



Giustizia digitale

Quaderno 15

Volume a cura di: Antonella Ciriello, componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura.

Contributo redazionale: Luigi Massa, nell'ambito del tirocinio curriculare presso la Scuola superiore della magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli". Maria Chiara Nuzzo e Miriam Fasulo, nell'ambito del tirocinio curriculare presso la Scuola superiore della magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con l'Università degli Studi di Napoli, "Federico II".

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:

Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano.



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:

Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022

ISBN 9791280600165

I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.

I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori.



Giustizia digitale

Quaderno 15

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

Presentazione	11
Giuseppe Fichera	
Gli istituti del processo telematico nella gerarchia delle fonti anche sovranazionali	15
Luigi Giordano	
La giurisprudenza sul PPT: le linee di indirizzo della giurisprudenza di legittimità	37
Rossella Masi e Roberto Arcella	
Le principali questioni sul processo telematico all'attenzione della giurisprudenza di merito, per l'intervento nomofilattico della Corte di cassazione	107
Marco La Greca	
La strada smarrita della disciplina unitaria dei processi telematici	137
Mattia Serpotta	
Il portale del processo telematico: il punto di vista della avvocatura ...	145
Massimo Ferro	
Fotografia degli applicativi attuali in uso al PCT tra merito e Cassazione	159
Gabriella Palmieri Sandulli	
Digitalizzazione della Giustizia e Ufficio del processo	171
Enzo Vincenti	
La rilevanza del principio di non contestazione ai fini dell'improcedibilità <i>ex art. 369 c.p.c.</i> in ambiente digitale	179
Ines Simona Pisano	
PCT e PAT a confronto: analogie e differenze nella normativa di riferimento e prospettive di riforma	193
Raffaele Tuccillo	
Giustizia digitale tributaria: il punto sul PTT e prospettive di sviluppo ...	205

Antonella Lariccia

La Stratificazione normativa e la necessità di una razionalizzazione delle scelte tecnologiche e regolamentari: La “nuova” udienza da remoto del processo amministrativo tra oralità, celerità, efficienza ed esigenza di razionalizzazione delle norme tecniche 219

Maurizio Reale

Le disposizioni del cad si applicano agli atti tributari? 227

Giovanni Canzio

Intelligenza artificiale e processo penale 233

Michele Ancona

Verso una giustizia predittiva “mite” 243

Annamaria Epicoco

La esigenza di migliorare la prevedibilità della decisione 249

Roberto Arcella

Intelligenza artificiale e giustizia: un approccio pragmatico agli algoritmi, dal punto di vista di un avvocato 253

Daniela Paliaga – Vincenzo de Lisi

L'algoritmo nel contenzioso giuslavoristico 271

M. Libertini – M.R. Maugeri – E. Vincenti

Giustizia predittiva e Giurisdizione civile. Primi appunti 295

M. Libertini – M.R. Maugeri – E. Vincenti

Intelligenza artificiale e giurisdizione ordinaria. Una ricognizione delle esperienze in corso 309

Donatella Casari

La forma digitale dei provvedimenti datoriali 337

Milena d’Oriano

Le collaborazioni eterorganizzate e la rivoluzione tecnologica nella prospettiva interna ed europea 381

Gli autori

Michele Ancona

Presidente di Sezione Corte di appello di Bari

Roberto Arcella

Avvocato, componente FIIF

Giovanni Canzio

Primo Presidente emerito della Corte Suprema di Cassazione

Donatella Casari

Giudice del Tribunale di Roma

Milena d'Oriano

Magistrato addetto ad ufficio del ruolo e massimario della Corte Suprema di Cassazione

Vincenzo De Lisi

Direttore Generale per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della Giustizia

Annamaria Epicoco

Vice Presidente della Commissione tributaria provinciale di Bari

Massimo Ferro

Consigliere Corte di Cassazione, referente per l'informatica, settore civile

Giuseppe Fichera

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo

Luigi Giordano

Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione

Antonella Lariccia
*Magistrato addetto al Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa-
Servizio per l'Informatica presso Consiglio di Stato*

Marco La Greca
Responsabile per la transizione al digitale, Avvocato dello Stato

Mario Libertini
Professore emerito di Diritto Commerciale

Maria Rosaria Maugeri
Professoressa ordinaria di Diritto Privato, Componente ELI

Rossella Masi
Giudice del Tribunale di Roma, componente STO

Daniela Paliaga
Presidente sezione di lavoro del Tribunale di Torino

Gabriella Palmieri Sandulli
Avvocato Generale dello Stato

Ines Simona Pisano
Magistrato amministrativo, vicario responsabile Servizio Centrale informatica G.A.

Maurizio Reale
Avvocato, componente FIIF

Mattia Serpotta
Avvocato, Membro del Direttivo della Camera penale di Catania

Raffaele Tuccillo
Magistrato sezione tributaria Ctp di Roma

Enzo Vincenti
Consigliere della Corte Suprema di cassazione, Direttore del CED

Presentazione

La raccolta, contenente alcuni contributi tratti da corsi di formazione della Scuola Superiore della Magistratura e dal convegno sulla digitalizzazione della Giustizia tenutosi a Capri nell'ottobre 2021, propone l'esame degli aspetti maggiormente rilevanti del sempre più intenso rapporto intercorrente tra processo e nuove tecnologie, analizzando le disposizioni più significative del processo telematico nelle diverse materie: penale (PPT), civile (PCT), amministrativo (PAT), tributario (PTT). Nel ripercorrere le caratteristiche di ciascun processo, si analizza la giurisprudenza più significativa, con attenzione particolare agli indirizzi promossi dalla Corte di Cassazione. Per consentire una lettura sistematica degli istituti, si confrontano normative riferibili alle diverse aree tematiche e ci si interroga sull'applicabilità di normative generali che riguardano il digitale, come ad esempio il d.lgs., 82/2005 (Codice dell'Amministrazione digitale), ad ambiti ulteriori. Sono disponibili *focus* sugli istituti più innovativi e sugli argomenti centrali in materia, nonché l'approfondimento del tema attuale e complesso della giustizia predittiva e dell'intelligenza artificiale.

CAPITOLO 1

ASPETTI GENERALI

Gli istituti del processo telematico nella gerarchia delle fonti anche sovranazionali

SOMMARIO: 1. Introduzione. I processi telematici. – 2. Le fonti di produzione del diritto processuale telematico. – 3. (Segue). Le fonti sovranazionali. – 4. L'evoluzione normativa del processo civile telematico in Italia. – 5. (Segue). Il d.m. 21 febbraio 2011, n. 44. – 6. (Segue). Il diritto processuale telematico speciale della pandemia. – 7. Le attuali fonti di cognizione del processo civile telematico. – 8. (Segue) Le norme nel codice di procedura civile e nella legge fallimentare. – 9. (Segue). Le disposizioni su comunicazioni e notificazioni. – 10. (Segue) Le regole sui depositi telematici. – 11. A modo di conclusioni.

1. Introduzione. I processi telematici

Quando si parla oggi di “diritto dell'informatica” o di “processo telematico”, il pensiero dell'operatore pratico va in prima battuta, direi naturalmente, al c.d. “processo civile telematico” (PCT), cioè quello che può definirsi il frutto di un grande progetto organizzativo, promosso dal ministero della Giustizia a partire dagli anni '90 del secolo scorso, per migliorare la qualità dei servizi giudiziari nell'area del processo civile.

Si tratta di una nuova architettura tecnologica informatica, volta a consentire ai c.d. “operatori interni” (giudici e cancellieri) ed “esterni” (avvocati, consulenti tecnici, altri ausiliari del giudice, curatori, commissari giudiziari, etc.) di porre in essere esclusivamente in via telematica una serie di atti e operazioni nell'ambito del processo civile, quali il deposito di atti, la trasmissione di comunicazioni e notifiche, la consultazione dello stato dei procedimenti risultante dai registri di cancelleria, nonché dell'intero contenuto dei fascicoli informatici, il pagamento del contributo unificato e degli altri oneri fiscali.

Esiste, poi, anche un c.d. “processo penale telematico” (PPT), ma il suo sviluppo negli uffici giudiziari italiani, ha dovuto scontare un lunghissimo ritardo rispetto al settore civile; solo di recente e anche in dipendenza della nota normativa emergenziale dettata dalla pandemia che ancora ci affligge, sono stati avviati concretamente i progetti per la sua implementazione.

Negli ultimi anni, inoltre, sulla scia del “successo” del PCT, anche le altre giurisdizioni speciali hanno avviato, in alcuni casi con una rapidità significativa rispetto ai tempi impiegati per il processo civile, percorsi tesi all’informatizzazione – anche obbligatoria – dei rispettivi procedimenti.

Sulla scia di una tradizione storica che ha sempre riservato a ciascun plesso giurisdizionale un suo rito speciale, abbiamo così all’attualità il “processo amministrativo telematico” (PAT)¹, che si celebra ormai obbligatoriamente innanzi ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato², il “processo tributario telematico” (PTT)³, in uso anch’esso ormai obbligatoriamente presso le commis-

¹ L’art. 13, comma 1, delle disp. att. c.p.a., come novellato dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168-Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l’efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la Giustizia amministrativa, convertito con modificazioni dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197, affidava in origine ad un decreto del presidente del consiglio dei ministri il compito di redigere le “regole tecnico-operative” del processo amministrativo telematico. Successivamente, il d.l. 30 aprile 2020, n. 28-Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l’introduzione del sistema di allerta Covid-19, convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, novellando il comma 1 del detto art. 13, ha affidato ad un decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale, il Consiglio nazionale forense, il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e le associazioni specialistiche maggiormente rappresentative, il compito di redigere le “regole tecnico-operative” per il processo amministrativo telematico. Con d.p.c.s. 22 maggio 2020, n. 134 (in G.U. del 27 maggio 2020) sono state adottate le Regole tecnico-operative per l’attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti, peraltro rimasto in vigore per pochi mesi, essendo stato integralmente sostituito dal d.p.c.s. 28 dicembre 2020 (in G.U. del 11 gennaio 2021).

² In forza dell’art. 13, comma 1-ter, disp. att. c.p.a., come novellato dal d.l. n. 168 del 2016, il PAT è divenuto obbligatorio, davanti ai TAR e al Consiglio di Stato, a decorrere dal 1 gennaio 2017.

³ L’art. 39, comma 8, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 – Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011 n. 111, ha previsto l’adozione di un regolamento ministeriale, ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, che introduca disposizioni per il più generale adeguamento del processo tributario alle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82-Codice dell’amministrazione digitale. È stato così adottato dal ministro dell’Economia e delle Finanze il d.m. 23 dicembre 2013, n. 163-Regolamento recante la disciplina dell’uso di strumenti informatici e telematici nel processo tributario in attuazione delle disposizioni contenute nell’articolo 39, comma 8, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. Successivamente, con decreto del Direttore generale delle Finanze 4 agosto 2015 sono state approvate le “specifiche tecniche” per il PTT, concernenti principalmente le comunicazioni e notificazioni, nonché i depositi telematici degli atti di parte e degli ausiliari del giudice;

sioni tributarie provinciali e regionali⁴, nonché il “processo contabile telematico”, che muove i suoi passi innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti⁵, l’unico peraltro, fra i detti riti speciali, a prevedere una clausola generale di rinvio al processo civile telematico⁶.

Nel prosieguo di questo scritto ci dedicheremo all’esame delle fonti del diritto processuale telematico, entro i confini del PCT, poiché esulano dal nostro tema i procedimenti giurisdizionali che non sono riservati alla trattazione del giudice ordinario.

2. Le fonti di produzione del diritto processuale telematico

Secondo la tradizione manualistica, si denominano “fonti del diritto” sia i procedimenti attraverso cui le norme giuridiche vengono ad esistenza, e si parla in questo caso di “fonti di produzione”, sia i documenti nei quali sono contenute le medesime norme, e allora si discorre di “fonti di cognizione”.

È chiaro, dunque, che se si volesse seguire la bipartizione classica appena enunciata nel descrivere le fonti del nostro “diritto processuale telematico”, partendo dalle fonti di produzione, sarebbe necessario fare riferimento anzitutto alla nostra legge fondamentale, che all’art. 111, comma primo, nel testo novellato dall’art. 1 della legge cost. 23 novembre 1999 n. 2, recita testualmente che “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”.

ad esso ha fatto seguito il decreto del Direttore generale delle Finanze 6 novembre 2020, recante le ulteriori “specifiche tecniche” in materia di processo tributario telematico, riferite esclusivamente ai provvedimenti giurisdizionali digitali (pgd) e ai processi verbali d’udienza.

⁴ L’art. 16, comma 5, del d.l. 24 ottobre 2018, n. 119-Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2018, n. 136, ha disposto l’obbligatorietà del PTT per i giudizi «con ricorso notificato a decorrere dal 1° luglio 2019».

⁵ L’art. 20-*bis* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179-Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, come introdotto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228-Legge di stabilità 2013, ha previsto che con decreto del Presidente della Corte dei conti sono stabilite le regole tecniche ed operative per l’adozione delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione nelle attività di controllo e nei giudizi che si svolgono innanzi alla Corte dei conti, in attuazione dei principi previsti dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82-Codice dell’amministrazione digitale. Con d.p.c.c. 21 ottobre 2015 sono state adottate le “Prime regole tecniche ed operative per l’utilizzo della posta elettronica certificata nei giudizi dinanzi alla Corte dei Conti”.

⁶ L’art. 6, comma 5, del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174-Codice di Giustizia contabile, nel rinviare ad appositi decreti adottati dal presidente della Corte dei conti la disciplina del processo telematico contabile, recita: «si applicano, ove non previsto diversamente, le disposizioni di legge e le regole tecniche relative al processo civile telematico».

Orbene, la prima questione che si pone all'interprete è se la "riserva di legge processuale" posta dalla Costituzione sia "assoluta", imponendo cioè una rigida predeterminazione legislativa delle modalità di svolgimento del giudizio, il che comporterebbe l'esclusione dalla materia che ne forma oggetto di ogni normazione regolamentare, ad eccezione soltanto dei regolamenti di stretta "esecuzione" della legge; ovvero se si tratti di una riserva "relativa", dove gli interventi provenienti da fonte non legislativa sono consentiti, purché la legge abbia disciplinato la materia in modo sufficiente e comunque idoneo a circoscrivere la discrezionalità di chi è autorizzato ad introdurre una formazione secondaria.

Se si aderisce all'orientamento dottrinario largamente maggioritario⁷, che attribuisce alla riserva di legge processuale una natura "relativa", può addivenirsi allora alla conclusione che l'art. 111, comma primo, Cost., pone unicamente il vincolo che il processo (civile, penale, tributario, amministrativo o contabile), debba essere disciplinato da una legge o da un atto avente forza di legge (come il decreto legge ovvero il decreto legislativo), restando tuttavia consentita la possibilità di dettare ulteriori regole di attuazione del rito, anche attraverso fonti regolamentari di natura secondaria⁸.

Ora, va detto subito che, a livello di normazione primaria, in Italia esiste una disciplina generale applicabile a tutte le pubbliche amministrazioni – e quindi in linea teorica anche all'amministrazione della giustizia – che si occupa compiutamente di dettare le regole sui documenti digitali e sulla loro trasmissione in via telematica, *id est* quello che può definirsi il "nucleo essenziale" di qualunque processo telematico: si tratta del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82-*Codice dell'Amministrazione Digitale* (d'ora innanzi il CAD), che prevede appunto norme di principio, tra le altre, sull'identità e domicilio digitale (art. 3-*bis*), sui pagamenti telematici (art. 4), sui documenti digitali e sulle firme elettroniche (art. 20 e segg.), sulla conservazione dei fascicoli informatici (art. 40 e

⁷ G. VIGNERA, Principio di legalità ed esercizio della giurisdizione, in *www.ilcaso.it*, 2009.

⁸ È un fatto che, storicamente, le norme di attuazione dei vari codici rito sono state adottate sempre con atti aventi forza di legge: si pensi per il codice di procedura civile al r.d. 18 dicembre 1941, n. 1368-Disposizioni per l'attuazione del Codice di procedura civile e disposizioni transitorie, ovvero alle disposizioni di attuazione del codice del processo amministrativo, adottate con il medesimo d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 con cui è stato approvato il codice, ovvero ancora a quelle del codice di Giustizia contabile, anch'esse approvate con il medesimo d.lgs. 26 agosto 2016, n. 164 con cui è stato adottato il codice. Il codice di procedura penale del 1988 (d.p.r. 22 settembre 1988, n. 447), invece, ha previsto disposizione di attuazione, di coordinamento e transitorie approvate con il d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271, ma accanto ad esse vi è un "regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale" (d.m. 30 settembre 1989, n. 334) che ha invece natura regolamentare.

segg.), sulla posta elettronica certificata (art. 48), sull'accesso ai dati in possesso dell'amministrazione (art. 50 e segg.).

Il CAD, peraltro, nel suo corpo rinvia senz'altro ad altre disposizioni di natura regolamentare: si pensi all'art. 48 CAD che ancora oggi – sia pure, come si dirà tra breve, *ad tempus* –, in tema di posta elettronica certificata (PEC) richiama il d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68, *Regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata, a norma dell'articolo 27 della legge 16 gennaio 2003, n. 3*, che è appunto un regolamento governativo delegato, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

E si pensi poi all'art. 71 CAD che individua le c.d. “regole tecniche” – cioè una disciplina operativa di dettaglio avente natura squisitamente informatica – necessarie per l'attuazione delle disposizioni di principio contenute nel medesimo codice.

Dette regole tecniche, di rango sicuramente subvalente rispetto alla legge, in origine dovevano essere adottate con uno o più decreti del Presidente del consiglio dei ministri o del ministro delegato per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione, di concerto con i ministri competenti, sentita la conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, ed il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, previa acquisizione obbligatoria del parere tecnico di DigitPA.

Dopo l'ultima novella dell'art. 71 CAD, introdotta dal d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217 – Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, concernente modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, oggi è previsto che le regole tecniche per l'attuazione del CAD siano dettate sotto forma di “Linee guida”, adottate non più in forma regolamentare (come detto, con decreto del Presidente del consiglio o di un ministro delegato), ma direttamente dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), divenendo efficaci non più dopo la pubblicazione in G.U. (dove è solo previsto che si dia notizia della loro adozione), bensì nell'apposita area del sito internet istituzionale dell'AgID.

Attualmente, dopo la pubblicazione sul sito dell'AgID, avvenuta in data 12 settembre 2020, delle “Linee Guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici”, ai sensi dell'art. 1.4 delle medesime linee guida, esse troveranno applicazione a decorrere dal duecento settantesimo giorno successivo alla loro entrata in vigore; dunque dal 9 giugno 2021 devono ritenersi abrogati il d.p.c.m. 3 dicembre 2013, contenente “Regole tecniche in materia di sistema di conservazione”, il d.p.c.m. 13 novembre 2014, contenente “Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e va-

lidazione temporale dei documenti informatici” e il d.p.c.m. 3 dicembre 2013, contenente “Regole tecniche per il protocollo informatico”⁹.

Ora, sebbene appia giustificata una certa cautela nell’incasellare le “Linee guida” nell’ambito di una tra le fonti del diritto, va registrato che già la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di definire le “Linee guida” emanate dall’AgID come «un atto di regolazione di natura tecnica (con) una valenza erga omnes e un carattere di vincolatività», con la conseguenza che le medesime devono ritenersi pienamente giustiziabili dinanzi al giudice amministrativo¹⁰.

3. (Segue). Le fonti sovranazionali

La disciplina di rango primario e subprimario, dettata in Italia dal CAD e dalle c.d. “Linee guida”, risente poi necessariamente delle disposizioni contenute nelle fonti di livello eurounitario, dettate con il preciso obbiettivo di uniformare determinate materie comuni al mercato interno.

Al riguardo, assumono di certo sicura rilevanza le direttive tese ad incentivare nei singoli stati, l’adozione di norme processuali telematiche comuni in determinati settori del contenzioso civile.

È il caso della direttiva UE n. 1023/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l’esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, adottata all’esito dei negoziati e dei triloghi sulla originaria Proposta COM (2016) 723 final del 22 novembre 2016 (la c.d. “*direttiva insolvency*”), pubblicata sulla G.U. dell’UE il 26 giugno 2019, che all’art. 28 dispone che gli Stati membri assicurino a tutte le parti coinvolte nelle procedure concorsuali, la facoltà di «eseguire attraverso mezzi di comunicazione elettronica» il deposito delle domande di insinuazione al passivo, dei piani di ristrutturazione o di quelli di rimborso e per eseguire le notifiche di rito ai creditori [art. 28, lett. a), b) e c)], nonché le contestazioni e le impugnazioni da parte dei creditori [(art. 28, lett. d)]¹¹.

⁹ Ad esclusione degli artt. 2, comma 1 (Oggetto e ambito di applicazione), 6 (Funzionalità), 9 (Formato della segnatura di protocollo), 18, commi 1 e 5, (Modalità di registrazione dei documenti informatici), 20 (Segnatura di protocollo dei documenti trasmessi) e 21 (Informazioni da includere nella segnatura).

¹⁰ Cons. Stato, sez. IV, 8 marzo 2021, n. 1931; già in precedenza si veda il parere 10 ottobre 2017, n. 2122, reso da Cons. Stato, Commissione Speciale, sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179.

¹¹ L’art. 34 della Direttiva 1023/2019 accorda agli stati membri un termine per conformarsi alle disposizioni contenute nell’art. 28, lettere a), b) e c), entro il 17 luglio 2024 e nell’art. 28, lettera d), entro il 17 luglio 2026.

Ma il pensiero corre anche alle norme direttamente applicabili negli stati membri, come quelle contenute in un regolamento UE che, ai sensi dell'art. 288 del TFUE, «è *obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri*».

Così il regolamento UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014, n. 910 (reg. e-IDAS)¹², in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, pubblicato nella G.U. dell'UE del 28 agosto 2014 ed entrato in vigore il 1 luglio 2016, stabilisce le condizioni per il riconoscimento reciproco in ambito di identificazione elettronica, nonché le regole comuni per le firme elettroniche, l'autenticazione su *web* ed i relativi servizi fiduciari per le transazioni elettroniche.

Proprio per assicurare la necessaria uniformità tra la disciplina del CAD e quella contenuta nel reg. e-IDAS, è stato adottato il richiamato d.lgs. n. 217 del 2017, che ha novellato diverse disposizioni del Codice e, in particolare, le norme contenute nella sezione I del capo II, dedicata appunto al “documento informatico”.

E sempre tra le norme contenute nel reg. e-IDAS, va ricordata quella (art. 44) che disciplina i “*servizi elettronici di recapito certificato qualificati*”, destinati a sostituire integralmente la posta elettronica certificata ai sensi del d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68, cui peraltro ancora oggi rinvia l'art. 48 CAD, in attesa dell'adozione di un decreto del Presidente del consiglio dei ministri, che sancirà l'abrogazione di quest'ultima disposizione¹³.

4. L'evoluzione normativa del processo civile telematico in Italia

Come si è accennato in precedenza, la storia del processo telematico non può dirsi certo il frutto di un percorso lineare, avviato dal legislatore con il preciso obiettivo di informatizzare i processi civili italiani.

Il primo passo di quella che oggi può definirsi, senza tema di smentita, la più importante riforma strutturale intervenuta sul processo civile negli ultimi

¹² L'acronimo e-IDAS sta per *electronic IDentification Authentication and Signature*.

