coniugi controllare lo stato familiare del debitore, dal momento che i beni cadono in comunione durante il matrimonio in modo automatico, senza che sia necessaria alcuna forma di pubblicità particolare, e ancora, l'accertamento dell'esistenza di convenzioni patrimoniali annotate sull'atto di matrimonio" (Bessone, Alpa, D'Angelo, Ferrando) (1).

Il creditore personale potrà aggredire, oltre ai beni personali indicati nell'art. 179, anche i beni rientranti nella comunione de residuo, i quali diventano comuni solo se esistono all'atto di scioglimento della comunione, ma è da tenersi presente che questi beni possono divenire comuni anche per mutamento convenzionale del regime patrimoniale o per fallimento di uno dei coniugi.

Questo può permettere una frode a danno dei creditori personali che potrà essere evitata dai medesimi mediante l'esercizio dell'azione revocatoria, là dove è possibile; oppure "bisognerebbe affermare che la costituzione della comunione de residuo [...] avviene salvi i diritti dei terzi" (Oppo); o anche "provocare", nelle forme dell'art. 210, la rinuncia preventiva dell'altro coniuge alla comunione medesima" (Oppo) (2).

Riguardo poi alle garanzie reali costituite prima della comunione de residuo esse rimarranno ferme per l'intero, anche successivamente alla costituzione della comunione stessa.

A parte il caso in cui intervengano nell'atto entrambi i coniugi il singolo coniuge potrà obbligare la comunione solo nei casi previsti nelle lettere a), b), c), dell'art. 186, ma purché, si tratti di un atto di ordinaria amministrazione, quindi attribuito disgiuntivamente a ciascun coniuge.

Tuttavia Oppo precisa che l'art. 186, lett. c), "è riferibile anche alle obbligazioni nascenti da atti di amministrazione straordinaria, proprio per i quali anzi ha significato l'espressa attribuzione della legittimazione al singolo coniuge" (3). Tuttavia è da tenersi presente che l'obbligazione dovrà corrispondere a un interesse della famiglia e non sempre un'obbligazione è assunta nell'interesse della famiglia.

Se queste condizioni, ossia l'obbligazione deriva da un atto di ordinaria amministrazione o, se da atto di straordinaria amministrazione, corrisponda all'interesse della famiglia, non vengono rispettate il coniuge che abbia agito singolarmente "sarà vincolato in proprio e la comunione risponderà sussidiariamente nei limiti del valore della quota 'del coniuge obbligato'" (Oppo) (4), ai sensi dell'art. 189, comma 1°.

Non sembra esatta la deduzione che Schlesinger trae dalla lett. a) dell'art. 186 per cui "i beni della comunione non rispondono delle obbligazioni assunte da un coniuge da solo per l'acquisto in un bene caduto in comunione" (5), in quanto l'interpretazione è in netto contrasto con la lettera della norma e non rende ragione della distinzione operata dall'art. 180 tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Al contrario, sembrerebbe decisamente migliore l'opinione di Schlesinger (6) riguardo alla interpretazione da darsi all'espressione "interesse della famiglia".

Esso si realizza quando l'obbligazione è contratta nell'interesse della medesima e non quando il debito è semplicemente "vantaggioso per la comunione" (art. 192, comma 2°), essendo l'interpretazione utilizzata qui per soli fini interni di rimborso tra coniugi.

Il maggiore problema interpretativo è quello gravante sulla lett. d) dell'art. 186, esso stabilisce la responsabilità della comunione per "ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi".

Ritiene Oppo che "l'obbligazione non cessi, per ciò che grava anche sulla comunione, di essere anzitutto obbligazione di ciascun coniuge, sia pure garantita anche dalla comunione" (Oppo) (7).

Consegue che l'art. 190 non opererebbe più e i creditori potrebbero "agire in via principale e per l'intero tanto sul patrimonio comune quanto sui patrimoni personali di entrambi i coniugi" (Schlesinger) (8).

Contesta una tale impostazione Attardi (9) giacché dovrebbe applicarsi anche all'obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi quanto previsto dall'art. 189, ossia la preferenza per i creditori della comunione di fronte a quelli particolari di un coniuge, anche se per la verità è la stessa ultima parte del comma 2° dell'art. 189 che perderebbe significato.