¹³ L'art. 65, comma 7 del d.lgs. n. 217 del 2017, stabiliva seccamente l'abrogazione dell'art. 48 CAD a decorrere dal 1° gennaio 2019. Successivamente l'art. 8, comma 5, del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, ha modificato il d.lgs. n. 217 del 2017, stabilendo che con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentiti l'Agenzia per l'Italia digitale e il Garante per la protezione dei dati personali, sono adottate le misure necessarie a garantire la conformità dei servizi di posta elettronica certificata di cui agli artt. 29 e 48 del d.lgs. n. 82 del 2005, al regolamento e-IDAS; soltanto dopo l'entrata in vigore del detto d.p.c.m. – che ancora oggi non risulta emanato – l'art. 48 del CAD risulterà abrogato.

trent'anni, si fa tradizionalmente risalire alla ormai lontanissima legge 2 dicembre 1991, n. 399 – *Delegificazione delle norme concernenti i registri che devono essere tenuti presso gli uffici giudiziari e l'amministrazione penitenziaria*, che modificando l'art. 28 disp. att. c.p.c., affidò al ministro della Giustizia il compito di disciplinare i registri di cancelleria con la previsione, per la prima volta, della possibilità che il registro civile fosse “tenuto in forma automatizzata” (art. 4, della legge n. 399 del 1991).

Tuttavia, solo dopo quasi dieci anni si giunse all'adozione del d.m. 27 marzo 2000, n. 264-*Regolamento recante norme per la tenuta dei registri presso gli uffici giudiziari*, adottato in esecuzione della cennata disposizione, il quale all'art. 3 stabilì – innovando radicalmente la disciplina del processo civile –, che tutti i registri di cancelleria degli uffici giudiziari dovessero essere tenuti in modo informatizzato, secondo le regole procedurali fissate dal medesimo ministero della Giustizia, soggiungendo che la tenuta dei registri su supporto cartaceo restava consentita, previa autorizzazione ministeriale, soltanto in caso di richiesta motivata del capo dell'ufficio interessato e sentito il Responsabile dei sistemi informativi automatizzati (SIA).

Il d.m. 27 aprile 2009 – *Nuove regole procedurali relative alla tenuta dei registri informatizzati dell'amministrazione della Giustizia*, sostitutivo del precedente d.m. 24 maggio 2001, contiene ancora oggi la disciplina vigente in materia di registri informatici.

Il primo testo normativo ad introdurre una disciplina compiuta e dettagliata sulla formazione e trasmissione dei documenti informatici nel processo civile (ma non in quello penale), fu il d.p.r. 13 febbraio 2001, n. 123-*Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti*.

Si trattò di un regolamento governativo c.d. indipendente, adottato cioè ai sensi dell'art. 17, comma 1, lettera c), della legge n. 400 del 1988, in una materia – quella del rito telematico – in cui mancava appunto una disciplina dettata da una legge o da un atto avente forza di legge; con il detto regolamento venne disciplinato l'uso degli strumenti informatici non solo nel processo civile, ma anche nei processi amministrativi e in quelli innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti (art. 18 del d.p.r. n. 123 del 2001).

L'art. 3, comma 3, del d.p.r. n. 123 del 2001, poi, stabilì che con decreto del ministro della Giustizia, sentita l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, fossero stabilite le “regole tecnico-operative” per il funzionamento e la gestione del sistema informatico civile, nonché per l'accesso ai relativi registri dei difensori delle parti e degli ufficiali giudiziari; venne così adottato prima il d.m. 14 ottobre 2004 – *Regole tecnico-operative per l'uso di strumenti informa-*

tici e telematici nel processo civile, successivamente sostituito dal d.m. 17 luglio 2008-*Regole tecnico-operative per l'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile*.

In attesa del concreto avvio del PCT sulla base della disciplina dettata dal d.p.r. n. 123 del 2001, il legislatore si dedicò ad una serie di interventi sporadici sul codice di rito e sulle leggi speciali, sostanzialmente tesi a favorire esclusivamente lo sviluppo delle comunicazioni telematiche di cancelleria: così, prima l'art. 17 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, limitatamente alle cause soggette al c.d. rito societario, e poi l'art. 2, comma 1, lett. b) n. 2), della legge 28 dicembre 2005, n. 263-*Interventi correttivi alle modifiche in materia processuale civile introdotte con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, con portata generalizzata a tutti i processi, novellando direttamente l'art. 136, comma terzo, c.p.c. e l'art. 170 comma quarto, c.p.c., introdussero la possibilità di eseguire le comunicazioni a mezzo telefax o a mezzo di posta elettronica “*nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi*”.

Analoga previsione venne inserita nella legge fallimentare riformata, attraverso il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5-*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80*.

Ancora, l'art. 5, comma 1, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40-*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80*, novellando integralmente l'art. 366

c.p.c. in tema di processo in Cassazione, introdusse un nuovo quarto comma della detta disposizione, a tenore del quale “*Le comunicazioni della cancelleria e le notificazioni tra i difensori possono essere fatte al numero di fax o all'indirizzo di posta elettronica indicato in ricorso dal difensore che così dichiara di volerle ricevere.*”

In questo quadro normativo, assai frammentato e ben poco coerente, venne a collocarsi, con una portata altamente innovativa, l'art. 51 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 – *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, in forza del quale venne esteso nei singoli uffici giudiziari – previa adozione di un decreto del ministro della Giustizia, sentiti l'Avvocatura Generale dello Stato, il Consiglio Nazionale Forense e i consigli dell'ordine degli avvocati interessati – l'uso della posta elettronica certificata per tutte le comunicazioni e notificazioni di cancelleria.

Con la legge 18 giugno 2009, n. 69 – *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, invece,

il legislatore torna a modificare il codice di rito, stabilendo all'art. 83, comma terzo, che la procura alle liti può essere rilasciata anche telematicamente con firma digitale, prevedendo altresì la facoltà dell'ufficiale giudiziario di notificare anche atti c.d. nativi digitali (art. 137 c.p.c.).

5. (Segue). Il d.m. 21 febbraio 2011, n. 44

Nel corso dell'anno 2009 il Governo decise di cambiare radicalmente l'approccio al tema del processo telematico, adottando una nuova disciplina – ed estendendone per la prima volta la portata anche a quello penale –, in attuazione dei principi adottati dal CAD e in sostituzione della pregressa normativa dettata dal d.p.r. n. 123 del 2001, peraltro mai concretamente applicata nel processo civile, se non in via sperimentale (e limitatamente al solo procedimento monitorio) in alcuni uffici giudiziari.

Così l'art. 4, comma 1, del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193-*Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario*, convertito, con modificazioni, nella legge 22 febbraio 2010, n. 24, impose per legge una sostanziale “delegificazione” del diritto processuale telematico, affidando ad un decreto del ministro della Giustizia, di concerto con il ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione, il compito di individuare le «regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione», con l'unico criterio direttivo che siffatte regole fossero adottate «in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni». Restava fermo, poi, che le “regole tecniche” vigenti all'entrata in vigore del d.l. n. 193 del 2009, continuassero ad applicarsi soltanto fino alla data di entrata in vigore del detto decreto del ministro della Giustizia.

Ancora, il comma 2 dell'art. 4 del d.l. 193 del 2009, innovando decisamente la pregressa disciplina, che era incentrata sulla c.d. “casella di posta elettronica certificata del processo telematico” (CPECPT), sancì che nel processo civile e penale tutte le comunicazioni e notificazioni per via telematica, si dovessero effettuare mediante posta elettronica certificata (PEC), ai sensi del CAD, nonché del d.p.r. n. 68 del 2005 e delle regole tecniche stabilite con il previsto decreto del ministro della Giustizia.

Sulla scorta della delega del legislatore, è stato così adottato il d.m. 21 febbraio 2011, n. 44-*Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e successive modificazioni, ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, del*

*decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella legge 22 febbraio 2010 n. 2*¹⁴.

Si tratta, per espressa previsione del d.l. n. 193 del 2009, di un regolamento ministeriale ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, che nella sostanza, sulla scia del precedente costituito dal d.p.r. n. 123 del 2001¹⁵, detta la disciplina concreta del processo telematico, sia civile che penale, attraverso la predisposizione di una serie di norme di dettaglio sulla tenuta dei registri informatici di cancelleria, sui depositi telematici degli atti, nonché sulle comunicazioni e notificazioni, comprese quelle tra avvocati.

L'art. 34 del d.m. n. 44 del 2011, poi, affida il compito di individuare le “specifiche tecniche” – cioè le norme di dettaglio di carattere squisitamente tecnico – ad un provvedimento adottato dal Responsabile della Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati (DGSIA) del ministero della Giustizia.

Il primo decreto del Direttore generale DGSIA venne adottato il 18 luglio 2011 (pubblicato nella G.U. del 29 luglio 2011); seguito da un nuovo provvedimento datato 16 aprile 2014 (pubblicato nella G.U. del 30 aprile 2014), modificato successivamente il 28 dicembre 2015 (pubblicato nella G.U. del 7 gennaio 2016).

Questa architettura del sistema, congegnata su una norma primaria che pone i principi (l'art. 4 del d.l. n. 193 del 2009), la quale delega ad un regolamento del ministro della Giustizia la disciplina in concreto del processo telematico, che, a sua volta, affida ad un provvedimento di un direttore generale del medesimo ministero l'adozione delle “specifiche tecniche”, operanti per le questioni di natura puramente informatica, è stata tuttavia messa a dura prova – almeno per il

¹⁴ Il d.m. n. 44 del 2011 è stato modificato prima dal d.m. 15 ottobre 2012, n. 209, e poi dal d.m. 3 aprile 2013, n. 48.

¹⁵ Dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 44 del 2011, si è avanzato il dubbio che il d.p.r. n. 123 del 2001 – che aveva introdotto per la prima volta una disciplina organica del PCT – fosse ancora vigente, atteso che l'art. 4, comma 1, del d.l. n. 193 del 2009, in virtù del quale è stato adottato il detto regolamento, si limitava a prevedere che le “regole tecniche” del processo civile telematico all'epoca vigenti (quelle del d.m. 17 luglio 2008) si dovevano continuare ad applicare fino alla data di entrata in vigore dei decreti previsti dai commi 1 e 2 del medesimo articolo. In sostanza il d.m. n. 44 del 2011, emanato dal ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, avrebbe determinato l'abrogazione delle regole tecnico-operative di cui al d.m. 17 luglio 2008 e non anche del regolamento governativo di cui al d.p.r. n. 123 del 2001. In direzione contraria, poi, non valeva invocare l'art. 37, comma 2, del d.m. n. 44 del 2011, che dichiarava espressamente la cessazione dell'efficacia per il processo civile per le disposizioni del d.p.r. n. 128 del 2001, considerato che, ai sensi del terzo comma dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988, i regolamenti ministeriali (quale è il d.m. n. 44 del 2011), non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti governativi.

PCT – dal sopravvenire di talune norme, tutte di rango legislativo, intervenute dopo il d.m. n. 44 del 2011 a disciplinare taluni aspetti del processo telematico, già compiutamente trattati nel cennato regolamento ministeriale.

Più in dettaglio, dopo l'entrata in vigore del d.m. n. 44 del 2011, non sono mancati ulteriori micro interventi normativi, del tutto privi di respiro generale, tesi a modificare – reiteratamente – alcune norme del codice di rito civile (specificatamente gli artt. 125, 136, 366 c.p.c.) per favorire l'avvio delle comunicazioni di cancelleria a mezzo PEC.; si pensi al d.l. 6 luglio 2011, n. 98-*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 11, il d.l. 13 agosto 2011 n. 138-*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo* convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 e, infine, alla legge 12 novembre 2011, n. 183 – *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*.

Nel corso dell'anno 2012, la stagione riformista del processo civile telematico ha subito una rapidissima accelerazione dettata da una decretazione d'urgenza di fonte primaria, che con cadenza tendenzialmente annuale almeno fino al 2016, ha finito per riplasmare, rispetto al regolamento ministeriale del 2011, l'attuale assetto del PCT.

Anzitutto, con l'art. 16 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179-*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, novellato a brevissima distanza dalla sua conversione in legge, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228-*Legge di stabilità 2013*, vennero abrogati i commi da 1 a 4 dell'art. 51 del d.l. n. 112 del 2008 e si pongono le basi per l'obbligatorietà dell'uso PEC, per tutte le comunicazioni e notificazioni di cancelleria ai difensori delle parti e ai consulenti tecnici, sia nel processo civile che in quello penale, almeno limitatamente ai tribunali e alle corti d'appello.

L'art. 17 del d.l. 179 del 2012, invece, introdusse una serie di rilevanti novità in tema di notificazioni del ricorso per la dichiarazione di fallimento, generalizzando i depositi telematici nella verifica dello stato passivo e l'uso della PEC nelle comunicazioni del curatore.

Ma la grande novità del nuovo corso sul processo telematico, avviato prima con la cennata legge n. 228 del 2012 e successivamente con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90-*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, cui ha fatto seguito il d.l. 27 giugno 2015, n. 83-*Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 132 e infine con il d.l. 3 maggio 2016, n. 59-*Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*, convertito con modificazioni dalla legge 30 giugno 2016, n. 119, fu costituita dalla previsione – per la prima volta

nell'ordinamento – dell'obbligatorietà, sia pure con una certa gradualità temporale e limitatamente agli atti c.d. endoprocessuali, del PCT in tutti i tribunali e nelle corti d'appello.

La tecnica utilizzata dal legislatore – assai discutibile – è stata quella di intervenire all'interno della sezione VI del d.l. n. 179 del 2012, intitolata “Giustizia digitale”, con l'introduzione di ben altri dieci articoli (gli artt. 16-*bis*, 16-*ter*, 16-*quater*, 16-*quinquies*, 16-*sexies*, 16-*septies*, 16-*octies*, 16-*novies*, 16-*decies* e 16-*undecies*); attraverso il susseguirsi della cennata decretazione d'urgenza si è sostanzialmente finito per introdurre, attraverso atti aventi forza di legge, sia pure in maniera alquanto caotica, una complessa disciplina sul PCT, che spazia dalle comunicazioni e notificazioni di cancelleria, all'obbligatorietà dei depositi di tutti gli atti endoprocessuali (compresi quelli del giudice per il procedimento monitorio), fino alle notifiche telematiche a cura degli avvocati, previste dal novellato art. 3-*bis* della legge 21 gennaio 1994, n. 53-Facoltà di notificazioni di atti civili, amministrativi e stragiudiziali per gli avvocati e procuratori legali.

6. (Segue). Il diritto processuale telematico speciale della pandemia

Infine, non può essere omesso un rapido cenno all'ultima stagione, caratterizzata dalla legislazione emergenziale in tema di PCT, che si è accompagnata alla pandemia che ancora affligge il nostro paese a partire dalla primavera del 2020¹⁶.

Anzitutto, per evitare assembramenti degli avvocati nelle cancellerie degli uffici giudiziari, prima l'art. 2, comma 6, del soppresso d.l. 8 marzo 2020, n. 11 e poi anche l'art. 83, comma 11, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 – *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, hanno stabilito che dal 9 marzo 2020 e fino al 30 giugno 2020, negli uffici che avevano la disponibilità del «servizio di deposito telematico», anche gli atti e documenti di cui all'art. 16-*bis*, comma 1-*bis*, del d.l. n. 179 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 221 del 2012, vale a dire gli atti introduttivi del giudizio (atto di citazione, ricorso o comparsa di costituzione), fossero depositati esclusivamente con le modalità della trasmissione telematica. Questa disposizione è stata poi riconfermata dall'art. 221, comma 3, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 – *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica*

¹⁶ Per un quadro completo delle misure processuali speciali in tempo di pandemia, si vis, FICHERA-ESCRIVA, *Le quattro fasi del processo civile al tempo della pandemia*, su Judicium.it, 2021.

da COVID-19, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 e, in forza della proroga disposta prima con il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 – *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 legge 18 dicembre 2020, n. 176 e poi con il d.l. 1° aprile 2021, n. 44 – *Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni antiSARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*, ancora in corso di conversione, il deposito telematico degli atti introduttivi è oggi obbligatorio nei tribunali e nelle corti d'appello fino al 31 luglio 2021.

Inoltre, con la legge n. 27 del 2020, di conversione del d.l. n. 18 del 2020, venne introdotto il comma 11.1. dell'art. 83, che ha imposto dal 9 marzo 2020 e fino al 31 luglio 2020, nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, pendenti innanzi al tribunale e alla corte di appello, il deposito anche degli atti del magistrato esclusivamente con modalità telematiche.

Ancora, va ricordato che sempre in sede di conversione del d.l. n. 18 del 2020, fu inserito anche il comma 11-bis dell'art. 83, in forza del quale innanzi alla Corte di cassazione il deposito degli atti e dei documenti da parte degli avvocati *«può avvenire in modalità telematica nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. L'attivazione del servizio è preceduta da un provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia che accerta l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche, unitamente alla funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici»*.

Successivamente, il comma 5 dell'art. 221 del d.l. n. 34 del 2020, ha reintrodotta la medesima disposizione, con efficacia temporale estesa attualmente fino al 31 luglio 2021. In questo modo, con una procedura chiaramente in deroga a quella generale ancora oggi stabilita dell'art. 16-bis, comma 6, del d.l. n. 179 del 2012 (imperniata sul decreto del ministro della Giustizia), con il provvedimento adottato il 27 gennaio 2021 del Direttore generale della DGSIA, a decorrere dal 31 marzo 2021 è oggi consentito – in via esclusivamente facoltativa – il deposito telematico di tutti gli atti di parte innanzi alla Corte di cassazione.

Meritano solo un cenno, ancora, le disposizioni contenute nell'art. 221, commi 4, 6, 7, del d.l. n. 34 del 2021 e nell'art. 23, commi 8-bis e 9, del d.l. n. 137 del 2020, che – fino al 31 luglio 2021 – autorizzano la celebrazione delle udienze e delle camere di consiglio a distanza, mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale della DGSIA¹⁷, nonché la

¹⁷ 17 Si vedano i vari provvedimenti adottati dal Direttore generale DGSIA, datati 10 marzo 2020 e 20 marzo 2020, 21 maggio 2020 e 2 novembre 2020.

sostituzione delle udienze civili, comprese quelle innanzi alla Corte di cassazione, attraverso lo scambio di note scritte depositate telematicamente dalle parti (la c.d. “udienza cartolare”).

Infine, vanno menzionate le novità in tema di procura speciale alle liti introdotte, sempre in sede di conversione del d.l. n. 18 del 2020, attraverso il comma 20-ter dell’art. 83.

Secondo la norma in commento, a partire dal 29 aprile 2020 (data di entrata in vigore della legge n. 27 del 2020, di conversione del d.l. n. 18 del 2020) e fino alla cessazione dello stato di emergenza – attualmente fissata al 30 aprile 2021 –, la sottoscrizione della procura speciale potrà essere apposta dalla parte, *«anche su un documento analogico trasmesso al difensore, anche in copia informatica per immagine, unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità, anche a mezzo di strumenti di comunicazione elettronica»*.

7. Le attuali fonti di cognizione del processo civile telematico

Se si volesse provare a sistematizzare la complessa e stratificata disciplina del PCT, in attesa di un riordino per via normativa della materia, che appare francamente imprescindibile all’interprete, appare possibile individuare almeno tre gruppi, tendenzialmente omogenei, di disposizioni che rilevano nella ricostruzione del vigente quadro normativo del processo telematico in ambito civile: un primo fascio di tali disposizioni è costituito dagli articoli del codice di rito e della legge fallimentare, via via novellati nel corso degli anni senza un progetto complessivo, ma in maniera addirittura casuale, con l’unico tratto comune di essere stati inseriti, mediante la tecnica della novellazione, nel *corpus* delle leggi processuali già vigenti prima dell’avvento del PCT; un secondo gruppo di norme può essere riunito sotto il comune oggetto costituito dalla disciplina sulle comunicazioni e notificazioni di cancelleria e sulle notifiche curate dagli ufficiali giudiziari e direttamente dagli avvocati; un terzo gruppo di regole, infine, concerne la forma degli atti processuali telematici e le modalità di deposito nei registri informatici di cancelleria.

8. (Segue) Le norme nel codice di procedura civile e nella legge fallimentare

Assume sicuro rilievo nel Codice di rito civile la norma sulla procura telematica contenuta nell’art. 83, mentre in relazione alle comunicazioni telematiche vanno ricordati, in rapida successione, l’art. 133, secondo comma, sull’inidoneità della comunicazione della sentenza a fare decorrere il termine per l’impugna-

zione, l'art. 136, comma secondo, che prevede l'uso generalizzato della PEC per le comunicazioni di cancelleria, nonché l'art. 45 disp. att. c.p.c. e gli artt. 137 e 149-*bis* che disciplinano, rispettivamente, le notifiche cartacee di documenti informatici e le notifiche telematiche a cura dell'ufficiale giudiziario; infine, deve essere ricordato l'art. 366, secondo comma, sulle comunicazioni agli avvocati in Cassazione.

Va senz'altro segnalata, per il processo di cognizione, la modifica apportata all'art. 207, comma secondo, c.p.c. che ha eliminato l'obbligo di sottoscrizione del verbale da parte del testimone, al fine dichiarato di favorire la stesura in formato digitale dei verbali di causa.

Numerosi poi gli interventi sul processo esecutivo: si va dalla pubblicità degli avvisi mediante il portale delle vendite pubbliche (art. 490 e art. 161-*quater* disp. att. c.p.c.), alla ricerca dei beni da pignorare con modalità telematiche (art. 492-*bis* e artt. 155-*bis*, 155-*ter* e 155-*quater*, 155-*quinquies* e 155-*sexies* disp. att. c.p.c.), all'iscrizione a ruolo del processo esecutivo con modalità telematica (art. 159-*ter* disp. att. c.p.c.) alle vendite coattive con modalità telematiche (art. 161-*ter*).

Anche nella legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270) si registra l'intervento su diverse disposizioni del legislatore, ispirato all'applicazione dei principi del processo telematico mediante la tecnica della novellazione delle norme vigenti: si pensi alle modalità di notifica del ricorso per la dichiarazione di fallimento (art. 15 l.fall.), alle comunicazioni a cura del curatore, del commissario giudiziale nel concordato preventivo, del commissario liquidatore nelle liquidazioni coatte amministrative, del commissario giudiziale e del commissario straordinario nell'amministrazione straordinaria (artt. 31-*bis*, 171 e 207 l.fall., artt. 22 e 59 d.lgs. n. 270 del 1999), al deposito telematico dei rapporti riepilogativi del curatore (art. 33 l.fall.), all'informatizzazione integrale del procedimento di verifica dello stato passivo (art. 93 e segg. l.fall.), alle modalità di deposito delle osservazioni dei creditori in sede di rendiconto presentato dal curatore (art. 116 l.fall.), all'adunanza dei creditori nel concordato preventivo celebrata con modalità telematiche (artt. 163, comma secondo, n. 2-*bis*, e 175 l.fall.).

9. (Segue) Le disposizioni su comunicazioni e notificazioni

La disciplina fondamentale sulle comunicazioni e notificazioni di cancelleria è oggi contenuta nei commi, da 4 a 11, dell'art. 16 del d.l. n. 179 del 2012, come novellato dalla legge n. 228 del 2012 prima e successivamente dal d.l. n. 90 del 2014.

Ma assumono rilievo anche le norme – introdotte entrambe dal d.l. n. 90 del 2014 – contenute nell’art. 16-*ter* del d.l. n. 179 del 2012, come da ultimo novellato dall’art. 28, comma 1, lett. c), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, ove si rinviene la specifica indicazione dei “pubblici elenchi” nei quali è consentito ricercare l’indirizzo per notificare via PEC, e nell’art. 16-*sexies* del medesimo d.l. n. 179, che disciplina in via generale per tutti i processi civili – con l’eccezione di quelli pendenti in Cassazione – il c.d. “domicilio digitale”, così restando superato (almeno in prima battuta) il disposto del vecchio art. 82 del r.d. 22 gennaio 1934, n. 37 – Norme integrative e di attuazione del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, sull’ordinamento della professione di avvocato e di procuratore, sull’elezione del domicilio presso la cancelleria dell’autorità giudiziaria adita del difensore privo di un suo domicilio nel circondario dell’ufficio giudiziario.

Naturalmente, nell’ambito della disciplina delle comunicazioni e notificazioni, un ruolo fondamentale riveste il d.p.r. n. 68 del 2005, che contiene le norme sull’uso della PEC, cui si accompagna il d.p.c.m. 2 novembre 2005, ove sono illustrate le relative “regole tecniche”; proprio al d.p.r. n. 68 del 2005 fa espresso richiamo l’art. 4, comma 2, del d.l. n. 193 del 2009 per il processo telematico e, in generale, pure l’art. 48 del CAD, norma quest’ultima – come visto in precedenza – in attesa di essere abrogata.

Vi è poi la disciplina secondaria, laddove non derogata dalle norme di legge sopravvenute, contenuta negli artt. 16 e 17 del d.m. n. 44 del 2011, come novellato dal d.m. 15 ottobre 2012, n. 209, nonché nelle vigenti “specifiche tecniche” del Direttore Generale DGSIA (provvedimento del 16 aprile 2014, come novellato dal provvedimento del 28 dicembre 2015).

Va inoltre ricordato che per gli uffici giudiziari diversi dai tribunali e dalle corti d’appello, ancora oggi è necessaria l’adozione di un decreto ministeriale, ai sensi del comma 10 dell’art. 16 del d.l. n. 179 del 2012, per procedere alle comunicazioni e notificazioni in via telematica¹⁸.

Quanto alle notifiche tra avvocati, il legislatore ha preferito novellare direttamente la legge n. 54 del 1993, adottando la tecnica singolare di introdurre, con il d.l. n. 90 del 2014, l’art. 16-*quater* nel d.l. 179 del 2012, che a sua volta aveva già inserito l’art. 3-*bis* nella ridetta legge n. 54 del 1993.

¹⁸ Così, ad esempio, il d.m. 19 gennaio 2016-Attivazione delle notificazioni e comunicazioni telematiche presso la Corte di cassazione, ai sensi dell’articolo 16, comma 10, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, limitatamente al settore civile, ha previsto che tutte le comunicazioni e notificazioni telematiche presso la Corte Suprema di Cassazione, a decorrere dal 15 febbraio 2016, avvengano esclusivamente in via telematica.

Sempre con norma primaria, il legislatore urgente del d.l. 90 del 2014 ha poi stabilito una regola generale applicabile alle notificazioni telematiche, curate dall'ufficiale giudiziario e, soprattutto, dall'avvocato – visto che ancora non si registrano notifiche da parte del primo –, estendendo le regole temporali sulla notifica cartacea previste dall'art. 147 c.p.c., attraverso l'inserimento dell'art. 16-*septies* nel d.l. n. 179 del 2012, anziché intervenire direttamente sull'art. 149-*bis* c.p.c., che attualmente disciplina appunto le notifiche telematiche a cura dell'ufficiale giudiziario.

Fra le norme regolamentari, invece, va ricordato l'art. 18 (intitolato “*Notificazioni per via telematica eseguite dagli avvocati*”) del d.m. n. 44 del 2011, come novellato prima dal d.m. 15 ottobre 2012, n. 209 e poi dal d.m. 3 aprile 2013, n. 48, che si occupa delle notifiche curate direttamente dagli avvocati; trovano applicazione altresì le specifiche tecniche adottate dal Direttore Generale DGSIA con provvedimento del 16 aprile 2014, come successivamente modificato con provvedimento del 28 dicembre 2015.

10. (Segue) Le regole sui depositi telematici

La norma fondamentale sui depositi telematici di parte nel processo civile, è oggi racchiusa nell'art. 16-*bis* del d.l. 179 del 2012, come introdotto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228 e, successivamente, modificato dal d.l. 90 del 2014, dal d.l. n. 83 del 2015 e in ultimo dal d.l. n. 59 del 2016.

Quest'articolo, composto da numerosi commi, da un lato sancisce l'obbligatorietà del deposito telematico per gli atti endoprocedimentali delle parti, nei tribunali¹⁹ e nelle corti d'appello²⁰, nonché l'esclusività del deposito telematico per tutti gli atti (compreso quello introduttivo), di parte e del giudice, in seno al procedimento monitorio²¹ e, dall'altro dispone, con l'art. 16-*bis*, comma 6, che nei restanti uffici giudiziari italiani, l'obbligatorietà del deposito degli atti processuali di parte nei procedimenti civili (e anche del giudice, ma solo per i provvedimenti monitori), venga disposta con decreto del ministro della Giustizia sentiti l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio Nazionale Forense ed i consigli dell'ordine degli avvocati interessati.

Come ricordato in precedenza, peraltro, la legislazione speciale dettata in forza della pandemia da covid-19, ha imposto dal 9 marzo 2020 e – attualmen-

¹⁹ Dal 30 giugno 2014, ai sensi dell'art. 16-*bis*, comma 1, d.l. n. 179 del 2012.

²⁰ Dal 30 giugno 2015, ai sensi dell'art. 16-*bis*, comma 9-*ter*, d.l. n. 179 del 2012.

²¹ Dal 30 giugno 2014, ai sensi dell'art. 16-*bis*, comma 4, d.l. n. 179 del 2012.

te – fino al 31 luglio 2021, l’obbligo del deposito anche degli atti introduttivi di parte in modalità telematica nei tribunali e nelle corti d’appello (art. 221, comma 3, d.l. n. 34 del 2020), nonché la facoltatività del deposito (a decorrere dal 31 marzo 2021) dei medesimi innanzi alla Corte di cassazione (art. 221, comma 5, d.l. n. 34 del 2020).

Di sicuro rilievo, poi, per la sua portata sistematica che avrebbe meritato una sua collocazione nel codice di rito, l’art. 16-*bis*, comma 9-*octies*, introdotto dal d.l. n. 83 del 2015, a tenore del quale “*Gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica*”.

Assumono una valenza processuale che va oltre i confini del rito telematico, inoltre, il comma 9-*bis* dell’art. 16-*bis* del d.l. n. 179 del 2012, come introdotto dal d.l. n. 90 del 2014 e poi novellato dal d.l. n. 83 del 2015, che consente al difensore, al consulente tecnico e al curatore fallimentare di attestare la conformità all’originale informatico della copia analogica di atti digitali estratta dai registri informatici, come pure gli artt. 16-*decies* e 16-*undecies* sempre del d.l. n. 179 del 2012, entrambi introdotti dal d.l. n. 83 del 2015, che disciplinano esattamente i poteri di certificazione di conformità delle copie degli atti e dei provvedimenti detenuti in formato analogico, depositati in via informatica dai medesimi professionisti.

Tra le fonti secondarie, infine, vanno ricordate le disposizioni contenute nel Capo III del d.m. 44 del 2011 (intitolato “*Trasmissione di atti e documenti informatici*”) e in particolare gli artt. da 11 a 15, che descrivono una analitica disciplina del contenuto degli atti processuali telematici, come integrata dalle vigenti specifiche tecniche adottate con provvedimento del direttore generale della DG-SIA del 16 aprile 2014.

11. A modo di conclusioni

Il frastagliatissimo quadro normativo sopra descritto impone all’interprete uno sforzo non trascurabile, per assicurare il necessario raccordo tra normativa primaria, secondaria e sovranazionale.

Già a livello di confronto tra norme aventi pari valore di legge, occorre chiedersi se il CAD, quale normazione di principio di rango primario – al quale si richiama espressamente l’art. 4, comma 1, del d.l. n. 193 del 2009, nell’affidare ad un regolamento ministeriale le regole sul PCT –, possa trovare diretta applicazione nella disciplina del processo telematico civile.

E invero, l'orientamento favorevole, pure adombrato in passato dalla giurisprudenza di legittimità²², deve oggi confrontarsi con le modifiche del medesimo CAD, introdotte dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179-*Modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.*

Il detto decreto legislativo, infatti, novellando l'art. 2, comma 6, CAD, ha sec-camente stabilito che *“Le disposizioni del presente Codice si applicano al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico”*; inoltre, trattando dei requisiti di validità del documento digitale, l'art. 20, comma 1-*quater*, CAD, come novellato dal ridetto d.lgs. n. 179 del 2016, dispone oggi che *“Restano ferme le disposizioni concernenti il deposito degli atti e dei documenti in via telematica secondo la normativa, anche regolamentare, in materia di processo telematico”*.

Dunque, alla luce delle stesse norme riformate del CAD, è consentito forse affermare oggi che è sempre la specialità del processo telematico, civile, penale, amministrativo contabile e tributario, a prevalere, potendo trovare applicazione le regole generali contenute nel ridetto codice, soltanto in mancanza di una espressa disciplina, anche di livello secondario, contenuta nella normativa di settore, ormai decisamente sovrabbondante e spesso di carattere “alluvionale”.

A tutto ciò si accompagna, come visto, il ruolo sempre più incisivo della legislazione sovranazionale in sede europea, che attraverso le sue direttive e i suoi regolamenti enuncia disposizioni all'evidenza idonee a condizionare direttamente – a prescindere dall'intervento di correttivi sul CAD – la disciplina del PCT.

Del resto, le Sezioni Unite della S.C. hanno già avuto modo di segnalare come in tema di firma digitale dei documenti informatici, il principio dell'equivalenza della firma c.d. “CADES” e di quella c.d. “PADES” trovi un suo preciso fondamento normativo negli *standard* previsti dal cennato reg. UE n. 910/2014 e nella relativa decisione di esecuzione n. 1506 del 2015²³.

Quanto ai rapporti tra fonti primarie e secondarie, va segnalato come talune regole sul funzionamento del PCT, già contenute nel d.m. 44 del 2011, sono state

²² Cass., sez. 3, 10 novembre 2015, n. 22871, in *Guida dir.*, 2016, I, 56; secondo la S.C. la firma digitale della sentenza è equiparata alla sottoscrizione autografa in base ai principi del d.lgs. n. 82 del 2005, resi applicabili al processo civile dall'art. 4 del d.l. n. 193 del 2009, convertito dalla legge n. 24 del 2010.

²³ Cass., sez. un., 27 aprile 2018, n. 10266, in *Giur. it.*, 2018, 1614; in senso conforme, Cass., sez. 2, 29 novembre 2018, n. 30927.

pedissequamente riprodotte nel complesso articolato che oggi si ritrova nel d.l. 179 del 2012, cioè in una fonte di rango primario, con il risultato di una loro sostanziale duplicazione²⁴.

Altre norme regolamentari, invece, risultano derogate da quelle di fonte legislativa sopravvenute, a plateale dimostrazione della perdurante incertezza sul rango (di legge o regolamentare) da riservare di volta in volta alla disciplina sul PCT²⁵.

In altri casi, addirittura, il legislatore è intervenuto per dirimere ogni dubbio sulle modalità di deposito telematico di taluni atti, nascente dalle regole contenute nelle specifiche tecniche, senza tuttavia modificare detta regolamentazione secondaria²⁶.

Non mancano, infine, disposizioni contenute sempre nel regolamento n. 44 del 2011, che tuttavia rinviano ancora a norme aventi forza di legge, che risultano essere state successivamente abrogate da altre disposizioni di rango primario²⁷.

Insomma, alla luce di quanto esposto in precedenza, non sembra possano sussistere ulteriori dubbi sulla necessità di procedere ad una “sistematizzazione” delle regole sul PCT, partendo dalle sue variegate fonti di produzione per costi-

²⁴ È il caso della norma sul momento perfezionativo del deposito telematico degli atti. L'art. 16-bis, comma 7, del d.l. n. 179 del 2012 recita: «*Il deposito con modalità telematiche si ha per avvenuto al momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del ministero*»; ma già l'art. 13, comma 2, del d.m. n. 44 del 2011 disponeva: «*I documenti informatici di cui al comma 1 si intendono ricevuti dal dominio Giustizia nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della Giustizia*».

²⁵ Si tratta dell'art. 13, comma 3, del d.m. n. 44 del 2011 che ancora oggi afferma: «*Quando la ricevuta è rilasciata dopo le ore 14 il deposito si considera effettuato il giorno feriale immediatamente successivo*». Successivamente l'art. 16-bis, comma 7, del d.l. n. 179 del 2012, come introdotto dalla legge n. 228 del 2012, dispone invece espressamente che «*Il deposito è tempestivamente eseguito quando la ricevuta di avvenuta consegna è generata entro la fine del giorno di scadenza*».

²⁶ Le specifiche tecniche pongono un limite per la dimensione massima (30 mega) del messaggio di PEC (art. 13 del decreto 16 aprile 2014); per superare i dubbi di ammissibilità di ulteriori depositi telematici relativi al medesimo atto, il d.l. n. 90 del 2014, allora, ha inserito nel comma 7 dell'art. 16-bis del d.l. n. 179 del 2012, la seguente precisazione: «*Quando il messaggio di posta elettronica certificata eccede la dimensione massima stabilita nelle specifiche tecniche del responsabile per i sistemi informativi automatizzati del ministero della Giustizia, il deposito degli atti o dei documenti può essere eseguito mediante gli invii di più messaggi di posta elettronica certificata. Il deposito è tempestivo quando è eseguito entro la fine del giorno di scadenza*».

²⁷ Si pensi all'art. 16, comma 4, e all'art. 17, comma 1, del d.m. n. 44 del 2011, che ancora oggi rinviano all'art. 51 del d.l. n. 112 del 2008, i cui primi quattro commi risultano invece abrogati espressamente dal d.l. n. 179 del 2012.

tuire un *corpus* unitario, non è decisivo stabilire se con fonte di rango primario o secondario, che detti compiutamente l'intera disciplina in materia, naturalmente sempre nel rispetto dei principi generali contenuti nel CAD e nella legislazione sovranazionale.

La giurisprudenza sul PPT: le linee di indirizzo della giurisprudenza di legittimità

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Corte di cassazione sulle notifiche telematiche. – 3. Notificazioni e comunicazioni telematiche a cura della parte privata. – 4. La Corte di cassazione sulla trasmissione di istanze delle parti a mezzo PEC. – 5. La Corte di cassazione sulla produzione di memorie a mezzo PEC – 6. La Corte di cassazione sulla trasmissione a mezzo PEC della lista testimoni, periti e consulenti tecnici. – 7. La presentazione a mezzo PEC dell’atto di impugnazione – 8. La legge 18 dicembre 2020, n. 176 di conversione del d.l. n. 137 del 2020. – 9. segue: le prime decisioni sulla disciplina introdotta dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176 di conversione del d.l. n. 137 del 2020. – 10. La Corte di cassazione sulla trasmissione della nomina a difensore di fiducia a mezzo PEC. – 11. La Corte di cassazione sulla comunicazione di atti in via telematica (mail ordinaria o pec) tra uffici giudiziari. – 12. La Corte di Cassazione sull’applicativo Tiap-Documents@. – 13. La giurisprudenza della Corte sulla partecipazione a distanza all’udienza penale nel periodo emergenziale. – 14. La Corte di cassazione sul S.I.C.P.

1. Premessa

Il percorso di informatizzazione del processo penale, come è noto, non ha ancora condotto alla istituzione di un vero processo penale telematico, sebbene, soprattutto negli ultimi anni, siano stati fatti notevoli progressi¹.

¹ Sullo stato della digitalizzazione del processo penale è ancora utile approfondire la “*Relazione sullo stato della giustizia penale telematica 2018*” del Consiglio Superiore della Magistratura, reperibile in rete nel sito istituzionale, nella quale è stato evidenziato che il percorso di digitalizzazione del processo penale sembra tuttora ancorato ad una informatizzazione degli atti del procedimento (intesa come dematerializzazione di documenti cartacei) e non è ancora maturata l’evoluzione verso un processo telematico in senso stretto, basato sulla gestione di documenti nativi digitali (almeno nei limiti ontologicamente consentiti dal processo penale). Su questa relazione, volendo, si veda L. GIORDANO, *Lo stato della giustizia penale telematica secondo il Consiglio Superiore della Magistratura*, in www.ilprocessotelematico.it 14 gennaio 2019. Per una ricostruzione sistematica degli istituti del processo penale telematico si veda I.

Il S.I.C.P., cioè il programma che garantisce la gestione informatica dei registri di cancelleria, è ormai utilizzato su tutto il territorio nazionale², così come il sistema S.N.T. per l'esecuzione delle notifiche telematiche³. Il Portale delle notizie di reato (P.N.R.) è impiegato nella maggior parte degli uffici requirenti di primo grado⁴. L'applicativo Tiap-Document@, scelto al Ministero della Giustizia come unico gestore documentale nazionale, pur tra qualche difficoltà, si sta diffondendo in tutti gli uffici⁵. A seguito della riforma delle intercettazioni è stato realizzato l'Archivio informatico delle stesse (ADI)⁶.

FEDELE, *Gli istituti cardine del telematico (documento informatico, firma digitale, PEC, identità digitale e domicilio digitale) e la loro concreta declinazione nel processo penale*, relazione del 8 luglio 2020 al Corso della Scuola della magistratura "Gli istituti del processo telematico", reperibile in rete nel sito della Scuola.

² Sul S.I.C.P. sia consentito il rinvio a L. GIORDANO, *Sistema informativo della cognizione penale (S.I.C.P.) (PPT)*, in www.ilprocessotelematico.it, 21 novembre 2019. Più specificamente, sono tre sistemi informativi automatizzati di base: il sistema informativo della cognizione (SICP) deputato alla informatizzazione della fase di cognizione del processo penale; il sistema informativo dell'esecuzione (SIES) deputato alla informatizzazione della fase di esecuzione del processo penale; il sistema informativo delle misure di prevenzione (SIPPI) ormai già evoluto nel sistema SITMP per la gestione delle misure di prevenzione personali e reali.

³ Per una completa illustrazione della disciplina delle notifiche telematiche, si veda C. AMOROSO, *L'utilizzo della posta elettronica certificata nel processo penale*, relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione del 21/05/2018, reperibile in *ItalgivreWeb*; V. BOVE, *Notifiche telematiche*, in www.ilprocessotelematico.it 28/01/2021. Sul tema si vedano anche G. MARRA, *Le notifiche telematiche*, in *Cass. pen.* 2016, 6S, 250 e ss.; V. BOVE, *Notificazioni telematiche nel procedimento penale: questioni giuridiche e problematiche applicative*, in *Dir. pen. contemp.* 9 novembre 2015; A. DIDI, *Quale futuro per l'elettronica nel processo penale? Osservazioni a margine dell'impiego della PEC per le notificazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 2, 299 ss.; E.N. LA ROCCA, *Notificazioni via PEC: i limiti di validità negli approdi della giurisprudenza penale*, in www.quotidianogiuridico.it, 27 giugno 2019.

⁴ Il portale consente alla polizia giudiziaria di accedere al S.I.C.P. per effettuare "annotazioni preliminari" sul registro informatico della Procura, annotazioni modificabili e non vincolanti per l'Ufficio requirente, ma che riducono i tempi dell'ufficio giudiziario, semplificando gli adempimenti. Sul questo strumento, volendo, si veda L. GIORDANO, *Il portale notizie di reato (PPT)*, in www.ilprocessotelematico.it, 3 dicembre 2019.

⁵ Sul T.I.A.P., si veda A. MADDALENA, *Il gestore documentale TIAP (PPT)*, in www.ilprocessotelematico.it, 28/05/2019; volendo, L. GIORDANO, *Il sistema documentale TIAP: esame delle questioni sorte a qualche anno dalla sua introduzione*, in www.ilprocessotelematico.it 4/01/2018.

⁶ Sull'Archivio delle intercettazioni (ADI), S. SIGNORATO, *L'archivio delle intercettazioni. La custodia del materiale e la marcia verso la digitalizzazione delle informazioni*, in www.lalegislazionepenale.it, 24 novembre 2020; volendo, L. GIORDANO, *Archivio delle intercettazioni (PPT)*, in www.ilprocessotelematico.it, 1° agosto 2020.

L'avvento della pandemia, poi, ha determinato una ulteriore forte spinta all'impiego dell'informatica nel processo penale⁷, che si è concretizzata in un più ampio utilizzo degli strumenti telematici per le notificazioni⁸, nella possibilità del deposito degli atti con modalità tecnologiche e nella sperimentazione della trattazione del procedimento e della deliberazione collegiale a distanza⁹.

In particolare, è stato realizzato un “portale del processo penale telematico”¹⁰ per consentire l'accesso, per mezzo della rete internet, ai servizi telematici

⁷ Sulla spinta alla digitalizzazione del processo penale determinata dalla pandemia si veda la relazione del Ministro della Giustizia sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2020, reperibile nel sito istituzionale del Ministero della Giustizia. Per una analisi della relazione sia consentito il rinvio a L. GIORDANO, *La relazione del Ministro sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2020: le indicazioni sulla digitalizzazione in corso del processo penale*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 18 febbraio 2021.

⁸ L'art. 83, comma 13, del d.l. n.18 del 2020, in particolare, ha previsto che le comunicazioni e le notificazioni degli avvisi e dei provvedimenti adottati per contenere gli effetti dell'epidemia sono effettuate per mezzo della posta elettronica certificata; il comma successivo ha stabilito che dette notificazioni sono effettuate anche per l'imputato all'indirizzo PEC del difensore di fiducia. Sul punto, si segnala Sez. 6, n. 10059 del 10/02/2021, Pucciariello ed altro, secondo cui “*nell'intervallo temporale coperto dalla normativa testè rammentata, le notificazioni relative agli avvisi dei procedimenti oggetto di trattazione (come appunto quello de quo) dovevano essere “eseguite mediante invio all'indirizzo di posta elettronica certificata di sistema del difensore di fiducia”, disposizione avente una chiara valenza eccezionale, legata all'emergenza pandemica, derogatoria rispetto alle disposizioni ordinarie in tema di notificazioni alle parti fissate nel codice di rito ed invocate dalla difesa*”.

⁹ Per una ricostruzione della disciplina applicabile al processo “a distanza” nelle varie fasi emergenziali si veda G. SPANGHER, *Il processo penale al tempo del Covid-19*, in *Studium iuris*, 2020, 12, 1461. Più in generale, sul tema si vedano E. AMODIO, E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *Sist. Pen.*, 2020, 5, p. 267; E. IULIANO, *L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche*, in *Arch. pen. Web*, 2020, n. 1; S. LORUSSO, *Il cigno nero*, in *Sist. pen.* 11 maggio 2020; V. Maiello, *La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà*, in *Arch. pen. Web*, 2020, n. 1; E.M. Mancuso, *La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19*, in *Giur. pen. Web.*, 2020, n. 5; O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen. Web.*, 2020, n. 1; S. NAPOLITANO, *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale*, in *Sist. Pen.* 2020, 7, 25; L. PONIZ, *Il processo da remoto: la strana battaglia contro uno strumento*, in *Giur. pen. Web*, 2020, n. 5; S. RECCHIONE, *L'oralità (ir)rinunciabile nel processo penale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 3 giugno 2020; V. MANES – L. PETRILLO – G. SACCONI, *Processo penale da remoto: prime riflessioni sulla violazione dei principi di legalità costituzionale e convenzionale*, in *Diritto di difesa*, 6 maggio 2020; G. SANTALUCIA, *La tecnica al servizio della giustizia penale. Attività giudiziaria a distanza nella conversione del decreto “cura Italia”*, in *www.giustiziainsieme.it*, 10 aprile 2020. Sia consentito anche il richiamo di L. GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 920.

¹⁰ Per una completa illustrazione della disciplina del Portale si veda R. PATSCOT, *Portale deposito atti penali*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 11/01/2021.

resi disponibili dal dominio giustizia per il deposito di atti, documenti e istanze¹¹ (in certi casi, come modalità esclusiva)¹². Si tratta di una innovazione di notevole rilievo che ci avvicina alla istituzione del processo penale telematico perché dall'impiego delle notifiche telematiche, ossia dalla possibilità di adoperare la telematica per gli atti "in uscita" dagli uffici giudiziari, si è passati al suo uso per gli atti "in entrata" negli uffici giudiziari, specificamente di quelli provenienti dai difensori¹³.