L'obiezione maggiore è che l'opinione in parola muove da una premessa non dimostrata, "e che la legge in effetti sembra chiaramente non condividere, che, cioè [...] solo se vi sia una causa familiare l'obbligazione possa riguardare direttamente la comunione" (Attardi), oltre al fatto non trascurabile che una interpretazione come sopra esposta si pone nettamente in contrasto con la lettera della legge.

Schlesinger si pone il problema se la lett. d) sottintende in nome della comunione, ma osserva che “nessuna condizione risulta dalla lettera della disposizione e nessun limite può quindi porre l’interprete [...] i creditori, quando abbiano contratto con entrambi i coniugi, devono potere fare affidamento sull’intero loro patrimonio” (10).

Una particolare posizione assumono al riguardo Cian e Villani per i quali dall’obbligazione” sorgerà per i due coniugi un debito, solidale, di natura individuale, sempre secondo le regole del diritto comune: ma questo debito graverà altresì sulla comunione in virtù della lett. d) dell’art. 186” (11).

Tuttavia è da tenersi presente che la posizione degli Autori è la conseguenza della loro particolare impostazione del problema della responsabilità e della conseguente interpretazione dell’art. 186.

La lett. d) dell’art. 186 contiene l’avverbio “congiuntamente” il quale può fare sorgere dubbi nel caso in cui vi sia una obbligazione principale contratta da un solo coniuge ed una obbligazione di garanzia, che potrà essere la fideiussione o l’avallo, assunta dall’altro coniuge a favore del primo.

Sia Schlesinger che Oppo negano che in questo caso possa parlarsi di obbligazione a carico della comunione e la loro motivazione consiste nel fatto che sostanzialmente si tratta di due obbligazioni distinte, seppure collegate fra loro, assunta ciascuna da un solo coniuge. (12).

Un’ultima osservazione coinvolge la struttura dell’art. 186, questa è costituita da un elenco di casi in cui si hanno obbligazioni a carico della comunione. Potrebbe sorgere il dubbio che il legislatore abbia voluto realizzare una graduatoria per importanza tra le obbligazioni, ma è lo stesso motivo che lo ha introdotto a stendere una tale norma, ossia indicare i casi nei quali l’obbligazione è a carico della comunione, a dissuadere da una tale interpretazione.

Veniamo alla tesi interpretativa sostenuta da Cian e Villani (13), essa affonda le proprie radici sull’identificazione dell’atto di amministrazione con ogni atto compiuto in nome e per conto della comunione, sia esso negozio di assunzioni di obbligazioni o di acquisto di beni e diritti.

Al contrario, sostengono gli Autori, un atto non compiuto in nome e per conto della comunione non può propriamente definirsi atto amministrativo, ancorché relativo alla gestione della comunione stessa.

Ponendo a confronto l’art. 186 con questa definizione di atto di amministrazione, possiamo facilmente notare che nelle categorie previste dalla norma in questione non sono comprese le obbligazioni derivanti da atti di amministrazione.

Tuttavia non vi è dubbio che anche le obbligazioni previste dall’art. 186 gravino sulla comunione, dal che ne deriva la necessità di coordinare queste due categorie di obbligazioni, rispondendo la comunione di obbligazioni per le quali non avrebbe responsabilità secondo le regole del diritto comune.

Gli autori risolvono il problema aggiungendo e non sostituendo una obbligazione all’altra, così che se un coniuge agisce separatamente e in nome proprio in uno dei casi indicati dalla norma in questione sorgerà in primo luogo una responsabilità a suo nome e in secondo luogo una responsabilità a carico della comunione.

E’ da tenersi presente che la norma coobbliga la comunione, solidalmente e senza beneficio di escussione, con il singolo coniuge che ha contratto l’obbligazione stessa. Conseguenza che ricadranno sulla comunione anche gli effetti di eventuali inadempimenti, in altri termini dovrà rispondere degli eventuali danni derivanti dall’inadempimento dell’obbligazione.

Connesso strettamente con l’art. 186 è l’art. 189 che disciplina le “obbligazioni contratte separatamente dai coniugi”.

Nel comma 1° si prendono in considerazione le obbligazioni assunte da uno dei coniugi per il compimento di atti eccedenti l’ordinaria amministrazione, realizzati senza il consenso dell’altro; nel comma 2° vengono considerati tutti gli altri creditori particolari di uno dei coniugi.