Durante questo percorso di digitalizzazione, la Corte di cassazione ha avuto modo di confrontarsi ripetutamente con alcuni segmenti del processo penale telematico, potendone così verificare l'incidenza su diversi istituti processuali e la coerenza con i principi del codice di rito.

¹¹ Il portale è stato adottato in via sperimentale, a norma dell'art. 83, comma 12-*quater*.1, terzo periodo, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, dagli uffici del pubblico ministero che ne hanno fatto richiesta. Tali uffici sono stati autorizzati, con specifico decreto del Ministro della giustizia, al deposito con modalità telematica di memorie, documenti, richieste e istanze indicate dall'articolo 415-*bis*, comma 3, cod. proc. pen., secondo le prescrizioni tecniche stabilite con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati (DGSIA) del Ministero della giustizia.

¹² Per favorire l'ulteriore semplificazione delle attività di deposito durante l'emergenza epidemio-
logica da covid-19, l'art. 24, comma 1, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 ha previsto che, fino alla
scadenza del termine di cui all'art. 1 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni,
dalla legge 22 maggio 2020, n. 35 e poi fino al 31 luglio 2021 ai sensi dell'art. 6 del d.l. n. 44 del
2021 – il deposito degli atti conseguenti alla notificazione dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* cod.
proc. pen. avviene, esclusivamente, mediante deposito dal portale del processo penale telematico
individuato con provvedimento del DGSIA e con le modalità stabilite nel decreto stesso, anche
in deroga alle previsioni del decreto emanato ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge
29 dicembre 2009, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 febbraio 2010, n. 24. L'art.
24, comma 2, del medesimo d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 ha anche disposto che, con uno o più
decreti del Ministro della giustizia, saranno indicati ulteriori atti per quali sarà reso possibile il
deposito telematico con le modalità stabilite dal sopra menzionato provvedimento del DGSIA. Il
Ministro della Giustizia, con d.m. 13 gennaio 2021, poi, ha, stabilito che, negli uffici delle Procure
della Repubblica presso i Tribunali, il deposito da parte dei difensori dell'istanza di opposizione
all'archiviazione indicata dall'art. 410 cod. proc. pen., della denuncia di cui all'art. 333 cod. proc.
pen. della querela di cui all'art. 336 cod. proc. pen. e della relativa procura speciale, della nomina
del difensore e della rinuncia o revoca del mandato indicate dall'art. 107 cod. proc. pen. avviene
esclusivamente mediante deposito telematico ai sensi dell'art. 24, comma 1, del d.l. 28 ottobre 2020,
n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, tramite il portale del
processo penale telematico e con le modalità individuate con provvedimento del direttore generale
dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia.

¹³ Sul rilievo di questa innovazione si veda V. BOVE, R. PATSCOT, *Processo Penale Telematico: dalla fase emergenziale alla digital transformation della giustizia penale*, in www.ilprocessotelematico.it, 6 aprile 2021.

La seguente rassegna giurisprudenziale mira a dare atto del ruolo che sta svolgendo la Suprema Corte in questo ambito, nell'esercizio della funzione di nomofilachia che tende ad assicurare condizioni di omogeneità nell'applicazione della legge ed a favorire la prevedibilità delle decisioni.

L'esame delle sentenze della Corte sembra consentire di scorgere la frequente affermazione di alcuni principi che potrebbero fondare la base per una futura riflessione sul processo penale telematico come quello di conservazione degli atti e del raggiungimento dello scopo, che pare ispirare le decisioni nei casi in cui non è previsto il rispetto di specifiche forme nel codice di procedura, e quello del rispetto del contraddittorio che, nell'ipotesi di impiego di mezzi telematici, impone di garantire alla difesa il diritto di accesso agli atti digitalizzati in un tempo compatibile con i termini che le sono riconosciuti per l'esercizio delle sue prerogative.

In tema di notificazioni, più specificamente, la Corte, valorizzando le previsioni di norme secondarie, ha anche affermato che grava sul destinatario l'onere di osservare la necessaria diligenza per consentire la consegna degli atti¹⁴, spingendosi finanche a sostenere che sussisterebbe un onere di collaborazione, implicito nel sistema e necessario per assicurare la funzionalità del meccanismo telematico¹⁵.

È opportuno segnalare che il compito della Corte non è agevole. Si tratta di interpretare norme che sovente sono calate nel sistema con decreti-legge; talvolta, la normativa primaria è deficitaria, se non è del tutto mancante, tanto che il fondamento della legittimità dell'uso di taluni applicativi informatici è ravvisato in disposizioni codicistiche introdotte con altre finalità; talora, manca la normativa regolamentare oppure, se è esistente, ingenera delicate questioni di gerarchia delle fonti; spesso si ricorre a protocolli d'intesa tra le parti del processo¹⁶, una

¹⁴ Si veda, tra le altre, Sez. 3, n. 51464 del 18/06/2018, Polise, secondo cui il destinatario deve dotarsi di un terminale elettronico munito di *software* idoneo a verificare anche l'assenza di virus.

¹⁵ Si veda Sez. 5, n. 15112 del 18/02/2020, Tudor, su cui ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione.

¹⁶ Sulla natura giuridica dei protocolli d'intesa si veda D. TURRONI, *La riforma del giudizio civile in cassazione – i protocolli d'intesa e la loro rilevanza giuridica: tra regola e fatto*, in *Giur. it.* 2018, 3, 772, in cui si evidenzia che «le regole contenute nei protocolli hanno come destinatari i membri delle categorie coinvolte nell'intesa. Il punto di forza è la composizione non omogenea dei destinatari, che proietta le regole ben oltre i confini propri di un atto amministrativo interno; e il fatto che sono documenti condivisi, quindi rappresentativi delle componenti che hanno concorso a firmarli. Il principale limite risiede nel fatto che un protocollo d'intesa impegna politicamente gli organi e le istituzioni firmatarie; certo non giuridicamente le persone che compongono i rispettivi uffici e ordini professionali. L'impegno politico che i firmatari si assumono è, in particolare, quello

sorta di *soft-law*¹⁷ che, pur non costituendo l'esito di una formale procedura di produzione normativa, di fatto facilita la diffusione dei nuovi strumenti informatici.

In questa materia, infine, non bisogna nascondere la sussistenza di una difficoltà di fondo non superabile, rappresentata dal fatto che i concetti giuridici rinviano inevitabilmente a nozioni tecniche, le quali sono in costante evoluzione.

2. La Corte di cassazione sulle notifiche telematiche

2.1. Come è noto, il primo settore del processo penale nel quale ha avuto una larga diffusione l'impiego dei mezzi informatici è stato quello delle notificazioni.

La principale fonte normativa primaria per le notificazioni telematiche è l'art. 16 del d.l. 18/10/2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17/12/2012, n. 221, recante "*Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese*". Al comma 4 questa disposizione, nel prevedere che nei procedimenti civili le comunicazioni e le notificazioni a cura della cancelleria sono effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni, secondo la normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici, ha stabilito che allo stesso modo si procede per le **notificazioni a persona diversa dall'imputato** a norma degli artt. 148, comma 2-*bis*, 149, 150 e 151, comma 2, cod. proc. pen., precisando che la rela-

di promuovere l'osservanza delle regole condivise e cooperare al raggiungimento degli obiettivi stabiliti nei protocolli. Sarebbe tuttavia un errore considerare questo limite una debolezza. Individuare modelli di comportamento condivisi, dar loro una veste formale e renderli noti agli interessati favorisce la razionalità del sistema e la trasparenza dei rapporti; e – non meno importante – promuove il metodo della leale collaborazione tra le categorie professionali interessate. I protocolli d'intesa non contengono dunque regole giuridiche, né generali, né limitate ai componenti gli uffici e gli ordini coinvolti⁽³⁷⁾. Questa conclusione non basta tuttavia per concludere che i documenti in esame siano completamente privi di rilevanza giuridica». Più specificamente sui protocolli d'intesa nell'ambito del processo penale si veda, anche per riferimenti sui termini del dibattito, A. SCALFATI, *Processo penale, "Ragionevole durata" e recenti proposte*, in *Cass. Pen.*, 2015, 1309 e ss.; V. BOVE, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in *Dir. Pen. Contemp. on line*, 17 giugno 2015, 1 e segg.; C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino, 2016, 323 e ss.

¹⁷ I protocolli, invero, non raccolgono necessariamente le prassi degli uffici. Sovente il loro scopo è quello di indicare soluzioni condivise ai problemi di gestione del processo che la legge non risolve o non risolve integralmente. Si può trattare, allora, di soluzioni innovative dell'ordinamento.

zione di notificazione viene redatta in forma automatica dai sistemi informatici in dotazione alla cancelleria (cd. artefatto)¹⁸.

Le Sezioni unite, chiamate a definire l'area operativa della nuova norma, hanno affermato che, anche dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 179 del 2012, convertito nella legge n. 221 del 2012, sono valide le notificazioni per via telematica a persona diversa dall'imputato o indagato eseguite, ai sensi del d.l. 25/06/2008, n. 112 e relativa conversione in legge, dagli Uffici giudiziari autorizzati dal decreto 1/10/2012 del Ministro della Giustizia, prima della nuova norma¹⁹.

2.2. Il profilo più rilevante della normativa sulle notifiche telematiche, perché garantisce l'efficacia del mezzo sul piano operativo, è rappresentato dal deposito in cancelleria in caso di omessa notificazione per causa imputabile al destinatario.

L'art. 16, comma 6, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 cit., infatti, prevede il deposito in cancelleria nei casi in cui la trasmissione via PEC non va a buon fine per causa imputabile al destinatario. In questo caso il sistema invia **un avviso al Portale dei Servizi Telematici**. Il difensore destinatario, accedendo al Portale, è

¹⁸ La norma va letta alla luce della legge di stabilità del 2013 (legge 28 dicembre 2012, n. 228) che, all'art. 1, comma 19, lett. a), ha introdotto la lettera c-bis) dell'art. 16, comma 9 ed ha modificato l'art. 16, comma 9, lettera d), cit., così espressamente prevedendo che, a decorrere dal 15 dicembre 2014, le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli artt. 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, co. 2 c.p.p., vanno eseguite attraverso lo strumento della posta elettronica certificata (di seguito, PEC), nei procedimenti dinanzi ai tribunali ed alle corti di appello. La disposizione, inoltre, va inserita nel più generale processo di digitalizzazione della giustizia, che trova il proprio fondamento normativo nell'art. 4 comma 1 e 2 del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella l. 22 febbraio 2010, n. 24. recante "*Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario*". È in particolare il secondo comma dell'art 4 cit. a prevedere espressamente che nel processo civile e nel processo penale, tutte le comunicazioni e notificazioni per via telematica si effettuano mediante posta elettronica certificata, ai sensi del CAD, e successive modificazioni, del d.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, e delle regole tecniche stabilite con i decreti previsti dal comma 1 (nel caso concreto, si tratta del D.M. 21 febbraio 2011 n. 44). Sui caratteri della P.E.C., si veda A. BARLETTA, *Posta elettronica certificata (PEC)*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 2012, 572 ss.

¹⁹ Sez. U, n. 32243 del 26/06/2015, Nedzvetskyi, Rv. 264864 – 01, in una sentenza in cui la Corte ha chiarito che, per gli Uffici giudiziari già autorizzati, non trova applicazione l'art. 16, comma 9, lett. c-bis del d.l. n. 179 del 2012, che fa decorrere dal 15/12/2014 l'efficacia delle norme relative alle notificazioni per via telematica; negli stessi termini, in seguito Sez. 2, n. 50316 del 16/09/2015, Gullotta, Rv. 265394 – 01; Sez. 6, n. 51348 del 13/10/2016, Lantigua, Rv. 268619 – 01. Sul tema, C. BRESSANELLI, *Una giustizia troppo efficiente? Alle Sezioni Unite la questione della validità delle notifiche telematiche disposte anteriormente al dicembre 2014*, in *Dir. pen. contemp.*, 4 giugno 2015; L. MATARRESE, *Validità della notifica al difensore per via telematica e problemi di diritto transitorio*, in *Dir. pen. contemp.*, 15 settembre 2015.

informato dell'avvenuto deposito. La notifica depositata in cancelleria è a disposizione dell'avvocato, il quale, però, per estrarne copia, deve pagare, per legge, il decuplo dei diritti normalmente dovuti.

La Corte di cassazione, con numerose sentenze, ha affermato la legittimità di tale meccanismo, rilevando che **garantisce efficacia al sistema delle notificazioni, ma non impedisce al destinatario di venire a conoscenza dell'atto.**

L'analisi dei repertori giurisprudenziali permette ormai di individuare una serie di ipotesi tipiche di notifiche non eseguite per causa addebitabile al destinatario:

- 1) indisponibilità del sistema di posta del destinatario²⁰;
- 2) utente sconosciuto perché l'indirizzo PEC non è esistente al REGINDE²¹ oppure è stato mal comunicato²²;
- 3) casella del destinatario piena (mail box full);
- 4) mancanza di indirizzo PEC o PEC non attiva²³.

In tutte queste fattispecie, la Corte non solo ha affermato legittimità del sistema normativo, ma ha rilevato che **grava sul difensore l'onere di osservare la necessaria diligenza per consentire la notificazione degli atti**, essendo tenuto, tra l'altro, a dotarsi di un terminale elettronico munito di *software* idoneo a verificare anche l'assenza di virus²⁴.

In particolare, la notificazione di un atto al difensore, obbligato per legge a munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, e restituito al mittente con l'indicazione "**casella piena**", si ha per perfezionata con la ricevuta con cui l'operatore attesta di avere rinvenuto la cd. casella di p.e.c. del destinatario "piena", da considerarsi equiparata alla ricevuta di avvenuta consegna, in quanto, per effetto dell'art. 4, commi 1 e 2, d.l. 29 dicembre 2009 n. 193, il mancato inserimento nella casella di posta, per saturazione della capienza, rappresenta un evento imputabile al destinatario per l'inadeguata gestione dello spazio per l'archiviazione e la ricezione di nuovi messaggi²⁵. Il difensore, nella qualità di "soggetto abilitato esterno", è tenuto, ai sensi dell'art. 20 del d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, a dotar-

²⁰ Cfr., ad esempio, Sez. 5, n. 41697 del 13/05/2019, Carbone, Rv. 277640 – 01, per una fattispecie in cui la notifica è risultata impossibile perché l'atto è stato rifiutato dal sistema per cause imputabili al destinatario.

²¹ Sul registro si veda C. AMOROSO, *Gli avvisi al difensore vanno inviati all'indirizzo PEC risultante dal ReGIndE*, in www.ilprocessotelematico.it, 4 aprile 2019.

²² Cfr., ad esempio, Sez. 2, n. 30628 del 21/04/2017, Cipolla.

²³ Cfr. Sez. 3, n. 13729 del 22/11/2018, dep. 2019, Columbro.

²⁴ Sez. 3, n. 51464 del 18/06/2018, Polise.

²⁵ Sez. 2, n. 25981 del 16/07/2020, Mastrullo; Sez. 5, n. 15080 del 12/03/2019, Sellari; Sez. 3, n. 14216 del 15/11/2019, dep. 2020, Lombardo, Rv. 279295 – 01; Sez. 5, n. 45384 del 13/09/2018, M., Rv. 274125 – 01; Sez. 3, n. 54141 del 24/11/2017, Mariani ed altro, Rv. 271834.

si di un servizio automatico di avviso dell'imminente saturazione della propria casella di posta elettronica certificata e di verificare l'effettiva disponibilità dello spazio disco a disposizione²⁶.

Ed inoltre, anche nel caso di notificazioni all'imputato presso il **difensore domiciliatario**, qualora **questi non abbia attivato la PEC**, è **legittima la notifica eseguita mediante deposito** dell'atto ai sensi dell'art. 16, comma 6, d.l. n. 179 del 2012, poiché, una volta eletto domicilio presso l'avvocato, le notifiche devono essere eseguite con le forme e le modalità stabilite per il professionista, a nulla rilevando l'eventuale diversa disciplina stabilita per l'imputato²⁷.

2.3. Dinanzi al rilievo, ai fini della funzionalità del sistema delle notificazioni telematiche, del deposito dell'atto nel portale nel caso di omessa consegna per causa imputabile al destinatario perde di significato un tema interpretativo su cui pure si è confrontata la giurisprudenza di legittimità, che concerne la natura di tale meccanismo di notificazione, se di "alternativa privilegiata" o "derogatoria" rispetto al sistema codicistico ovvero "ordinaria"²⁸.

L'art. 16, comma 4, del d.l. n. 179 del 2012, invero, stabilisce che anche nel processo penale, per le persone diverse dall'imputato *"le comunicazioni e le notificazioni a cura della cancelleria sono effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni"*.

Secondo una impostazione, la posta elettronica certificata rappresenta una forma di notificazione derogatoria rispetto all'ordinario regime, che si pone come **alternativa privilegiata** soltanto nei casi determinati dalla legge e nei confronti di specifiche categorie di destinatari²⁹.

Secondo la lettura della disposizione richiamata che ormai appare prevalente, invece, anche per l'uso dell'avverbio "esclusivamente", deve ritenersi che quello a mezzo PEC sia l'**ordinario sistema legale di notificazione degli atti giudiziari** nel processo penale diretti a persona diversa dall'imputato, sicché non occorre alcun decreto del giudice che autorizzi il suo impiego³⁰.

²⁶ Sez. 3, n. 54141 del 24/11/2017, Rv. 271834 – 01.

²⁷ Sez. 2, n. 14477 del 05/03/2020, Abbruzzese, Rv. 279193 – 01.

²⁸ Su questo aspetto, V. BOVE, *La Pec a soggetti diversi dall'imputato è la forma esclusiva di notificazione o un'alternativa privilegiata?*, in www.ilprocessotelematico.it, 15 settembre 2017.

²⁹ Sez. 3, n. 6883 del 26/10/2016 – dep. 2017; Sez. 3, n. 48584 del 20/09/2016; Sez. 5, n. 24332 del 5/03/2015; Sez. 1, n. 18235 del 28/01/2015; Sez. 3, n. 7058 del 11/02/2014.

³⁰ Sez. 4, n. 3336 del 22/12/2016, dep. 2017, Locatelli; Sez. 3, n. 49162 del 04/05/2018, Chiarucci, Rv. 275024 – 01.

La previsione della PEC come “mezzo ordinario” per le notificazioni, tuttavia, non preclude – specie nei casi di urgenza – la possibilità di utilizzazione degli altri mezzi, altrettanto ordinari, di comunicazione *ex art. 148, comma 2-bis* cod. proc. pen.³¹. È, pertanto, del tutto destituito di fondamento il rilievo secondo cui la PEC sarebbe l'unico mezzo utilizzabile per le notificazioni o comunicazioni con esclusione di tutti gli altri.

D'altra parte, la Corte ha chiarito che l'utilizzo della PEC si distingue nettamente dall'impiego di una mail ordinaria perché comporta la generazione automatica della ricevuta della trasmissione, consentendo di ottenere la prova della notificazione³².

2.4. La notifica telematica, come è noto, trova applicazione “*per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, cod. proc. pen.*”³³.

La Corte di cassazione ha ritenuto che la norma vada interpretata nel senso che preclude la notifica telematica alla sola **persona fisica dell'imputato**³⁴.

Quando l'atto è inviato al difensore domiciliatario, l'invio di un'unica copia dell'atto da notificare non dà luogo ad alcuna irregolarità, qualora risulti che sia consegnato al difensore in proprio e nella qualità di domiciliatario dell'interessato³⁵. È tuttavia necessario che **sia esplicitato** o che **si evinca dalla copia dell'atto notificato** che la consegna dell'atto in via telematica è avvenuta al difensore sia **nella sua veste tecnica**, sia **nella sua veste di destinatario in sostituzione dell'imputato**³⁶.

³¹ Sez. 2, n. 31757 del 14/06/2018, Gattuso.

³² Sez. 1, n. 24426 del 13/07/2020, Azgar, in una fattispecie in cui l'ufficio giudiziario aveva inviato una mail ordinaria all'indirizzo dello studio legale.

³³ La Suprema Corte, invece, ha ritenuto inefficace, ai fini dell'utile decorso del termine d'impugnazione nei confronti del pubblico ministero, la comunicazione di un decreto di revoca di confisca di prevenzione avvenuta tramite posta elettronica certificata (Sez. 5, n. 3181 del 14/11/2018, dep. 2019, PG in proc. Raffaelli ed altri, in *Cass. pen.*, 2019, 10, 3713, con nota M. PISATI, *Escluse nel procedimento di prevenzione (ma anche nel procedimento penale) le comunicazioni via p.e.c. al pubblico ministero*). Sul tema sia consentito il rinvio a L. GIORDANO, *L'utilizzo della PEC nel processo di prevenzione*, in www.ilprocessotelematico.it, 21 marzo 2019.

³⁴ Sez. 4, n. 16222 del 31/3/2016, Severi, Rv. 266529; Sez. 4, n. 16622 del 15/10/2015, Simonetti, in *Giur. it.*, 2016, 1242 ss.; Sez. 4, n. 40907 del 30/09/2016, Baldissari, Rv. 268340; Sez. 4, n. 3336 del 22/12/2016, dep. 2017, Locatelli.

³⁵ Sez. 2, n. 8887 del 17/01/2019, Sabbatini, Rv. 276528 – 01; Sez. 1, n. 12309 del 29/01/2018, Viggiani, Rv. 272313 – 01; Sez. 2, n. 19277 del 13/04/2017, La Marra, Rv. 269916.

³⁶ Sez. 3, n. 43626 del 21/06/2018, Ajouli ed altro; Sez. 3, n. 48259 del 24/05/2018, Beato.

È consentita la notificazione di atti a mezzo PEC al difensore domiciliario dell'imputato **anche se ha rinunciato al mandato**, nel caso in cui non sia intervenuta una modifica della domiciliazione, in quanto la nomina del difensore, l'elezione di domicilio e le rispettive revoche hanno oggetto e finalità diverse³⁷.

Qualora nella notificazione all'imputato della citazione per il giudizio, venga erroneamente indicato che la stessa è eseguita presso il difensore di fiducia a mezzo PEC ai sensi dell'art. 157, comma 8-*bis*, cod. proc. pen. e non *ex* art. 161, comma 4, cod. proc. pen. (stante la inidoneità del domicilio dichiarato), si verifica una mera irregolarità, priva di effetti pregiudizievoli per l'imputato e la difesa, e non una nullità di ordine generale, prevista dall'art. 178, comma 1 lett. c) del codice di rito, in quanto in entrambe le ipotesi il destinatario dell'atto si identifica con il difensore di fiducia³⁸.

2.5. Quanto al perfezionamento della notificazione, secondo l'indirizzo accolto dalla Suprema Corte, la notifica di atti destinati all'imputato o ad altra parte privata, che possano o debbano essere consegnati a persona diversa dall'imputato, effettuata a mezzo posta elettronica certificata, si perfeziona con **l'attestazione, apposta in calce all'atto dal cancelliere trasmittente, dell'avvenuto invio del testo originale** – la cui mancanza costituisce, peraltro, una **mera irregolarità** – mentre non è necessaria la conferma della avvenuta ricezione da parte del destinatario³⁹.

L'accettazione del sistema e la ricezione del messaggio di consegna, ad una determinata data e ora, dell'allegato notificato è sufficiente a far ritenere perfezionata e pienamente valida la notifica, **senza necessità di ulteriori verifiche in ordine alla sua effettiva visualizzazione da parte del destinatario**, il quale deve compiere ogni intervento tecnico necessario a recepire la notifica ed i relativi allegati, restando a suo carico ogni conseguenza derivante da non idonea gestione dei propri strumenti informatici⁴⁰.

³⁷ Sez. 3, n. 3568 del 17/09/2018, dep. 2019, Rv. 274824 – 01.