In entrambi i casi, anche se indicato nei due commi in forma diversa, l’azione nei confronti dei beni della comunione è ammessa solo in via “sussidiaria”. Inoltre nel comma 2° i creditori della comunione precedono i creditori personali se questi sono chirografari, tuttavia ritiene Schlesinger (14) che tale principio vada esteso anche all’ipotesi contemplata nel comma 1° in questo sostenuto da Attardi (15).

Una interpretazione siffatta non appare tuttavia sostenibile in quanto il principio è inserito esclusivamente nel comma 2° che, sebbene disciplinato in forma analoga all'ipotesi prevista nel comma 1°, prevede un'ipotesi sostanzialmente diversa dalla precedente, infatti in questa seconda ipotesi l'obbligazione è stata contratta ed è nata esclusivamente come atto personale e prevalentemente per soddisfare fini personali.

Al contrario nella prima ipotesi, anche se l'obbligazione risulterà essere personale, l'atto è stato realizzato come atto amministrativo straordinario della comunione e quindi, almeno formalmente, per soddisfare interessi della comunione, sebbene la mancanza di consenso del partner farà ricadere l'obbligazione sulle spalle del coniuge che l'ha contratta.

Perciò è senz'altro sostenibile l'affermazione di Oppo (16) che nega l'ammissibilità della estensione del principio menzionato.

Per la sussidiarietà prevista nei due commi occorre considerare quale disciplina prevalga, è noto che al creditore può essere addossato l'onere della preventiva escussione infruttuosa del patrimonio tenuto in via principale (art. 2304), oppure avrà la facoltà di agire immediatamente su qualsiasi bene, a meno che gli vengano indicati dei beni "sui quali possa agevolmente soddisfarsi" (art. 2268).

Sia Schlesinger (17) che i Finocchiaro (18) ritengono di non dovere gravare il creditore, di ulteriori oneri oltre quelli a lui già spettanti indicati nell'introduzione del paragrafo.

Ne consegue che il creditore, come indicato nella seconda ipotesi, potrà agire su qualsiasi bene, spettando eventualmente al coniuge indicare il bene su cui soddisfarsi. Salvo che il coniuge durante l'esecuzione possa dimostrare che il debitore era a conoscenza dell'esistenza di beni personali adatti allo scopo, ma lo abbia deliberatamente ignorato.

LA PANDEMIA QUALE SPECULAZIONE: IL VOLTO NASCOSTO

Sergio Benedetto Sabetta

L'attuale crisi pandemica pone l'accento sul concetto di crisi, che si allarga dall'aspetto puramente economico a quello sistemico e, investendo il rapporto uomo-natura, viene a riflettersi nuovamente nei rapporti economici e nei valori umani.

La stessa rivoluzione industriale iniziata al principio dell'Ottocento fu un susseguirsi di crisi, a partire da quella che seguì alla battaglia di Waterloo con il crollo della borsa di Londra.

Il 1825, il 1836-1839, il 1847, da cui nacque la Rivoluzione del 1848, le crisi del 1857, del 1866, del 1882-1884, del 1890-1893, del 1900-1903, del 1907, del 1911-1913, quella del 1920 collegata alla fine della Grande Guerra, la Grande Depressione del 1929, causa prima dell'ascesa del nazismo e premessa per la Seconda Guerra Mondiale, il rinnovarsi della crisi nel 1937 – 1938, furono tutti momenti di crisi nella lunga espansione economica che andò ad iniziarsi nel primo Ottocento.

Crisi che riguardarono di volta in volta il settore tessile, la sovrapproduzione di ghisa, le ferrovie, il settore edile, le materie prime quali il rame e il carbone, i panieri borsistici e finanziari.

Le guerre stesse avevano una doppia valenza, da una parte distruzione dall'altra produzione bellica e quindi reddito e piena occupazione, la loro fine invertiva il trend con la crisi per la riconversione produttiva e la disoccupazione per la smobilitazione.

La globalizzazione economica progressiva che avvenne nel periodo tra XIX e XX secolo portò ad una progressiva globalizzazione delle crisi, così che l'intervento pubblico negato dalle teorie liberali nei momenti di espansione diveniva sempre più necessario nelle crisi.

L'attuale crisi pandemica viene di fatto a ripetere gli stessi schemi in nuovi settori produttivi, quali la ricerca genetica e lo sviluppo, nonché l'applicazione, delle nuove fonti energetiche, creando a loro volta nuove future bolle speculative.