³⁸ Sez. 2, n. 52274 del 26/10/2017, Agostinelli ed altri, Rv. 271377 – 01. È appena il caso di segnalare che il difensore di fiducia che ha ricevuto la notificazione successiva alla prima a mezzo PEC *ex* art. 157, comma 8-*bis* cod. proc. pen., può rifiutare gli atti diretti al proprio assistito. La manifestazione della volontà di rifiutare l'atto destinato al proprio assistito, se non è intervenuta contestualmente alla nomina, può solo seguire una notificazione (Sez. 6, n. 38605 del 8/02/2018, Arras).

³⁹ Sez. 6, n. 9363 del 26/10/2020, dep. 2021, N.; Sez. 4, n. 2431 del 15/12/2016, dep. 2017, Dionigi, Rv. 268877; Sez. 2, n. 52517 del 03/11/2016, Russo, Rv. 268816 – 01.

⁴⁰ Sez. 5, n. 11241 del 18/10/2018, dep. 2019, Habassi, Rv. 276022 – 01.

Eventuali diciture errate comparse al destinatario (nella specie, “*mittente non valido*”), apposte erroneamente dal sistema, non importano alcuna nullità della notificazione⁴¹.

Anzi, è stato ritenuto che non sia causa di nullità assoluta, ai sensi dell’art. 179 cod. proc. pen., la ricezione, da parte del difensore fiduciario, della notifica via PEC dell’avviso di fissazione di udienza nel giudizio di appello con il cognome dell’imputato indicato in modo errato, ma chiaramente riconducibile a quello reale in base agli elementi in atti⁴².

2.6. Da quanto illustrato, emerge che la nullità della notificazione eseguita a mezzo PEC è configurabile soltanto in ipotesi limite, tra le quali quella dell’errore da parte dell’ufficio sull’indirizzo PEC del destinatario, che è capitato, ad esempio, nel caso di omonimie⁴³.

Del tutto irrilevante, ad esempio, è la deduzione di vizi come la sussistenza di “*contingenti problemi alla linea telefonica*”⁴⁴.

La Corte si è pronunciata anche sull’attendibilità del documento inviato al destinatario, affermando che **la specifica procedura** del “Sistema di Notificazioni Telematiche” (SNT) per gli atti processuali, che permette di allegare un documento previamente scansionato – non più soggetto a modifiche dopo l’invio – ed il controllo sulla corretta indicazione dell’indirizzo del destinatario, **offre adeguate garanzie di affidabilità che non possono essere superate dalla mera, generica, deduzione della incompletezza o non corrispondenza dell’atto ricevuto all’originale scansionato**⁴⁵.

2.7. Come è stato evidenziato, secondo l’indirizzo ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità, **la semplice verifica dell’accettazione dal sistema e la successiva ricezione del messaggio di consegna**, ad una determinata data e ora, dell’allegato notificato è sufficiente a far ritenere perfezionata e pienamente

⁴¹ Sez. 4, n. 44630 del 11/10/2017, Micheli.

⁴² Sez. 3, n. 28834 del 08/09/2020, Lazzarini, Rv. 280090 – 01, in una fattispecie in cui, ai fini della legittimità del predetto avviso, è stato dato rilievo ai riferimenti inequivoci, ivi contenuti, all’impugnazione proposta in appello, con indicazione del numero di procedimento, nonché alla notevole similitudine tra il nominativo reale dell’appellante e quello riportato sull’atto.

⁴³ Sez. 5, n. 40159 del 16/05/2018, Casali; Sez. 1, n. 23507 del 30/04/2019, Baratto.

⁴⁴ Sez. 4, n. 9892 del 3/12/2014, dep. 2015, Bibaj.

⁴⁵ Sez. 3, n. 56280 del 24/10/2017 Rv. 272421 – 01, in una fattispecie in cui uno dei difensori dell’imputato aveva dedotto l’omessa notifica del decreto di citazione a giudizio per l’appello, allegando una stampa dell’archivio della propria posta elettronica e dell’avviso di udienza ad esso allegato, che riportava una data di udienza successiva a quella fissata.

valida la notifica, non essendo necessario compiere, in particolare, alcuna verifica in ordine alla effettiva visualizzazione da parte del destinatario della mail o del suo allegato⁴⁶, né occorrendo la conferma dell'effettivo ricevimento da parte del destinatario⁴⁷.

Il sistema di posta certificata, grazie ai protocolli di sicurezza utilizzati, è in grado di garantire la certezza del contenuto, non rendendo possibili modifiche al messaggio, **sia per quanto riguarda i contenuti, che eventuali allegati**⁴⁸.

Il tema, peraltro, è molto delicato perché la posta elettronica certificata può essere utilizzata per notificare provvedimenti, i quali sono scansionati ed allegati alla mail. Nel corso di quest'operazione, tuttavia, non è escluso che possano intervenire errori "umani", i quali possono condurre alla notificazione di atti incompleti o illeggibili.

È stato affermato in giurisprudenza che **finanche l'eventuale omesso invio del relativo atto allegato costituisce una mera irregolarità**, perché il destinatario, recandosi nell'ufficio mittente, può recuperare l'allegato mancante⁴⁹. In tale prospettiva, è stato ritenuto che al difensore, per contestare la regolarità della notificazione, non basta neppure provare che il decreto di citazione allegato alla PEC riguarda una persona diversa dal proprio assistito. In forza di un **onere di collaborazione**, implicito nel sistema, il destinatario dell'atto deve recarsi nell'ufficio mittente dove potrà recuperare l'atto⁵⁰.

La portata di queste affermazioni, però, va opportunamente delimitata.

La notificazione tramite posta elettronica certificata permette di allegare alla mail un documento previamente scansionato che non è più soggetto a modifiche dopo l'invio. **Le caratteristiche tecniche del sistema ed il controllo sulla corretta indicazione dell'indirizzo del destinatario**, effettivamente, **offrono adeguate garanzie di affidabilità anche con riferimento alla ricezione degli allegati**. «Il termine certificata si riferisce al fatto che il gestore del servizio rilascia al mittente una ricevuta, che costituisce prova legale dell'avvenuta spedizione del messaggio e degli eventuali allegati»⁵¹. «I gestori certificano quindi con le proprie "ricevute" che il messaggio è stato spedito e che è stato consegnato (o in caso negativo, che il messaggio non è stato consegnato)»⁵².

⁴⁶ Sez. 4, n. 2431 del 15/12/2016, dep. 2017, Dionigi, Rv. 26887.

⁴⁷ Sez. 2, n. 52517 del 3/11/2016, Russo, Rv. 268816.

⁴⁸ Sez. 4, n. 2431 del 15/12/2016, dep. 2017, cit.; di recente, Sez. 3, n. 23635 del 8/07/2020, Sacchi,

⁴⁹ Sez. 2, n. 52517 del 03/11/2016, cit.

⁵⁰ Sez. 5, n. 15112 del 18/02/2020, Tudor.

⁵¹ così, Sez. 2, n. 31273 del 30/03/2018, Mandara.

⁵² così ancora Sez. 2, n. 31273 del 30/03/2018, cit.

Il destinatario, pertanto, non può limitarsi a dedurre genericamente l'incompletezza dell'atto ricevuto in allegato alla mail o la sua non corrispondenza rispetto all'originale scansionato.

Ciò tuttavia non comporta che il destinatario non possa contestare la validità della notificazione.

Ove intenda farlo, invece, deve effettuare accertamenti presso la cancelleria che ha inviato la PEC, ottenendo le attestazioni relative al documento scansionato e trasmesso a mezzo PEC, che possono dimostrarne l'incompletezza o l'illeggibilità.

La verifica dell'accettazione dal sistema e della ricezione del messaggio di consegna, pertanto, è sufficiente a far ritenere perfezionata e pienamente valida la notifica anche con riferimento alla trasmissione degli allegati, a meno che il destinatario non provi di aver ricevuto un atto incompleto o illeggibile. Questa prova non può che essere acquisita nella cancelleria mittente. Diversamente, il meccanismo di trasmissione è pienamente affidabile: le ricevute dei gestori della PEC, mittente e destinatario, infatti, certificano l'invio e la consegna della mail e degli allegati.

Nella prassi, in verità, può capitare che il difensore destinatario si limiti a produrre una stampa del documento che asserisce gli è stato inviato a mezzo PEC al fine di dimostrarne l'illeggibilità o l'incompletezza. Una simile situazione pare integrare un principio di prova che va apprezzato, caso per caso, da parte del giudice.

In una decisione la Corte, prima, ha escluso che sussiste a carico del destinatario un onere della prova in ordine alla mancata conoscenza dell'atto, ritenendo sufficiente l'allegazione di situazioni che lascino anche solo dubitare di tale effettiva conoscenza; poi, però, ha ritenuto che l'onere di allegazione sia stato assolto solo perché è stata prodotta una consulenza tecnica – dunque, una prova – sull'illeggibilità del file allegato alla notifica apparentemente regolare⁵³.

⁵³ Sez. 5, n. 14388 del 29/01/2019, Vargu. In particolare, laddove si trattasse della notificazione di un atto che è stato trasmesso al giudice con il sistema Tiap, acronimo di Trattamento informatico degli atti processuali, tale produzione potrebbe determinare la necessità di un accertamento circa l'identità del documento presente nel fascicolo informatico inviato al giudice e quello notificato in allegato alla PEC. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il difensore, nell'udienza preliminare eccipisca la nullità della richiesta di rinvio a giudizio perché non preceduta dalla valida notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415-bis* cod. proc. pen., in quanto l'atto pervenutogli è illeggibile (e dunque, inidoneo a permettergli l'esercizio delle prerogative difensive). La produzione a sostegno dell'eccezione di una stampa del documento da parte della difesa implica che il giudice debba compiere le verifiche descritte, potendo rapidamente accertare se anche l'atto originale fosse incompleto o illeggibile. Laddove però tale verifica conducesse a conclusioni diverse da quelle prospettate dalla difesa, l'eccezione deve essere superata in mancanza della prova che nella scansione dell'atto è intervenuto un errore.

In una sentenza⁵⁴, in particolare, la Corte ha analizzato la specifica procedura del “*Sistema di Notificazioni telematiche*” (SNT) per gli atti processuali, precisando che «... debba operarsi una distinzione tra la posta certificata “ordinaria” e quella utilizzata per le notifiche degli atti processuali, poiché effettivamente la prima non certifica il contenuto dei messaggi e di eventuali allegati, ... mentre la seconda richiede l'utilizzo di un sistema all'uopo specificamente dedicato da parte di soggetti abilitati». In modo specifico, « l'utente, che ha accesso al sistema mediante password, per effettuare la notifica di un documento, precedentemente scansionato, lo deve classificare attivando la funzione “Acquisizione Documento”, scegliendo, da un menu a tendina, la “Categoria Documentale” di interesse, differente per ogni tipologia di ufficio e, successivamente, la tipologia dell'atto attraverso un elenco ed inserendo i dati relativi al fascicolo dell'atto da notificare (tipo di registro; anno di iscrizione del procedimento, numero di iscrizione del procedimento, ufficio e “data di deposito” del documento), potendo anche inserire altre annotazioni. L'atto da acquisire viene quindi selezionato dal computer e caricato nel sistema, che segnala anche eventuali errori». Ne consegue che proprio **la complessa procedura di acquisizione del documento** nel caso dell'uso del “*Sistema di Notificazioni telematiche*” (SNT), «sebbene inevitabilmente esposta all'errore umano, **offre adeguate garanzie di stabilità che non possono essere certo superate attraverso la mera deduzione dell'incompletezza o non corrispondenza all'originale scansionato ...**». Negli stessi termini, più di recente, Sez. 2, n. 30201 del 10/09/2020, B.G., secondo cui il difensore dell'imputato non può limitarsi a dedurre che gli era stato notificato il decreto di citazione a giudizio in appello con l'allegazione di atti riguardanti un processo diverso in cui risultava un imputato differente, senza procedere «ad una verifica *a posteriori*, presso l'ufficio che ha proceduto alla notificazione dell'atto, delle operazioni compiute e dei contenuti del messaggio e degli allegati».

2.8. In tema di comunicazione dell'avviso di fissazione dell'udienza di convalida dell'arresto *ex art.* 390, comma 2, cod. proc. pen., anche nel caso di utilizzo del mezzo telematico è stato ritenuto applicabile l'indirizzo consolidato secondo cui è affetto da nullità assoluta, per inidoneità dell'atto a conseguire il suo scopo, l'avviso di fissazione eseguito nei confronti del difensore in tempi talmente ridotti da far ragionevolmente presumere l'oggettiva impossibilità della sua partecipa-

⁵⁴ Sez. 3, n. 56280 del 24/10/2017, Zaurrini, Rv. 272421. Su questa sentenza si veda V. BOVE, *Documento allegato alla PEC garantito dal Sistema Notificazioni Telematiche. E le altre PEC di sistema?, in ilprocessotelematico.it*. 18 gennaio 2018.

zione informata all'udienza stessa⁵⁵. In particolare, la Corte ha ritenuto corretto l'avviso inviato a mezzo PEC allo studio professionale del difensore nella notte tra il sabato e la domenica per una udienza fissata il lunedì alle ore 9.00, seguito, in questa seconda giornata alle ore 8.40, da una ulteriore mail con la quale si fissava l'orario dell'udienza per le 11.00⁵⁶.

3. Notificazioni e comunicazioni telematiche a cura della parte privata

3.1. La Corte di legittimità, come è stato illustrato, ha affermato in numerose decisioni che l'art. 16, comma 9, lett. c-bis) del d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 221 del 2012, a decorrere dal 15/12/2014, consente il ricorso alla PEC, nei procedimenti “*dinanzi ai tribunali e alle corti di appello*”, per le sole notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, cod. proc. pen. eseguite a cura della cancelleria⁵⁷.

Nondimeno è stata affrontata più volte la questione dell'uso di tale strumento da parte dei privati per le notificazioni o comunicazioni.

L'indirizzo consolidato esclude che alle parti private sia consentito effettuare comunicazioni e notificazioni nel processo penale mediante l'utilizzo della posta elettronica certificata⁵⁸.

3.2. Nel tempo, però, vi sono state alcune aperture nella giurisprudenza della Suprema Corte.

In particolare, la Corte ha ritenuto ammissibile una **richiesta di rimessione del processo ex art. 45 cod. proc. pen.**, notificata dagli imputati alle parti civili a mezzo PEC⁵⁹.

Tre sono stati gli argomenti utilizzati da questa decisione: la ristrettezza dei termini previsti per le comunicazioni, necessarie a pena di inammissibilità ai sensi dell'art. 46 cod. proc. pen. che giustifica l'utilizzo di uno strumento rapido ed efficace come la PEC; il fatto che, nello specifico giudizio, era stata espressamente autorizzata dal giudice dell'udienza preliminare che, verosimilmente,

⁵⁵ Sez. 5, n. 11977 del 27/11/2017, dep. 2018, Rv. 272660; Sez. 4, n. 3820 del 03/12/2014, dep. 2015, Rv. 261947.

⁵⁶ Sez. 5, n. 3052 del 18/12/2020, dep. 2021, Bovier.

⁵⁷ cfr., ad esempio, Sez. 6, n. 21740 del 10/04/2018, Fasulo.

⁵⁸ Sez. 3, n. 7058 del 11/02/2014, Vacante, Rv. 258443 – 01; Sez. 1, n. 18235 del 28/01/2015, Livisiani, Rv. 263189 – 01; Sez. 1, n. 26877 del 20/03/2019, Antille, Rv. 276915 – 01.

⁵⁹ Sez. 5, n. 55886 del 02/10/2018, Giustini, Rv. 274603 – 01.

aveva tenuto conto del termine di sette giorni entro cui si sarebbe dovuto adempiere al detto incombenza e del numero di parti civili, le quali, peraltro, nulla hanno eccepito in ordine ad una difettosa loro conoscenza della richiesta stessa; la previsione dell'art. 154, comma 4, cod. proc. pen. secondo cui le notificazioni alla parte civile, al responsabile civile e alla persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria costituiti in giudizio sono eseguite presso i difensori (in seguito, negli stessi termini, sempre in tema di istanza di rimessione del processo, Sez. 1, n. 41990 del 11/06/2018, Castagnacci).

3.3. Un orientamento giurisprudenziale, in particolare, ha ritenuto valida la notifica effettuata, ai sensi dell'art. 152 cod. proc. pen., mediante invio dell'atto da parte del difensore dell'imputato a quello della persona offesa tramite posta elettronica certificata, anche se non ricorre la necessità di rispettare termini ristretti, né vi è stata la preventiva autorizzazione del giudice⁶⁰.

Secondo questa decisione, dall'art. 16 d.l. n. 179 del 2012 può trarsi solo il divieto da parte della cancelleria di utilizzare la notifica a mezzo PEC, qualora il destinatario sia direttamente la persona fisica dell'imputato. Al contrario, **i destinatari della notifica nelle forme telematiche possono essere tutti coloro che prendono parte ad un processo penale e che non assumono la qualità di imputato**; dunque, i difensori, le persone offese, le parti civili, i responsabili civili, coloro che sono civilmente obbligati per la pena pecuniaria possono ricevere una notificazione a mezzo PEC.

Secondo questa impostazione, più in particolare, **la lettera raccomandata di cui può avvalersi il difensore per le comunicazioni ad altre parti private ai sensi dell'art. 152 cod. proc. pen. può essere validamente sostituita dalla notificazione a mezzo PEC**. Tale conclusione, nel caso affrontato dalla sentenza richiamata, ha consentito di soddisfare pienamente le esigenze di tutela della persona offesa, sottese all'art. 299 cod. proc. pen. nella parte in cui prevede a pena di inammissibilità la comunicazione al difensore della persona offesa dell'istanza di revoca o modifica di una misura cautelare adottata per reati contro la persona, non essendo dubitabile che la comunicazione a mezzo PEC costituisce uno strumento idoneo a portare un atto a conoscenza del destinatario e ad avere certezza sulla sua ricezione⁶¹.

⁶⁰ Sez. 2, n. 6320 del 11/01/2017, Simeoli, Rv. 268984 – 01.

⁶¹ Su questa sentenza, G. CAPUTO, *Nuovi orizzonti in tema di notificazioni via pec*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 1, 1 ss.; V. ROSSI, *La PEC nel processo penale: un cammino tortuoso*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 1; Volendo, L. GIORDANO, *Nel processo penale le parti private possono usare la PEC per le notificazioni indirizzate ad altre parti private del medesimo giudizio?*, in www.ilprocessotelematico.it,

3.4. L'affermazione secondo cui, nel processo penale, alle parti private è consentito di effettuare comunicazioni e notificazioni alle altre parti mediante l'utilizzo della posta elettronica certificata si ritrova con maggiore nettezza in una recente decisione della Suprema Corte che ha ritenuto correttamente eseguito a mezzo PEC l'adempimento richiesto a pena di inammissibilità dall'art. 299, comma 3, cod. proc. pen.⁶². Il medesimo principio è stato ribadito anche in epoca più recente⁶³.

Il fondamento normativo di tale indirizzo è stato ravvisato nel combinato disposto di due norme:

- l'art. 152 cod. proc. pen. secondo, cui *“salvo che la legge disponga altrimenti, le notificazioni richieste dalle parti private possono essere sostituite dall'invio di copia dell'atto effettuata dal difensore mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento”*;
- l'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 82 del 2005 e successive mod. C.A.D., il quale prevede che *“la trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata ai sensi del comma 1, equivale, salvo che la legge disponga diversamente, alla notificazione per mezzo della posta”*.

Nella decisione, invero, è stato rilevato che l'art. 48 CAD è stato abrogato. L'efficacia di tale abrogazione, tuttavia, è stata differita. L'art. 65, comma 7, del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, come sostituito dall'art. 8, comma 5, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, infatti, prevede che, con un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentiti l'Agenzia per l'Italia digitale e il Garante per la protezione dei dati personali, sono adottate le misure necessarie a garantire la conformità dei servizi

12/2/2019, ove è stato precisato che «a sostegno della tesi illustrata – che dunque ritiene che, nel processo penale, possa essere adoperata la PEC per le comunicazioni tra le parti privati, anche quando non ricorre una particolare ristrettezza di termini o non vi sia la preventiva autorizzazione del giudice – va aggiunto che, in questa specifica ipotesi, non sussiste il limite dapprima illustrato derivante dalla mancata instaurazione del processo penale telematico. Non sembra, infatti, che, per l'invio di una PEC da una parte privata all'altra per la comunicazione del deposito di un atto, si debba necessariamente presupporre l'operatività del processo telematico. La comunicazione, infatti, è rivolta, almeno in prima battuta, ad una parte privata e non al giudice, tanto è vero che l'art. 152 cod. proc. pen. prevede l'invio di una copia con lettera raccomandata e che l'art. 154 cod. proc. pen. consente l'invio di una copia al solo difensore che rappresenta la parte privata. Al giudice, poi, al fine di provare l'intervenuta notificazione o comunicazione, ben possono essere prodotti i rapporti dell'invio della PEC generati in automatico dal sistema».

⁶² Sez. 5, n. 23127 del 3/07/2020, P., Rv. 279403 – 01. Per un esame della sentenza, volendo, L. GIORDANO, *È consentito alla parte privata l'uso della pec per notificare propri atti altre parti?*, in www.ilprocessotelematico.it, 23 settembre 2020.

⁶³ Sez. 5, n. 21736 del 26/05/2021, Sez. 1, n. 22444 del 04/05/2021; Sez. 5, n. 14208 del 12/02/2021.

di posta elettronica certificata di cui agli artt. 29 e 48 del d.P.R. 7 marzo 2005, n. 82. A far data dall'entrata in vigore di tale decreto l'art. 48 del d.P.R. n. 82 del 2005 sarà abrogato.

La Corte ha comunque osservato che l'abrogazione della norma citata non determinerà l'inutilizzabilità della PEC per le comunicazioni. **La posta elettronica certificata**, infatti, è destinata ad essere ricompresa nel "domicilio digitale". Quest'ultimo rappresenta il luogo virtuale, in particolare un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata ovvero un indirizzo presso un SERC (Servizi elettronici di recapito certificato), mediante il quale si possono scambiare comunicazioni elettroniche aventi valore legale.

L'art. 6, comma 1, CAD, stabilisce che le comunicazioni tramite i domicili digitali sono effettuate agli indirizzi inseriti negli elenchi di cui agli artt. 6-bis, 6-ter e 6-quater dello stesso CAD, o a quello eletto come domicilio speciale per determinati atti o affari ai sensi dell'art. 3-bis, comma 4-quinquies, sempre del CAD. Le comunicazioni elettroniche trasmesse ad uno dei domicili digitali di cui all'art. 3-bis del CAD, tra i quali anche quelli PEC, producono, quanto al momento della spedizione e del ricevimento, gli stessi effetti giuridici delle comunicazioni a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno ed equivalgono alla notificazione per mezzo della posta salvo che la legge disponga diversamente. Le suddette comunicazioni si intendono spedite dal mittente se inviate al proprio gestore e si intendono consegnate se rese disponibili al domicilio digitale del destinatario, salva la prova che la mancata consegna sia dovuta a fatto non imputabile al destinatario medesimo. La data e l'ora di trasmissione e ricezione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle linee guida adottate in materia.

A sostegno della tesi accolta, inoltre, la sentenza illustrata sviluppa alcuni interessanti argomenti:

- **non sussiste nel sistema normativo una disposizione che**, in attuazione della clausola di salvezza contenuta nell'art. 48 CAD, **escluda l'equiparazione alla comunicazione a mezzo raccomandata di quella tramite posta elettronica certificata**. Tale espressa esclusione non può essere ravvisata nello stesso art. 152 cod. proc. pen. che prevede che le notifiche richieste dalle parti possano essere sostituite dall'invio con lettera raccomandata da parte del difensore, senza impedire l'uso della PEC, né nell'art. 16 del d.l. n. 179 del 2012, che si limita a disciplinare l'uso della posta elettronica da parte della cancelleria, per le notifiche a persona diversa dall'imputato a norma degli artt. 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, cod. proc. pen., ma non preclude un utilizzo diverso della PEC;

- **non esistono controindicazioni di natura sistematica all’uso della PEC per le comunicazioni tra parti private**, come quelle che, al contrario, emergono con riferimento alla problematica della proposizione delle impugnazioni per la quale opera il principio di tassatività dei modi di presentazione⁶⁴;
- la mancata attuazione del processo penale telematico – in particolare del fascicolo “virtuale” luogo di custodia degli atti inviate in via informatica – non rappresenta un limite all’impiego della PEC per le comunicazioni in esame, che vanno inviate alla altra parte e non all’ufficio;
- l’utilizzo della posta elettronica certificata consente **la semplificazione e lo snellimento burocratico delle procedure giurisdizionali** per mezzo di uno strumento idoneo a portare un atto a conoscenza del destinatario e ad avere certezza sulla sua ricezione, senza sacrifici per altri significativi interessi contrastanti.

3.5. Il tema dell’applicazione del principio di equiparazione della comunicazione a mezzo PEC alla lettera raccomandata previsto dall’art. 48 CAD, peraltro, è stato affrontato di recente anche da un’altra sentenza della Corte di cassazione in una fattispecie in cui la PEC era stata adoperata da un difensore per comunicare al Tribunale di Sorveglianza il suo impedimento a comparire ad una udienza derivante dalla adesione all’astensione dalle udienze programmata dall’Unione delle Camere Penali, che è giunta ad una conclusione difforme rispetto a quella appena illustrata (Sez. 1, n. 21981 del 17/07/2020, Lungu).

In questa pronuncia, infatti, la Corte ha rilevato che **vi è una norma primaria che deroga alla diretta applicazione delle disposizioni del CAD nel processo penale** (e in quello civile). Si tratta dell’art. 4 del d.l. n. 193 del 2009, recante “*Misure urgenti per la digitalizzazione della giustizia*”. Questa disposizione espressamente stabilisce che “*Con uno o più decreti del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione, sentito il Centro nazionale per l’informatica nella pubblica amministrazione e il Garante per la protezione dei dati personali, adottati, ai sensi della L. 23 agosto 1988, n. 400, art. 17 comma 3, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono individuate le regole tecniche per l’adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni*”. Questa disposizione prevede che, **nel processo penale, il CAD si applica nei limiti stabiliti dal regolamento ministeriale**. Ne consegue

⁶⁴ cfr. tra le altre, Sez. 4, n. 10682 del 19/12/2019, dep. 2020, Rv. 278649-01; Sez. 4, n. 52092 del 27/11/2019, Rv. 277906.

che l'equiparazione introdotta dall'art. 48 del CAD tra la notificazione a mezzo lettera raccomandata e la PEC non ha diretta applicazione.

L'uso di tale strumento telematico da parte dei difensori nel processo penale, secondo la decisione illustrata, più precisamente, può avvenire solo nei limiti di quanto previsto dal decreto del Ministro della giustizia del 21 febbraio 2011, n. 44, recante il "*Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ai sensi del D.L. 29 dicembre 2009, n. 193, art. 4, commi 1 e 2, convertito nella L. 22 febbraio 2010, n. 24*" e, in particolare, soltanto a seguito del decreto dirigenziale previsto dall'art. 35 di tale regolamento.

A sostegno di tali affermazioni, nella sentenza citata è stato aggiunto che:

- nel processo penale non è consentito alla parte privata l'uso della posta elettronica certificata per la trasmissione dei propri atti alle altre parti, né per il deposito presso gli uffici, perché l'utilizzo di tale mezzo informatico – ai sensi dell'art. 16, comma 4, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 – è riservato alla sola cancelleria per le comunicazioni richieste dal Pubblico ministero ex art. 151 cod. proc. pen. e per le notificazioni ai difensori disposte dall'autorità giudiziaria (cfr., *ex plurimis*, Cass. Sez. 4, n. 21056 del 23/01/2018, D'Angelo, Rv. 272741).
- la posta elettronica certificata non attribuisce la paternità del documento trasmesso, svolgendo unicamente la funzione di certificare la provenienza del messaggio dalla casella di posta del mittente e la ricezione di esso da parte del destinatario (art. 48 Codice dell'amministrazione digitale, approvato con d.lgs. n. 82 del 2005). La certezza della "paternità" dell'atto, viceversa, è assicurata dalla firma digitale⁶⁵ che, tuttavia, in forza del decreto ministeriale n. 44 del 2011 (recante "*Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella legge 22 febbraio 2010 n. 24*"), non può essere utilizzata nel processo penale fino a quando non sarà adottato il decreto previsto dall'art. 35 dello stesso regolamento.

⁶⁵ La "firma digitale", come è noto, è un particolare tipo di firma qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici (art. 1, lett. s, C.A.D.).

4. La Corte di cassazione sulla trasmissione di istanze delle parti a mezzo PEC

4.1. L'uso della posta elettronica certificata è stato disciplinato dalla legge per le sole notificazioni a cura della cancelleria e, per giunta, limitatamente a quelle rivolte a persone diverse dall'indagato o dall'imputato. Nonostante tale previsione normativa, le parti private hanno iniziato ad adoperare il mezzo telematico anche per presentare istanze al giudice.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale, nel processo penale, **non è consentito alle parti private l'invio di istanze a mezzo posta elettronica certificata (c.d. PEC). Ne consegue che è irricevibile l'istanza, anche di quella con cui si chiede il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento, trasmessa dal difensore per mezzo dello strumento elettronico**⁶⁶.

Questo orientamento ha tratto fondamento dall'art. 16, comma 4, del d.l. 18/10/2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17/12/2012, n. 221, che, disciplinando le notificazioni, **limita l'impiego della PEC agli adempimenti rivolti a persone diverse dall'imputato e ne circoscrive l'uso alla sola cancelleria.**

Per la parte privata, invece, nel processo penale, l'uso del mezzo informatico di trasmissione non è consentito quale forma di comunicazione e/o notificazione, stante la preclusione alla adozione di forme di comunicazione non espressamente previste dalle disposizioni processuali⁶⁷.

La parte finale della norma, in particolare, statuendo che *“la relazione di notificazione è redatta in forma automatica dai sistemi informatici in dotazione alla cancelleria”*, chiarisce che l'utilizzo del mezzo elettronico è riservato al solo ufficio di cancelleria e non anche alle parti private. Non sono indicate, infatti, le forme nelle quali dovrebbero essere redatte le relazioni delle notificazioni eseguite dalle parti private o le ricevute dei loro depositi telematici. Anche se la PEC fosse adoperata solo per trasmettere un'istanza, rimarrebbe la necessità di documentare l'attività compiuta e dovrebbe prendersi atto della mancata regolamentazione delle modalità di tale documentazione.

4.2. Nel tempo, tuttavia, si è formato nella giurisprudenza della Corte un orientamento più aperto all'utilizzo della posta elettronica certificata. Si è affermato, infatti, che **l'istanza inviata al giudicante per mezzo della posta elettronica certificata non è considerarsi irricevibile o inammissibile**, ma deve essere

⁶⁶ cfr. Sez. 3, n. 37126 del 22/05/2019, Cimmelli; Sez. 2, n. 51665 del 07/11/2017; Sez. 3, n. 7058 del 11/02/2014; Sez. 2, n. 31314 del 16/05/2017; Sez. 3, n. 6883 del 26/10/2016.

⁶⁷ così, tra le altre, Sez. 3, n. 37126 del 22/05/2019, Cimmelli, cit. Su questa sentenza si veda W. NOCERINO, *I limiti normativi all'uso della P.E.C. nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.* 2020, 812 e ss.

ritenuta al più irregolare o irrituale, con la conseguenza che il giudice che ne prenda tempestivamente conoscenza è comunque tenuto a valutarla⁶⁸.

Questo indirizzo ha esteso all'impiego della posta elettronica certificata l'elaborazione giurisprudenziale che si è formata in tema di istanza inviata a mezzo telefax⁶⁹, rilevando che l'uso di questo strumento, sovente per inoltrare una richiesta di rinvio per legittimo impedimento dell'imputato o del difensore, può rivelarsi idonea a dare certezza dell'intervenuta ricezione dell'istanza da parte dell'ufficio giudiziario destinatario, ma è comunque irregolare, perché l'art. 121 cod. proc. pen. prevede per le parti l'obbligo di presentare le memorie e le richieste indirizzate al giudice mediante deposito in cancelleria. **L'irregolarità dell'istanza presentata in modo diverso dal deposito in cancelleria**, tuttavia, è condizione diversa dalla sua **inammissibilità o irricevibilità**. Ciò comporta che il giudice deve valutare l'istanza di cui abbia avuto tempestiva cognizione.

⁶⁸ Sez. 2, n. 28844 del 4/06/2019; Sez. 3, n. 58320 del 21/11/2018; Sez. 2, n. 56392 del 23/11/2017; Sez. 2, n. 47427 del 7/11/2014.

⁶⁹ Un passaggio intermedio è rappresentato dall'utilizzo del fax per la presentazione di richieste o di memorie al giudice. Un indirizzo giurisprudenziale, invero, facendo leva sul disposto dell'art. 121 cod. proc. pen., ha reputato inammissibile la presentazione di istanze a mezzo fax. La norma citata, infatti, statuisce l'obbligo per le parti di presentare le memorie e le richieste rivolte al giudice mediante deposito in cancelleria, mentre il ricorso al telefax, quale forma particolare di notificazione, è riservato dall'art. 150 del codice di rito ai funzionari di cancelleria (Sez. 2, n. 26100 del 19/10/2018; Sez. 6, n. 28244 del 30/01/2013; Sez. 4, n. 21602 del 23/01/2013, tutte relative ad istanza di rinvio dell'udienza, giustificata da impedimento dell'imputato). Un diverso indirizzo, invece, ha giudicato ammissibile l'inoltro a mezzo telefax di una richiesta del difensore, affermando che essa vincola il giudice a pronunciarsi su tale istanza, purché la comunicazione sia tempestiva e la trasmissione sia fatta ad un numero di fax della cancelleria del giudice procedente (Cass. pen., Sez. V, 24/10/2016, n. 535; Cass. pen., Sez. III, 18/06/2015, n. 37859; Cass. pen., Sez. V, 16/01/2012, n. 21987). Tra i due orientamenti illustrati si è posto l'indirizzo che appare prevalente, secondo cui l'uso del telefax per inviare al giudice procedente una richiesta o una memoria, seppur idoneo a dare certezza dell'intervenuta ricezione dell'atto da parte dell'ufficio giudiziario destinatario, deve reputarsi comunque irregolare, perché l'art. 121 cod. proc. pen. prevede per le parti l'obbligo di presentare le memorie e le richieste indirizzate al giudice mediante deposito in cancelleria. Da questa disposizione, però, non si può ricavare l'inammissibilità o l'irricevibilità dell'istanza presentata in modo diverso dal deposito in cancelleria. Il giudice che abbia ricevuto l'istanza tempestivamente, pertanto, deve valutarla. In ragione della predetta irregolarità, tuttavia, incombe sulla parte il rischio della mancata tempestiva trasmissione dell'istanza al giudice. Avendo scelto volontariamente un mezzo irregolare di trasmissione della propria istanza, la parte interessata può proporre doglianze inerenti all'omessa valutazione della stessa solo se dimostra che l'atto è effettivamente pervenuto nella cancelleria del giudice competente a valutarla e sia stato portato all'attenzione di quest'ultimo per tempo (cfr. Cass. pen., Sez. I, 16/11/2017, n. 1904; Cass. pen., Sez. II, 22/05/2015, n. 24515; Sez. 2, n. 9030 del 05/11/2013; in senso contrario, per l'esclusione di un onere probatorio in capo alla parte, si veda, Cass. pen., Sez. V, 24/10/2016, n. 535, dep. 2017).

Questa tesi, peraltro, ha tratto una precisa conseguenza dalla descritta irregolarità.

L'impiego dello strumento irregolare di presentazione dell'istanza pone sulla parte il rischio della mancata tempestiva sottoposizione della stessa al giudice.

Anzi, avendo scelto volontariamente un mezzo irregolare di trasmissione dell'istanza, per essere legittimata a proporre doglianze inerenti all'omessa valutazione dell'istanza, **sulla parte interessata incombe l'onere di verificare che sia effettivamente pervenuta nella cancelleria del giudice competente a valutarla e sia stata portata all'attenzione di quest'ultimo per tempo.**

L'utilizzo di una modalità di trasmissione irregolare, dunque, comporta l'onere, per la parte che intenda dolersi in sede di impugnazione dell'omesso esame della sua istanza, di accertarsi del regolare arrivo della e-mail in cancelleria e della sua tempestiva sottoposizione all'attenzione del giudice procedente⁷⁰ e di **darne adeguata dimostrazione** (ad esempio attraverso la produzione di uno scambio di "mail" che attesti la ricezione da parte di detto personale), restando a tal fine escluso che sia sufficiente la mera constatazione del recapito dell'istanza nella casella di posta elettronica della cancelleria⁷¹.

4.3. Questo secondo indirizzo sembra ormai prevalente. In particolare, si sostiene che l'impedimento costituisce causa di rinvio dell'udienza qualora tempestivamente comunicato con qualunque mezzo, ivi inclusa la posta elettronica certificata⁷².

L'argomento decisivo che sostiene tale conclusione è rappresentato dal fatto che **l'impedimento del difensore o dell'imputato può essere rilevato anche d'ufficio.**

Tale profilo si rivela decisivo perché impone al giudice di valutare l'istanza di rinvio per legittimo impedimento comunque giunga alla sua conoscenza, anche per mezzo di un atto trasmesso con modalità atipiche ovvero con la posta elettronica.

La verifica della corretta instaurazione del contraddittorio processuale per mezzo dell'accertamento – anche *ex officio* – di eventuali impedimenti delle parti necessarie (art. 420-ter, comma 5, cod. proc. pen.) ha rilievo preminente. Tale accertamento costituisce fondamento delle aperture della giurisprudenza sul-

⁷⁰ Sez. 2, n. 47427 del 07/11/2014; Sez. 3, n. 923 del 10/10/2017, dep. 2018; Sez. 5, n. 42549 del 4/4/2018; Sez. n. 15912 del 26/05/2020; Sez. 1, n. 25366 del 4/06/2021, Rv. 281667-01.

⁷¹ Sez. 2, n. 35542 del 14/07/2021, Rv. 281964-01.

⁷² così, di recente, Sez. 2, n. 3436 del 1/12/2020, dep. 2021, De Simone; Sez. 1, n. 21981 del 17/07/2020.

la idoneità della trasmissione “telematica” delle istanze di rinvio per legittimo impedimento⁷³.

L'utilizzo della porta elettronica certificata, tuttavia, non è senza rischi per colui che propone l'istanza per mezzo di tale strumento. **L'invio tramite posta elettronica**, costituendo una modalità atipica di inoltro dell'istanza, **onera il giudice a prenderla in considerazione solo quando la stessa sia portata a sua effettiva conoscenza**. L'impiego della modalità tipica di deposito dell'istanza prevista dall'art. 121 cod. proc. pen., invece, esonera il richiedente dall'onere di verificare che la stessa giunga effettivamente a conoscenza del giudice.

4.4. In questo contesto, va segnalato un indirizzo relativo alla istanza di rinvio proposta dal difensore per l'adesione all'astensione indetta dagli organismi rappresentativi della categoria, secondo cui la comunicazione di detta istanza, che costituisce l'esercizio del diritto di sciopero costituzionalmente garantito ex art. 40 Cost., può legittimamente essere trasmessa alla cancelleria del giudice procedente a mezzo di posta elettronica certificata in virtù della specifica disciplina prevista dal vigente codice di autoregolamentazione delle astensioni degli avvocati dalle udienze, in deroga alle disposizioni del codice di procedura penale in materia di deposito degli atti processuali effettuato dalle parti private. Si afferma che, «in base ai criteri di specialità e di competenza», la norma posta dalla fonte speciale e competente a regolare la specifica materia – ossia dall'art. 3 del vigente codice di autoregolamentazione, il quale prevede che l'atto contenente la dichiarazione di astensione sia “*trasmesso o depositato nella cancelleria del giudice o nella segreteria del pubblico ministero*” – costituisce la disposizione che permette l'invio della istanza di rinvio per l'adesione all'astensione a mezzo PEC⁷⁴.

Questa pronuncia sviluppa il percorso ermeneutico espresso dalle Sezioni Unite in tema di adesione del difensore all'astensione proclamata dagli organi-

⁷³ Cass. pen. Sez. VI, 2/07/2019, n. 36831; Cass. pen., Sez. VI, 16/10/2018, n. 54427; Cass. pen., sez. II, 16/05/2017, n. 31314.

⁷⁴ Sez. 4, n. 36683 del 6/6/2018, Scagli, Rv. 273424; Sez. 2, n. 4655 del 8/01/2020, Belaissaoui, Rv. 277800. L'impiego della locuzione “trasmesso” nel predetto art. 3, in particolare, secondo questa impostazione, evoca, oltre al tradizionale deposito delle istanze in cancelleria, anche «la trasmissione con qualsiasi mezzo tecnico idoneo ad assicurare la provenienza della comunicazione dal difensore e l'arrivo della stessa nella cancelleria o nella segreteria, normalmente il fax, ma sicuramente anche la PEC, che è idonea ad assicurare la provenienza della comunicazione dal difensore, in quanto personale, e l'arrivo della stessa nella cancelleria o nella segreteria, laddove vi sia la ricevuta non soltanto di accettazione da parte del gestore di posta del destinatario, ma anche la ricevuta di consegna, che attesta che il destinatario ha ricevuto il messaggio, in quanto consegnatogli dal suo gestore».

smi rappresentativi della categoria⁷⁵. Secondo questa pronuncia, la relativa dichiarazione può essere trasmessa a mezzo telefax alla cancelleria del giudice procedente, dovendo applicarsi la norma speciale contenuta nell'art. 3, comma secondo, del codice di autoregolamentazione. Tale indirizzo è stato confermato pure di recente⁷⁶.

Il percorso interpretativo illustrato, peraltro, suscita qualche perplessità. Le sentenze che hanno legittimato l'impiego del fax per comunicare l'adesione all'astensione, infatti, hanno fatto leva sul codice di autoregolamentazione che, a sua volta, trova fondamento nella legge n. 146 del 1990 che regola l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Si tratta di una disposizione speciale che, secondo la sentenza appena illustrata, prevale su quella generale di cui all'art. 121 cod. proc. pen., giustificando la trasmissione dell'istanza di adesione all'astensione con modalità diverse dal deposito presso la cancelleria o la segreteria dell'ufficio giudiziario.

Nel caso dell'impiego della PEC, invece, la disposizione speciale dapprima descritta – cioè, l'art. 16, comma 4, del decreto-legge 18/10/2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17/12/2012, n. 221 – norma dettata proprio per regolamentare l'impiego della posta elettronica nel processo penale, limita l'uso di tale strumento alle notificazioni a persona diversa dall'imputato compiute dalla cancelleria, inibendone l'impiego alle parti del giudizio.

L'art. 3, comma 2, del codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, pertanto, non pare la norma su cui possa fondarsi una disciplina speciale per la trasmissione di tale genere di istanze a mezzo PEC in presenza di una norma primaria che regola l'uso del mezzo telematico solo per le notifiche.

Allo scopo di estendere l'uso di strumenti tecnologici più avanzati anche nel rito penale, pertanto, sembra più agevolmente percorribile la strada seguita dall'indirizzo giurisprudenziale illustrato in precedenza che fa leva sulla mancanza di una sanzione di irricevibilità o di inammissibilità delle richieste inoltrate secondo modalità diverse da quelle previste nell'art. 121 cod. proc. pen., le quali, quindi, possono solo definirsi irregolari, ma non inammissibili.

4.5. Sembra anche opportuno indicare, per la peculiarità della fattispecie, una decisione secondo cui l'istanza di rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore può essere trasmessa a mezzo PEC, **ma solo nel caso in cui il decreto di citazione abbia indicato espressamente proprio questa modalità**

⁷⁵ Sez. U, n. 40187 del 27/03/2014.

⁷⁶ Cass. n. 3861 del 2017, dep. 2018.

comunicazione come quella esclusiva, precisando anche l'indirizzo mail dell'ufficio giudiziario a cui deve essere inoltrato il documento, così da delineare una sorta di disciplina speciale⁷⁷.

4.6. Per completezza appare utile segnalare anche che la Corte di cassazione si è occupata anche delle istanze inoltrate tramite mail ordinaria.

Affrontando una fattispecie in cui il difensore aveva inviato la richiesta di rinvio per impedimento a comparire tramite PEC all'indirizzo *mail* ordinario della cancelleria, la Suprema Corte ha precisato che, in questo specifico caso, manca un principio di prova informatica della ricezione della richiesta, con la conseguenza che «la parte, che intenda lamentarsi della omessa pronuncia del giudice sulla richiesta di rinvio, non può che adoperarsi per dimostrare che quella richiesta sia stata effettivamente ricevuta dall'Ufficio del giudice»⁷⁸. **Il sistema tecnologico della mail ordinaria non offre la stessa sicurezza della consegna del documento che è assicurata dalla posta elettronica certificata, aggravando l'onere probatorio che grava su chi si è avvalso di questo strumento.** La PEC, dunque, fornisce la prova certa della consegna del messaggio, generata dal gestore in automatico, solo se la mail è inviata ad altro indirizzo di posta certificata.

4.7. **Sul tema illustrato**, come su quello che sarà successivamente affrontato con riferimento alla produzione di memorie a mezzo PEC, infine, **ha inciso** in modo marcato la **legge 18 dicembre 2020, n. 176 di conversione del d.l. n. 137 del 2020** che ha introdotto norme destinate a disciplinare proprio l'utilizzo dello strumento telematico nel periodo dell'emergenza pandemica.

L'art. 24, comma 4, del d.l. c.d. Ristori, in particolare, ha previsto che *“Per tutti gli atti, documenti e istanze comunque denominati diversi da quelli indicati nei commi 1 e 2, fino alla scadenza del termine di cui all'articolo 1 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, è consentito il deposito con valore legale mediante posta elettronica certificata inserita nel Registro generale degli indirizzi di posta elettronica certificata di cui all'art. 7 del decreto del Ministro della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44.*

Il comma successivo della medesima disposizione ha assegnato al personale di cancelleria o di segreteria il compito di **annotare nel registro la data di ricezione** e di **inserire l'atto nel fascicolo telematico**, oltre che di provvedere *“all'inserimento nel predetto fascicolo di copia analogica dell'atto ricevuto con*

⁷⁷ Sez. 3, n. 37090 del 6/04/2018.

⁷⁸ Sez. 6, n. 35217 del 19/04/2017.

l'attestazione della data di ricezione nella casella di posta elettronica certificata dell'ufficio e dell'intestazione della casella di posta elettronica certificata di provenienza".

Secondo un orientamento giurisprudenziale, in tema di legittimo impedimento del difensore comunicato mediante posta elettronica certificata secondo la disciplina emergenziale per Covid-19, **la prova della ricezione deve avvenire mediante l'annotazione e l'attestazione di cancelleria di cui all'art. 24, comma 5 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137**, convertito, con modificazioni, in legge 18 dicembre 2020, n. 176, in assenza delle quali è onere del difensore produrre in giudizio l'originale informatico del messaggio, sottoscritto digitalmente dal gestore del sistema, attestante l'avvenuto recapito nella casella del destinatario (Sez. 1, n. 25366 del 4/06/2021, Rv. 281667-02).

Su queste norme ci si tornerà, nei limiti necessari per completare la presente rassegna, illustrando il tema della spedizione dell'impugnazione a mezzo PEC.

5. La Corte di Cassazione sulla produzione di memorie a mezzo PEC

5.1. Con riferimento alla **produzione di memorie delle parti**⁷⁹ per mezzo di PEC si ripropongono i medesimi indirizzi appena illustrati in relazione all'inoltro delle istanze.