Secondo la scuola "marginalista" l'utilità economica deriva dal rapporto tra quantità di beni a disposizione e bisogni, ne consegue la necessità di mantenere in continua crescita i bisogni per evitare una decrescita dell'utilità "marginale" dei beni prodotti, da qui il continuo stimolo sulla domanda attraverso la creazione di nuovi bisogni e non la semplice soddisfazione di quelli esistenti, come anche la creazione impositiva in termini giuridici di nuove necessità.

Nella fluttuazione economica che si crea sugli investimenti vi è chi si concentra sul credito, sugli interessi e la moneta in generale, chi sull'affluire ed espandersi di nuove masse umane nel ciclo economico e sulle invenzioni, chi, infine, pone attenzione sulla funzione del rapporto acceleratore/moltiplicatore, dove al crescere del consumo crescono gli investimenti (acceleratore), ma il consumo cresce se cresce il reddito (moltiplicatore).

La speculazione con l'accorrere dei capitali dove massimo è il potenziale dell'utile non fa che accelerare il ciclo fino a portarlo alla crisi, ecco gli interventi anticiclici che le autorità talvolta impongono al fine di stabilizzare la crescita salvaguardando l'occupazione.

In tutto questo la pandemia ha favorito una crisi già in atto da un decennio, aggravandola, ma creando al contempo nuove prospettive in termini di utile, dalla nascita o manifestarsi delle nuove esigenze, tanto farmaceutiche che ambientali, si sono create in tal modo nuove aree di speculazione e possibili future bolle.

A tutto questo si sovrappongono le dinamiche geopolitiche che la pandemia non fa che accelerare ed evidenziare, un conflitto in atto per ridefinire le sfere di influenza con il rinsaldarsi di vecchie o il costituirsi di nuove alleanze, basti pensare al Pacifico e all'Oceano Indiano e all'asse USA, Giappone,

Australia ed India che su di esso agisce per contenere l'espansione in atto di Pechino, ancora per il momento prevalentemente economica, o le problematiche interne USA.

E' emersa pertanto anche la conflittualità e le trappole che si creano tra una visione economica speculativa a breve ed una strategica a lunga, dove la ricerca compulsiva dell'accumulo espansionistico concorrenziale ha prodotto un potenziale concorrente economico e politico non integrato ideologicamente.

Il drammatico calo fino a -68% della biodiversità dal 1970 ad oggi, come indicato dal WWF (Living Planet Report 2020), induce a ripensare il modello di sviluppo fondato su una globalizzazione incontrollata ed una espansione continua e sinergica di consumi e popolazione, i cambiamenti climatici in atto potrebbero comportare entro la metà del secolo il trasferimento di oltre 240 milioni di persone, profughi climatici che si sovrapporranno a quelli economici, con conseguenze destabilizzanti sia in termini politici che sociali, oltre che ambientali.

Il rischio tuttavia è che l'aggettivo "green" rischi di mascherare una ulteriore speculazione, dove le nuove tecnologie presentate quali panacee non siano altro che la creazione di nuovi mercati con ulteriori consumi inquinanti, solo spostati di sede, senza vere soluzioni, ma mantenendo la base puramente speculativa non essendo la nuova tecnologia in realtà matura ma solo esaltata da una campagna mediatica.

La cultura scientifica e la sua applicazione tecnica all'industria ha creato, a partire dall'inizio dell'industrializzazione tra fine '700 e primo '800, un progressivo distacco dai ritmi naturali.

Si è pensato non ad integrarsi alla Dea Madre ma di controllarla fino ad arrivare a sostituirla, in una crisi di onnipotenza in cui ci si pone rispetto alla natura in termini di alterità, ponendosi all'esterno di essa e negando i rapporti con essa.

La potenza tecnologica ha sviluppato una bulimia non solo nell'accumulo ma anche del consumo, passando da una occupazione estensiva ad una intensiva negandone ideologicamente i possibili limiti, con una fiducia cieca nella tecnica, senza rapportarla alle limitazioni del territorio, quello che nella fede è un peccato di superbia.

Bibliografia:

- H. Hansen, Problemi economici d'oggi, Etas Kompass, 1963;
- R.C.O. Matthews, Il ciclo economico, Feltrinelli, 1962;
- M. Flamant – J. Singer – Kerel, Crisi e recessioni economiche, Casa ed. G. D'Anna, 1973.