L'**indirizzo giurisprudenziale prevalente** infatti, ritiene precluso l'impiego della PEC, facendo leva sulla prescrizione dell'art. 121 cod. proc. pen. che contempla esclusivamente il deposito in cancelleria. Ne consegue che:

- nel procedimento di riparazione per l'ingiusta detenzione, è inammissibile la trasmissione a mezzo PEC di una memoria difensiva da parte dell'Avvocatura dello Stato⁸⁰.

⁷⁹ Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, l'omessa valutazione di una memoria difensiva non determina alcuna nullità. Essa, però, può influire sulla congruità e sulla correttezza logico-giuridica della motivazione del provvedimento che definisce la fase o il grado nel cui ambito sono state espresse le ragioni difensive (Sez. 2, n. 14975 del 16/03/2018; Sez. 5, n. 51117 del 21/09/2017), non potendo essere fatta valere in sede di gravame (Cass. pen., Sez. V, 23/11/2015, n. 4031). Un diverso indirizzo, invece, sostiene che l'omessa valutazione di una memoria difensiva determina la nullità di ordine generale prevista dall'art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., in quanto impedisce all'imputato di intervenire concretamente nel processo ricostruttivo e valutativo effettuato dal giudice in ordine al fatto-reato, comportando la lesione dei diritti di intervento o assistenza difensiva dell'imputato stesso, oltre a configurare una violazione delle regole che presiedono alla motivazione delle decisioni giudiziarie (Sez. 6, n. 13085 del 03/10/2013; Sez. 1, n. 31245 del 7/07/2009).

⁸⁰ Sez. 4, n. 5923 del 21/12/2018.

- in relazione al giudizio di cassazione, in particolare, **l'indirizzo assolutamente prevalente ritiene inammissibile la presentazione di memorie, in sede di legittimità, mediante l'uso della posta elettronica certificata (PEC)**⁸¹. Non è estesa al giudizio penale in cassazione la facoltà di deposito telematico – prevista per il giudizio civile di legittimità ai sensi del d.l. n. 179 del 2012, convertito con modifiche in legge 17 dicembre 2012, n. 221 – di istanze non aventi immediata incidenza sul processo quali, a titolo esemplificativo, richieste di sollecita fissazione o riunione di ricorsi, di differimento della trattazione, di assegnazione alle Sezioni Unite⁸².

Secondo un diverso orientamento, invece, **l'invio di memorie a mezzo PEC non determina l'irricevibilità o l'inammissibilità dell'atto**. L'impiego di un mezzo irrituale, tuttavia, comporta che il mittente si assume **il rischio della mancata sottoposizione al giudice dell'atto**⁸³.

5.2. Una notevole apertura alla produzione di memorie a mezzo PEC, invece, si è registrata nella giurisprudenza di legittimità relativa al procedimento per la convalida della misura di prevenzione del divieto di accesso allo stadio con l'obbligo di presentazione agli uffici di polizia.

In questo specifico ambito, infatti, **si è formato un indirizzo giurisprudenziale incline a ritenere legittima la trasmissione di memorie difensive a mezzo PEC**⁸⁴.

Pur dando atto della sussistenza del prevalente orientamento contrario all'impiego del mezzo telematico, in queste pronunce, il giudizio di ammissibilità è fondato sui seguenti argomenti:

- **l'art. 6, comma 2-bis, della legge 13/12/1989, n. 401, non prescrive che la memoria difensiva debba essere necessariamente depositata in cancelleria, non richiamando l'art. 121 cod. proc. pen.;**
- **nella procedura di convalida della misura di prevenzione occorre garantire le esigenze della difesa nella ristrettezza dei tempi stabiliti per il giudizio. Le peculiarità di questo giudizio, rappresentate dalla esigenza di celerità, legittimano l'impiego di strumenti come il fax o la PEC per la produzione di memorie difensive;**
- **il termine per la produzione di scritti difensivi, legato a quello dilatorio di 48 ore dalla notifica del provvedimento nel corso del quale il provvedimento**

⁸¹ Sez. 2, n. 31336 del 16/05/2017.

⁸² Sez. 3, n. 48584 del 20/09/2016; Sez. 2, n. 36511 del 17/06/2019.

⁸³ Sez. 3, n. 46383 del 26/01/2017.

⁸⁴ Sez. 3, n. 4764 del 13/12/2017, dep. 2018; Sez. 3, n. 14832 del 13/12/2017; Sez. 3, n. 11475 del 17/12/2018, dep. 2019.

non può essere convalidato, non è soggetto ad alcuna proroga, neppure nel caso che lo stesso si consumi in un giorno festivo o, comunque, che in esso sia contenuto un giorno festivo. Tale rigidità non può andare a detrimento dell'interessato e del suo efficace esercizio del diritto di difesa.

Nell'ambito dell'indirizzo giurisprudenziale appena descritto, peraltro, possono essere colte alcune precisazioni che appare utile segnalare.

Secondo un'impostazione, in particolare, perché possa ritenersi produttiva di effetti una memoria trasmessa a mezzo PEC, **occorre che sia pervenuta alla cancelleria del giudice competente alla sua deliberazione, non essendo sufficiente che la stessa giunga alla cancelleria centrale del tribunale**⁸⁵.

Occorre, in altri termini, che siano garantite le condizioni perché la memoria sia sottoposta al giudice in tempo utile, perché dall'omissione di tale adempimento deriva la nullità del provvedimento che non avesse tenuto conto delle allegazioni difensive. In questo modo, come è evidente, si cerca di contemperare la funzionalità dell'ufficio giudiziario con il diritto di difesa.

Una recente sentenza, invece, si è posta su un diverso crinale, giacché sembra che intenda valorizzare al massimo l'efficace esercizio del diritto di difesa, anche a scapito delle regole di funzionamento degli uffici pubblici. È stato affermato, infatti, che è irrilevante il fatto che la memoria sia stata trasmessa di domenica⁸⁶. **Il fatto che, nei giorni festivi, manchi negli uffici giudiziari personale di cancelleria addetto alla ricezione degli atti "esterni", secondo questa decisione, costituisce «un disservizio imputabile allo stesso ufficio giudiziario».** Gli effetti di tale disservizio non possono ricadere in modo pregiudizievole sul cittadino che chiede giustizia.

Questa conclusione, indubbiamente, appare forte, essendo rari gli uffici giudiziari in cui vi è un "presidio" di personale di cancelleria nei giorni festivi.

Essa, tuttavia, nella logica della sentenza in esame, appare sostenuta da due motivi, i quali, invero, valgono a circoscriverne la portata al caso specifico esaminato.

Sul piano giuridico, l'ammissibilità di una memoria inviata nel giorno festivo deriva dalla stessa affermazione dell'inammissibilità di una proroga del termine di 48 ore dalla notifica del provvedimento per il deposito di memorie. La rigidità dei termini del procedimento, in altre parole, non può comportare solo vincoli per l'interessato, dovendo essere garantiti i suoi diritti.

Sul piano pratico, poi, nel caso di specie, **il provvedimento di convalida è stato depositato di domenica**, poco tempo dopo la scadenza delle 48 ore dalla notifica del provvedimento all'interessato durante le quali può pervenire una

⁸⁵ Cass. pen., 13/12/2017, n. 14832, dep. 2018.

⁸⁶ Sez. 3, n. 17844 del 12/12/2018, dep. 2019.

memoria difensiva. Nella giornata festiva, dunque, vi era negli uffici personale di cancelleria che ha ricevuto l'atto del giudice. Il fatto che il termine riservato alla difesa venisse a scadenza nella giornata festiva, tuttavia, avrebbe consigliato al giudicante di attendere almeno il lunedì successivo, quando, perfettamente in tempo, avrebbe potuto depositare il provvedimento di convalida.

È appena il caso di aggiungere che, nella vicenda esaminata dalla sentenza appena illustrata, nella giornata del lunedì, riaperta la cancelleria, la memoria dell'interessato è stata presentata al giudice, il quale, però, aveva già convalidato il "daspo" il giorno prima, essendosi limitato, pertanto, a prendere atto della memoria prodotta "tardivamente".

6. La Corte di cassazione sulla trasmissione a mezzo PEC della lista testimoni, periti e consulenti tecnici

Le medesime argomentazioni formulate in tema di produzione di istanze e memorie sono state proposte dalla giurisprudenza con riguardo al deposito a mezzo PEC della lista dei testimoni, periti e consulenti tecnici⁸⁷. Anche in questo caso, **l'art. 468 cod. proc. pen. prevede una modalità tassativa per eseguire l'adempimento, che consiste nel deposito in cancelleria.** Tale previsione preclude l'utilizzo della PEC.

L'invio di una PEC, in ogni caso, comporterebbe l'onere per la cancelleria ricevente di stampare il documento per metterlo a disposizione del giudice e delle altre parti. Tale impegno non è previsto da alcuna norma e comunque sarebbe impegnativo in un sistema che non prevede un fascicolo telematico penale nel quale possa confluire in automatico l'atto inviato dalla parte.

7. La presentazione a mezzo PEC dell'atto di impugnazione

L'indirizzo giurisprudenziale assolutamente consolidato esclude la possibilità del ricorso alla PEC per la spedizione di una impugnazione, sulla base di una serie di argomenti costituiti:

- dalla tassatività delle modalità di presentazione dell'impugnazione, disciplinate dall'art. 583 c.p.p., che permettono soltanto la spedizione dell'atto mediante lettera raccomandata o telegramma in alternativa alla presentazione in cancelleria *ex art. 582 cod. proc. pen.*;

⁸⁷ Sez. 3, n. 6883 del 26/10/2016, dep. 2017, Manzi, Rv. 269197; Sez. 6, n. 5456 del 6/11/2019, dep. 2020.

- dalla considerazione che nessuna norma prevede la trasmissione mediante PEC dell'atto di impugnazione;
- dal fatto che l'art. 16 del d.l. n. 179 del 2012 consente l'utilizzo della PEC alla sola cancelleria e per le sole notificazioni destinate a persone diverse dall'imputato;
- della previsione di cui all'art. 16, comma 4, del d.P.R. n. 68 del 11/02/2005, regolamento emanato su delega dell'art. 27, comma 8, della legge n. 3 del 2003, che, pur estendendo l'uso della PEC nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, ha escluso tale estensione al processo penale⁸⁸;
- dalla considerazione che, **non essendo stato istituito un fascicolo telematico, mancherebbe lo strumento di ricezione** – il “contenitore” – dell'atto, che potrebbe ricevere il documento in modo da renderlo fruibile al giudice ed alle altre parti del processo.

Pertanto, la Corte di cassazione ha ritenuto inammissibile:

- l'opposizione a decreto penale di condanna presentata a mezzo di posta elettronica certificata⁸⁹;
- l'impugnazione cautelare proposta dal pubblico ministero mediante l'uso della posta elettronica certificata⁹⁰;
- il ricorso per cassazione proposto mediante l'uso della posta elettronica certificata⁹¹;
- il ricorso per cassazione trasmesso a mezzo PEC nel periodo dell'emergenza epidemiologica in difetto di una previsione specifica nell'art. 83, comma 1, del d.l. n. 18 del 2020⁹².

Sulla scorta degli stessi argomenti l'inammissibilità è stata pronunciata anche nel caso di:

- presentazione di motivi nuovi nel giudizio di cassazione a mezzo PEC⁹³;

⁸⁸ cfr. Sez. 3, n. 38411 del 13/04/2018, Balaban, Rv. 276698.

⁸⁹ Sez. 3, n. 50932 del 11/07/2017, Giacinti, Rv. 272095 – 01; Sez. 4, n. 21056 del 23/01/2018, D'Angelo, Rv. 272740 – 01.

⁹⁰ Sez. 5, n. 24332 del 5/03/2015.

⁹¹ Sez. 6, n. 55444 del 5/12/2017; Sez. 4, n. 18823 del 30/03/2016; Sez. 4, n. 52092 del 27/11/2019, PG C/ Vlad Costel, Rv. 277906 – 01), anche dalla parte pubblica (Sez. 4, n. 3958 del 19/11/2020, dep. 2021, PG in proc. Russo).

⁹² Sez. 1, n. 27127 del 8/9/2020, Battaglia; Sez. 1, n. 487 del 30/10/2020, dep. 2021, R.A.; Sez. 2, n. 3435 del 13/11/2020, dep. 2021, Foti.

⁹³ Sez. 5, n. 12347 del 13/12/2017, dep. 2018, Rv. 272781; Sez. 1, n. 2020 del 15/11/2019, dep. 2020, Turturo, Rv. n. 278163.

- presentazione di motivi nuovi nel giudizio di cassazione a mezzo PEC anche in forza dell'art. 24, comma 4 e 5, del decreto-legge cd. Ristori⁹⁴;
- invio di motivi aggiunti nel giudizio di appello a mezzo PEC⁹⁵;
- opposizione alla richiesta di archiviazione⁹⁶;
- richiesta di rimessione in termini⁹⁷;
- richiesta di revisione presentata a mezzo PEC (Sez. 1, n. 19833 del 21/04/2021, B.L.);
- opposizione al provvedimento di rigetto dell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato presentata a mezzo PEC⁹⁸.

Conclusivamente, è stato affermato che **la PEC garantisce, allo stato, la certezza del recapito e, a certe condizioni** (in particolare, con la sottoscrizione digitale dell'atto), **anche la provenienza dal soggetto mittente**, oltre che l'immodificabilità del messaggio, dei suoi allegati e la certezza della data. **Il suo ingresso nel processo penale può avvenire solo nei casi in cui una norma primaria abbia ciò disposto**⁹⁹.

8. La legge 18 dicembre 2020, n. 176 di conversione del d.l. n. 137 del 2020

8.1. La legge 18 dicembre 2020, n. 176 di conversione del d.l. n. 137 del 2020, come è noto, è intervenuta proprio sul profilo relativo alla spedizione dell'atto di impugnazione con mezzi informatici, introducendo norme destinate a disciplinare l'utilizzo dello strumento telematico¹⁰⁰.

Per cogliere la portata delle nuove disposizioni emergenziali, è opportuno ricostruire l'intero percorso normativo che è stato compiuto.

L'art. 24, comma 1, del d.l. n. 137, conv. con modificazioni dalla legge n. 176 del 2020, invero, ha previsto che *“fino alla scadenza del termine di cui all' articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni,*

⁹⁴ Sez. 1, n. 32566 del 3/11/2020; Sez. 1, n. 35489 del 17/11/2020, P.G. ed altri; Sez. 1, n. 9887 del 26/01/2021, Giambra ed altro.

⁹⁵ Sez. 5, n. 12949 del 5/03/2020, Torti, Rv. 279072.

⁹⁶ Sez. 4, n. 21056 del 23/01/2018, Rv. 272740; Sez. 3, n. 50932 del 11/07/2017, Rv. 272095.

⁹⁷ Sez. 1, n. 18235 del 28/01/2015, Rv. 263189; Sez. 1, n. 320 del 05/11/2018, dep. 2019, Stojanovic Vera, Rv. 274759.

⁹⁸ Sez. 4, n. 10682 del 19/12/2019 dep. 2020, Sayari, Rv. 278649.

⁹⁹ cfr. Sez. 3, n. 38411 del 13/04/2018, Balaban, Rv. 276698.

¹⁰⁰ Sulle disposizioni introdotte dal decreto-legge cd. ristori, si veda R. NERUCCI, A. TRINCI, *Seconda “ondata epidemica” e c.d. decreto ristori: nuove norme sul procedimento penale e dubbi interpretativi*, in www.ilprocessotelematico.it, 11 dicembre 2020.

dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, il deposito di memorie, documenti, richieste ed istanze indicate dall'articolo 415-bis, comma 3, cod. proc. pen. presso gli uffici delle procure della repubblica presso i tribunali avviene, esclusivamente, mediante deposito dal portale del processo penale telematico individuato con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia e con le modalità stabilite nel medesimo provvedimento". Il deposito degli atti si intende eseguito al momento del rilascio della ricevuta di accettazione da parte dei sistemi ministeriali, secondo le modalità stabilite dal provvedimento.

L'art. 24, comma 2, del d.l. n. 137 del 2020, inoltre, ha previsto che *"Con uno o più decreti del Ministro della giustizia, saranno indicati gli ulteriori atti per quali sarà reso possibile il deposito telematico nelle modalità di cui al comma 1"* ¹⁰¹.

Per questi atti per i quali è stabilito esclusivamente il deposito nel portale, secondo l'art. 24, comma 6, del medesimo decreto-legge, non è consentito l'invio tramite PEC ed anzi, ove avvenisse, tale invio *"non produce alcun effetto di legge"*.

L'art. 24, comma 4, del d.l. c.d. ristori, inoltre, ha previsto che *"Per tutti gli atti, documenti e istanze comunque denominati diversi da quelli indicati nei commi 1 e 2, fino alla scadenza del termine di cui all'articolo 1 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, è consentito il deposito con valore legale mediante posta elettronica certificata inserita nel Registro generale degli indirizzi di posta elettronica certificata di cui all'art. 7 del decreto del Ministro della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44.*

Questa stessa norma ha aggiunto che *"Il deposito con le modalità di cui al periodo precedente deve essere effettuato presso gli indirizzi PEC degli uffici giudiziari destinatari ed indicati in apposito provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati e pubblicato sul Portale dei servizi telematici. Con il medesimo provvedimento sono indicate le specifiche tecniche relative ai formati degli atti e le ulteriori modalità di invio"*.

Il successivo comma 5 della medesima disposizione ha stabilito che *"Ai fini dell'attestazione del deposito degli atti dei difensori inviati tramite posta elettro-*

¹⁰¹ Il Ministro della Giustizia, con d.m. 13 gennaio 2021, poi, ha, stabilito che, negli uffici delle Procure della Repubblica presso i Tribunali, il deposito da parte dei difensori dell'istanza di opposizione all'archiviazione indicata dall'art. 410 cod. proc. pen., della denuncia di cui all'art. 333 cod. proc. pen., della querela di cui all'art. 336 cod. proc. pen. e della relativa procura speciale, della nomina del difensore e della rinuncia o revoca del mandato indicate dall'art. 107 cod. proc. pen. avviene esclusivamente mediante deposito telematico ai sensi dell'art. 24, comma 1, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, tramite il portale del processo penale telematico e con le modalità individuate con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia.

*nica certificata ai sensi del comma precedente, il personale di segreteria e di cancelleria degli uffici giudiziari provvede ad annotare nel registro la data di ricezione e ad inserire l'atto nel fascicolo telematico. Ai fini della continuità della tenuta del fascicolo cartaceo provvede, altresì, all'inserimento nel predetto fascicolo di copia analogica dell'atto ricevuto con l'attestazione della data di ricezione nella casella di posta elettronica certificata dell'ufficio*¹⁰².

L'art. 24, comma 1, del d.l. n. 137 del 2020, come convertito dalla legge n. 176 del 2020, ha delimitato l'ambito temporale delle disposizioni emergenziali richiamando il termine previsto dall'art. 1 d.l. n. 19 del 2020, convertito nella legge n. 35 del 2020 e poi è stato fissato 31 luglio 2021 dall'art. 6 del d.l. n. 44 del 2021 e successivamente al 31 dicembre 2021 dall'art. 2 del d.l. 23 luglio 2021, n. 105.

8.2. Per l'attuazione delle norme indicate, in data 9 novembre 2020, è stato adottato il *“Provvedimento del Direttore Generale dei sistemi Informativi Automatizzati del Ministero della Giustizia contenente l'individuazione degli indirizzi PEC degli uffici giudiziari destinatari dei depositi di cui all'art. 24, comma 4, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, e le specifiche tecniche relative ai formati degli atti e le ulteriori modalità di invio”*.

Con questo provvedimento, quindi, sono stati individuati gli indirizzi PEC degli uffici giudiziari destinatari dei depositi di cui all'art. 24, comma 4, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, e sono state dettate le specifiche tecniche relative ai formati degli atti e le ulteriori modalità di invio (art. 1).

È stato stabilito che l'atto del procedimento in forma di documento informatico, da depositare per mezzo del servizio di posta elettronica certificata presso gli uffici giudiziari debba essere **in formato PDF; debba essere ottenuto da una trasformazione di un documento testuale, senza restrizioni per le operazioni di selezione e copia di parti; non è pertanto ammessa la scansione di immagini; è sottoscritto con firma digitale o firma elettronica qualificata**¹⁰³.

¹⁰² Per un primo commento alla normativa, seppur antecedente alla conversione del decreto e con specifico riferimento all'art. 24, si veda M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, *D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza*, cit. par. 9; A. Marandola, *Il “pacchetto giustizia” del D.L. Ristori: nuove misure per limitare gli effetti pandemici nelle aule di giustizia*, cit.

¹⁰³ Sulla firma digitale, almeno nel processo civile, si veda Cass. civ., Sez. 3, n. 22871 del 10/11/2015, Rv. 637862 – 01 secondo cui la firma digitale è equiparata alla sottoscrizione autografa in base ai principi del d.lgs. n. 82 del 2005, resi applicabili al processo civile dall'art. 4 del d.l. n. 193 del 2009, convertito dalla l. n. 24 del 2010, in una fattispecie in cui è stato affermato che la sentenza redatta in formato elettronico dal giudice e recante firma digitale dello stesso, a norma dell'art. 15 del d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, non è nulla per mancanza di sottoscrizione poiché è garantita l'identificabilità

Anche i **documenti allegati** all'atto del procedimento in forma di documento informatico devono essere **in formato PDF**; le copie per immagine di documenti analogici devono avere una risoluzione massima di 200 dpi (art. 3).

8.3. A seguito dell'introduzione del decreto-legge n. 137 del 2020 era stato prospettato che, almeno "*fino alla scadenza del termine di cui all'art 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35*" potesse essere spedita una impugnazione a mezzo PEC¹⁰⁴.

Era stato ritenuto, infatti, che, nel periodo emergenziale, gli argomenti addotti a sostegno dell'inammissibilità della spedizione dell'impugnazione a mezzo PEC fossero ormai superati.

La formulazione adottata dall'art. 24, comma 4, del d.l. n. 137 del 2020 – "*atti, documenti, istanze, comune denominate*" – era parsa di tale ampiezza da poter ricomprendere anche l'impugnazione che si propone con "atto scritto" (art. 581 cod. proc. pen.). Il principio della tassatività ed inderogabilità delle forme per la presentazione delle impugnazioni (art. 582 e 583 cod. proc. pen), pertanto, sembrava salvaguardato anche nel caso di spedizione dell'atto di impugnazione a mezzo PEC, perché una norma primaria, seppur solo per il periodo emergenziale, aveva permesso l'invio di atti con valore legale a mezzo PEC.

I dubbi sulla autenticità della provenienza dell'atto, inoltre, sembravano dissolti perché la norma prevede che l'atto debba provenire dalla posta elettronica certificata inserita nel Registro generale degli indirizzi di posta elettronica certificata di cui all'art. 7 del decreto del Ministro della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44. Con il provvedimento del Direttore Generale dei sistemi informativi in precedenza illustrato, inoltre, è stato disposto che "*l'atto del procedimento in forma di documento informatico, da depositare attraverso il servizio di posta elettronica certificata ... è sottoscritto con firma digitale o elettronica qualificata*".

Secondo la norma in esame, poi, la cancelleria è tenuta ad inserire nel fascicolo cartaceo copia "analogica" dell'atto digitale, cioè a stampare una copia cartacea dell'atto (oltre ad essere disposto che la stessa cancelleria debba inserire l'atto nel "fascicolo digitale" che, allora, deve essere istituito quanto meno come raccolta degli atti digitali afferenti ad un certo procedimento). In tal modo non è apparso necessario l'esistenza di un fascicolo telematico del processo penale per l'ammissibilità della presentazione di impugnazioni a mezzo PEC.

dell'autore, l'integrità del documento e l'immodificabilità del provvedimento, se non dal suo autore e sempre che non sia intervenuta la pubblicazione.

¹⁰⁴ Sia consentito il rinvio a L. GIORDANO, *L'art. 24 del cd. decreto Ristori permette la proposizione di impugnazioni a mezzo PEC?*, in www.IlProcessotelematico.it, 18 novembre 2020.

Del resto, il provvedimento del Direttore della DGSIA aveva indicato anche gli indirizzi PEC di uffici giudiziari destinatari di impugnazioni, lasciando presumere l'ammissibilità della modalità telematica per la presentazione di tali atti.

8.4. La Corte di cassazione, tuttavia, non pareva aver recepito tale interpretazione.

È stato affermato con una articolata sentenza, infatti, che l'art. 24, comma 4, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, contenente disposizioni per contrastare l'emergenza da Covid-19, trova applicazione esclusivamente in relazione agli atti di parte per i quali il codice di procedura penale non disponga specifiche forme e modalità di presentazione, stante la natura non derogatoria del suddetto comma rispetto alle previsioni sia del codice di procedura penale, sia del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito con modificazioni dalla legge 22 febbraio 2010, n. 24, e sia anche del regolamento delegato adottato con decreto del Ministro della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44, concernente le regole tecniche per il processo civile e penale telematici (Sez. 1, n. 32566 del 03/11/2020, PMT C/ Caprioli, Rv. 279737 – 01)¹⁰⁵.

8.5. La legge 18/12/2020, n. 176, di conversione con modificazioni del decreto-legge n. 137 del 2020, è intervenuta sul tema, introducendo, come è stato segnalato, **una specifica disciplina per la spedizione in via telematica dell'impugnazione**, in modo da dissipare qualsiasi dubbio sull'ammissibilità di tale modalità nel periodo emergenziale¹⁰⁶.

L'art. 24, comma 6-bis, del decreto-legge n. 137 del 2020, come introdotto dalla legge di conversione, infatti, ha stabilito che *“Fermo quanto previsto dagli articoli 581, 582, comma 1, e 583 del codice di procedura penale, quando il de-*

¹⁰⁵ Sulla sentenza, relativa ad una fattispecie in cui, in applicazione del principio, la Corte ha ritenuto inammissibili i motivi nuovi trasmessi mediante posta elettronica certificata dal procuratore generale nell'ambito di giudizio *ex art. 311* cod. proc. pen., si veda L. AGOSTINO, *Art. 24 del decreto “ristori”: l'interpretazione restrittiva della Cassazione in tema di deposito telematico degli atti durante il periodo emergenziale*, in *questa rivista*, 2 dicembre 2020; G. BRIOLA – M. ARIENTI – M. PICOTTI, *La cassazione delle PEC. Necessari rimedi in sede di conversione del decreto ristori?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 11/2020; L. GRANOZIO, *Sulla inammissibilità delle impugnazioni via pec*, in *www.penaledp.it*, 20 novembre 2020; G. VITRANI – R. ARCELLA, *Inammissibilità (presunta?) degli atti di impugnazione depositati a mezzo PEC nel processo penale*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 27 novembre 2020.

¹⁰⁶ Sulla legge di conversione del d.l. n. 137 del 2020 sia consentito il rinvio a L. GIORDANO, *La legge di conversione del d.l. Ristori e l'impatto sul procedimento penale*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 4 gennaio 2021.

posito di cui al comma 4 ha ad oggetto un'impugnazione, l'atto in forma di documento informatico è sottoscritto digitalmente secondo le modalità indicate con il provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati di cui al comma 4 e contiene la specifica indicazione degli allegati, che sono trasmessi in copia informatica per immagine, sottoscritta digitalmente dal difensore per conformità all'originale”.

La nuova norma, dunque, ha chiarito che tra “gli atti, documenti e istanze”, di cui all'art. 24, comma 4, dello stesso d.l. devono ricomprendersi anche gli atti di impugnazione.

Per tali atti, tuttavia, è necessario rispettare una forma minima così determinata:

- l'atto in forma di documento informatico deve essere sottoscritto digitalmente secondo le modalità indicate con il provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati di cui al comma 4 (cioè, con firma digitale o firma elettronica qualificata, secondo le tipologie PAdES e CADES; gli atti che sono proposti da più soggetti possono essere firmati digitalmente da più soggetti purché almeno uno sia il depositante (art. 3, comma 3, del provvedimento DGSIA citato).
- l'impugnazione deve contenere la specifica indicazione degli allegati, che sono anche essi trasmessi in copia informatica per immagine. La copia informatica per immagine degli allegati deve essere sottoscritta digitalmente dal difensore per conformità all'originale (art. 24, comma 6-bis, del d.l. cit.)¹⁰⁷.

Questa disciplina si applica “fermo quanto previsto dagli articoli 581, 582, comma 1, e 583 del codice di procedura penale”:

- occorre, pertanto, rispettare la forma dell'impugnazione disciplinata dall'art. 581 cod. proc. pen.;
- in ogni caso, il ricorso allo strumento telematico costituisce una alternativa offerta dalla legge nel periodo emergenziale alla presentazione dell'impugnazione secondo le modalità previste dall'art. 582 cod. proc. pen. o la spedizione ex art. 583 cod. proc. pen.

Del resto, l'art. 24, comma 4, dello stesso d.l. n. 137 del 2020 prevede che “è consentito il deposito con valore legale mediante posta elettronica certificata” per tutti gli atti, documenti e istanze comunque denominati, riconoscendo una facoltà che non preclude l'utilizzo delle modalità ordinarie.

¹⁰⁷ Sul punto si veda M.T.M. RUBERA, *L'invio degli atti difensivi penali tramite p.e.c. e il nascente processo penale telematico*, in *Dir. pen. proc.* 2021, 10, 1362 e ss., il qual non ritiene “utile” che si chieda al difensore di firmare digitalmente gli allegati, «cosa non prevista nemmeno nel processo civile telematico».

L'art. 24, comma 6-ter, del d.l. n. 137 del 2020, poi, prevede che *“L'impugnazione è trasmessa tramite posta elettronica certificata dall'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore a quello dell'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato, individuato ai sensi del comma 4, con le modalità e nel rispetto delle specifiche tecniche ivi indicate. Non si applica la disposizione di cui all'articolo 582, comma 2, del codice di procedura penale”*.

Tale norma, quindi, ha chiarito che:

- l'atto di impugnazione deve provenire dall'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore e deve essere inviato a quello dell'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato. L'indirizzo PEC del difensore, come individuato dall'art. 24, comma 4, d.l. n. 137 del 2020, è quello *“inserito nel Registro generale degli indirizzi certificati di cui all'articolo 7 del regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44”*;
- l'atto deve essere inviato all'indirizzo PEC dell'Autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento che è quello indicato nell'apposito provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati, pubblicato nel portale dei servizi telematici.

La sottoscrizione con firma digitale e l'esclusivo utilizzo dell'indirizzo PEC del legale vale ad escludere qualsiasi incertezza sulla provenienza dell'atto, permettendo la verifica necessaria ai fini della valutazione della legittimazione del proponente.

La stessa disposizione, poi, ha precisato che **non si applica la disposizione di cui all'art. 582, comma 2, cod. proc. pen.**, cioè la possibilità di presentare l'impugnazione nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace in cui si trovano le parti private o i difensori. Dell'applicazione di questa norma, invero, nel caso di spedizione dell'impugnazione in via telematica, non sussiste alcuna necessità.

Dal provvedimento DGSIA dapprima citato si desume che l'atto di impugnazione debba essere in formato PDF e debba essere ottenuto da una trasformazione di un documento testuale, senza restrizioni per le operazioni di selezione e copia di parti.

L'art. 24, comma 6-quater, del d.l. n. 137 del 2020, quindi, ha stabilito che *“I motivi nuovi e le memorie sono proposti, nei termini rispettivamente previsti, secondo le modalità indicate nei commi 6-bis e 6-ter, con atto in formato elettronico trasmesso tramite posta elettronica certificata dall'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore a quello dell'ufficio del giudice dell'impugnazione, individuato ai sensi del comma 4”*.

Tale norma, dunque, ha opportunamente esteso anche ai motivi nuovi e alle memorie la disciplina dell'invio telematico degli atti di impugnazione, evitando qualsiasi dubbio potesse ingenerarsi al riguardo.

Pare ragionevole ritenere che, se l'impugnazione è stata inviata a mezzo PEC, con lo stesso strumento telematico debbano essere trasmessi i motivi nuovi e le memorie.

L'art. 24, comma 6-*quinquies*, del d.l. n. 137 del 2020, inoltre, ha previsto che *“Le disposizioni di cui ai commi 6-bis, 6-ter e 6-quater si applicano a tutti gli atti di impugnazione, comunque denominati, e, in quanto compatibili, alle opposizioni di cui agli articoli 410, 461 e 667, comma 4, del codice di procedura penale e ai reclami giurisdizionali previsti dalla legge 26 luglio 1975, n. 354. Nel caso di richiesta di riesame o di appello contro ordinanze in materia di misure cautelari personali e reali, l'atto di impugnazione, in deroga a quanto disposto dal comma 6-ter, è trasmesso all'indirizzo di posta elettronica certificata del tribunale di cui all'articolo 309, comma 7, del codice di procedura penale”*.

Tale norma, dunque, ha definito l'area operativa della presentazione dell'impugnazione in via telematica, prevedendo che essa si applichi:

- a tutti gli atti di impugnazione, comunque denominati;
- alle opposizioni di cui agli artt. 410, 461 e 667, comma 4, cod. proc. pen.;
- ai reclami giurisdizionali previsti dalla legge 26 luglio 1975, n. 354, che disciplina l'ordinamento penitenziario;

La stessa norma appena indicata, quindi, ha stabilito che, nel caso di **richiesta di riesame o di appello contro ordinanze in materia di misure cautelari personali e reali**, l'atto di impugnazione non vada inviato all'indirizzo PEC dell'Autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento, ma, **in deroga a quanto disposto dal comma 6-ter**, debba essere trasmesso all'indirizzo di posta elettronica certificata del tribunale distrettuale per il riesame di cui all'art. 309, comma 7, cod. proc. pen.

La formulazione di questa disposizione, invero, ha suscitato perplessità.

Essa, infatti, fa riferimento alla spedizione in via telematica di una richiesta di riesame o di appello contro ordinanze in materia di misure cautelari non solo personali, ma anche reali. È tuttavia indicato come ufficio giudiziario destinatario il solo tribunale di cui all'art. 309, comma 7, cod. proc. pen. (cioè, come è noto, il tribunale del luogo nel quale ha sede la Corte di appello o la sezione distaccata della Corte di appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza) e non quello di cui all'art. 324, comma 5, cod. proc. pen. (il tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento).

Tra le soluzioni ipotizzabili per porre rimedio a quella che sembra una svista del legislatore, pare preferibile ritenere che, in tema di impugnazione di provvedimenti cautelari reali, non possa trovare applicazione l'art. 24, comma 6-*quinquies*, d.l. n. 137 del 2020. Non avrebbe senso far trasmettere ad un Tribunale incompetente tali impugnazioni, quanto meno nei casi in cui il tribunale di cui all'art. 309, comma 7, cod. proc. pen. non coincida con quello previsto dall'art.

324, comma 5, cod. proc. pen., competente in tema di impugnazione avverso i provvedimenti cautelari reali.

Non potendo applicare questa norma, che espressamente deroga a quanto disposto dal precedente comma 6-ter, deve ritenersi applicabile quest'ultimo, con la conseguenza che l'impugnazione cautelare reale va trasmessa all'indirizzo di posta elettronica dell'ufficio che ha emesso il provvedimento.

L'art. 24, comma 6-sexies, del d.l. n. 137 del 2020, ha introdotto una specifica disciplina dei casi di inammissibilità, stabilendo che *“Fermo quanto previsto dall'articolo 591 del codice di procedura penale, nel caso di proposizione dell'atto ai sensi del comma 6-bis l'impugnazione è altresì inammissibile:*

- a) quando l'atto di impugnazione non è sottoscritto digitalmente dal difensore;*
- b) quando le copie informatiche per immagine di cui al comma 6-bis non sono sottoscritte digitalmente dal difensore per conformità all'originale;*
- c) quando l'atto è trasmesso da un indirizzo di posta elettronica certificata che non è presente nel Registro generale degli indirizzi certificati di cui al comma 4;*
- d) quando l'atto è trasmesso da un indirizzo di posta elettronica certificata che non è intestato al difensore;*
- e) quando l'atto è trasmesso a un indirizzo di posta elettronica certificata diverso da quello indicato per l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato dal provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati di cui al comma 4 o, nel caso di richiesta di riesame o di appello contro ordinanze in materia di misure cautelari personali e reali, a un indirizzo di posta elettronica certificata diverso da quello indicato per il tribunale di cui all'articolo 309, comma 7, del codice di procedura penale dal provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati di cui al comma 4”.*

Questa norma, dunque, ha integrato la disciplina dell'inammissibilità dell'impugnazione, presidiando il rispetto degli obblighi formali che sono imprescindibili per il funzionamento del sistema posto in essere, con particolare riguardo alla certezza della provenienza dell'impugnazione (derivante – si ribadisce – dalla sottoscrizione digitale e dall'impiego dell'indirizzo PEC del difensore come determinato in precedenza) e della conformità all'originale degli atti inviati a sostegno del gravame.

Pare opportuno segnalare proprio quest'ultimo profilo: l'impugnazione è inammissibile anche quando *“le copie informatiche per immagine di cui al comma 6-bis”*, cioè le copie degli atti allegati all'impugnazione, *“non sono sottoscritte digitalmente dal difensore per conformità all'originale”*.

L'art. 24, comma 6-septies, del d.l. n. 137 del 2020, ha aggiunto che *“Nei casi previsti dal comma 6-sexies, il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato dichiara, anche d'ufficio, con ordinanza l'inammissibilità dell'impugnazione e dispone l'esecuzione del provvedimento impugnato”*.

È dunque il giudice che riceve l'impugnazione a mezzo PEC a dover dichiarare l'inammissibilità della stessa.

L'espressione adoperata da questa disposizione (*“anche d'ufficio”*) lascia presumere che possa essere accolta una segnalazione della controparte (o che possa essere provocata una interlocuzione con le altre parti).

L'art. 24, comma 6-octies, del d.l. n. 137 del 2020, ha previsto che *“Le disposizioni del comma 6-sexies si applicano, in quanto compatibili, agli atti indicati al comma 6-quinquies”*.

In forza di questa norma, dunque, le cause di inammissibilità si applicano *“in quanto compatibili”*, anche alle opposizioni di cui agli artt. 410, 461 e 667, comma 4, cod. proc. pen. ed ai reclami giurisdizionali in tema di disciplina penitenziaria previsti dalla legge 26 luglio 1975, n. 354.

Come è stato indicato, la richiesta di riesame o di appello contro ordinanze in materia di misure cautelari, in deroga a quanto disposto dal comma 6-ter, va trasmessa all'indirizzo di posta elettronica certificata del tribunale distrettuale per il riesame di cui all'art. 309, comma 7, cod. proc. pen. In forza della clausola che limita l'applicazione dell'art. 24, comma 6-octies, del d.l. n. 137 del 2020, agli atti indicati al comma 6-quinquies *“in quanto compatibili”* e della stretta connessione della previsione dell'art. 24, comma 6-sexies, al comma precedente, **pare corretto ritenere che sia lo stesso tribunale distrettuale a dover dichiarare l'eventuale inammissibilità nei casi in esame** (limitatamente alle ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 24, comma 6-quinquies, d.l. n. 137 del 2020, in deroga al comma 6-ter della stessa norma, è destinatario dell'atto di impugnazione trasmesso a mezzo PEC).

L'art. 24, comma 6-novies, del d.l. n. 137 del 2020, poi, ha stabilito che *“Ai fini dell'attestazione del deposito degli atti trasmessi tramite posta elettronica certificata ai sensi dei commi da 6-bis a 6-quinquies e della continuità della tenuta del fascicolo cartaceo, la cancelleria provvede ai sensi del comma 5”*.

Questa disposizione, sul piano pratico, impone alla cancelleria di provvedere:

- ad **annotare nel registro la data di ricezione** e ad **inserire l'atto nel fascicolo telematico** (alludendosi, evidentemente, al sistema TIAP-Documents@);
- all'**inserimento nel predetto fascicolo di copia analogica dell'atto ricevuto** con l'attestazione della data di ricezione nella casella di posta elettronica certificata dell'ufficio e dell'intestazione della casella di posta elettronica certificata di provenienza.

A tale riguardo, pare utile precisare che non è nuovo l'impegno richiesto alla cancelleria.

Nel caso di impugnazione presentata secondo le forme "tradizionali", infatti, l'art. 164 disp. att. cod. proc. pen. impone a coloro che propongono impugnazioni alcuni oneri. Le parti devono depositare le copie dell'atto di impugnazione occorrenti per la notificazione prevista dall'art. 584 del codice (comma 1), oltre a due copie dello stesso atto nel caso di appello e cinque copie nel caso di ricorso per cassazione (comma 2). Qualora questo onere non sia rispettato, la cancelleria provvede a realizzare le copie necessarie dell'atto pervenuto "*a spese di chi ha presentato l'impugnazione*", come è testualmente previsto (art. 164, comma 3, disp. att. cod. proc. pen.).

Una particolare segnalazione merita il contenuto dell'art. 24, comma 6-decies, del d.l. n. 137 del 2020, secondo cui "*Le disposizioni di cui ai commi da 6-bis a 6-novies si applicano agli atti di impugnazione di qualsiasi tipo, agli atti di opposizione e ai reclami giurisdizionali proposti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*".

Fino alla suddetta data, tuttavia, "*conservano efficacia gli atti di impugnazione di qualsiasi tipo, gli atti di opposizione e i reclami giurisdizionali in formato elettronico, sottoscritti digitalmente, trasmessi a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto alla casella di posta elettronica certificata del giudice competente, ai sensi del comma 4*".

Molto opportunamente, dunque, la legge di conversione ha previsto l'esplícita salvezza delle impugnazioni proposte in via telematica dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 137 del 2020. Occorre però che sussistano i seguenti presupposti minimi:

- l'atto sia stato sottoscritto in modo digitale;
- sia stato trasmesso alla casella di posta elettronica del giudice competente di cui al comma 4 dello stesso art. 24, cioè alla PEC dell'autorità destinataria¹⁰⁸.

La legge di conversione, infine, ha modificato anche l'art. 24, comma 4, del d.l. n. 137 del 2020, stabilendo che "*Quando il messaggio di posta elettronica*

¹⁰⁸ La legittimità dell'utilizzo della posta elettronica certificata è stata estesa, ex art. 24, comma 6-decies, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, come conv., con modifiche, nella l. 18 dicembre 2020, n. 176, anche alle impugnazioni presentate antecedentemente all'entrata in vigore della legge di conversione a condizione che le stesse siano state inviate alla casella di posta elettronica del giudice competente previsto dall'art. 24, comma 4, d.l. cit. e rechino la sottoscrizione digitale del difensore (Cassazione penale, sez. III, 20/04/2021, n. 32623). Per la declaratoria di inammissibilità di una impugnazione inviata a mezzo pec, senza sottoscrizione digitale, si veda Cass., sez. III, 21/04/2021, n. 26599.

certificata eccede la dimensione massima stabilita nel provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati di cui al presente comma, il deposito può essere eseguito mediante l'invio di più messaggi di posta elettronica certificata. Il deposito è tempestivo quando è eseguito entro la fine del giorno di scadenza". Si tratta di una importante precisazione che permette di superare il problema determinato dal superamento del limite di 30 MB fissato al momento nel provvedimento del Direttore della DGSIA.

9. segue: le prime decisioni sulla disciplina introdotta dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176 di conversione del d.l. n. 137 del 2020

9.1. Diverse pronunce della Corte di cassazione si sono già confrontate con la disciplina illustrata.

In particolare, la Corte di legittimità ha ritenuto corretta la declaratoria di inammissibilità della richiesta di riesame priva della firma digitale dell'atto di impugnazione¹⁰⁹, come del resto previsto testualmente dall'art. 24, comma 6-*sexies*, lett. a) del d.l. n. 137 del 2020, o con una firma digitale non valida¹¹⁰, riconoscendo il rilievo di tale firma che è in grado di garantire l'identificabilità della provenienza dell'atto da colui che appare come suo autore.

Di recente, la Corte di cassazione ha annullato l'ordinanza del tribunale del riesame che aveva ritenuto inammissibile l'impugnazione proposta perché, in sede di verifica della firma digitale, era emersa una modifica dell'atto successiva alla sottoscrizione¹¹¹. L'esame della documentazione prodotta dal ricorrente, infatti, dimostrava che il certificato di verifica della firma dell'atto di appello attestava l'integrità e l'attendibilità della stessa, pur dando conto di una modifica del documento successiva all'apposizione della sottoscrizione. Secondo la Corte, tale successiva attività, conseguente verosimilmente alla necessità di collazionare i documenti allegati in un unico file per agevolare l'attività di

¹⁰⁹ Sez. 3, n. 26009 del 29/04/2021. La medesima soluzione è stata offerta dalla Corte di cassazione con riferimento alla trasmissione di una memoria difensiva priva della sottoscrizione digitale (Cass. Sez. 6, n. 26313 del 3/06/2021, E.).

¹¹⁰ Sez. VI, 16/09/2021, n. 38152, in una fattispecie in cui dagli atti risultava l'attestazione del funzionario della Cancelleria del Tribunale di Bologna che l'atto di impugnazione non conteneva una valida firma digitale, come documentato dal sistema software in dotazione dell'Ufficio (dal report: "file non firmato").

¹¹¹ Sez. 6, n. 40540 del 28/10/2021, Calderone. Il Tribunale del riesame, equiparando la modifica del documento informatico successiva alla sottoscrizione dell'atto alla mancata sottoscrizione dell'atto di impugnazione da parte del difensore, ha ravvisato una falsa applicazione del d.l. n. 137 del 2020, art. 24, comma 6 *sexies*, lett. a).

stampa, non elide l'attestazione di integrità della firma dell'atto, integrando una mera irregolarità. La specifica causa di inammissibilità introdotta da tale disposizione, infatti, per il suo tenore letterale, è di applicazione limitata ai soli casi nei quali l'atto di impugnazione non sia stato sottoscritto digitalmente dal difensore. «Così come per ogni causa di inammissibilità relativa al diritto di impugnazione nel processo penale, in relazione alle ipotesi previste dal d.l. n. 137 del 2020, art. 24, comma 6-*sexies*, deve ritenersi, peraltro, operante il principio di tassatività, che ne impedisce l'estensione ad ipotesi analoghe di irregolarità delle modalità di trasmissione, non contemplate esplicitamente dal dettato legislativo»¹¹².

9.2. La Corte di cassazione, inoltre, ha reputato **inammissibile l'impugnazione trasmessa a una casella di posta elettronica certificata diversa da quella individuata dal provvedimento del 9 novembre 2020 emesso dal direttore generale dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia**, ai sensi dell'art. 24, comma 4, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazione dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176¹¹³.

La medesima soluzione è stata adottata con riferimento alla trasmissione di motivi nuovi, avendo la Corte affermato la necessità dell'utilizzo della casella di posta elettronica assegnata dalla DGSIA allo specifico ufficio giudiziario¹¹⁴.

È stato successivamente precisato che **la violazione dei provvedimenti organizzativi adottati dal dirigente dell'ufficio giudiziario in ordine alla destinazione dei singoli indirizzi di posta elettronica certificata (PEC) assegnati all'ufficio medesimo per il deposito degli atti difensivi non costituisce causa di inammissibilità dell'impugnazione cautelare**, in quanto tale sanzione processuale è prevista dall'art. 24, comma 6-*sexies*, lett. e), d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, esclusivamente per il caso del mancato rispetto delle indicazioni contenute nel provvedimento del Direttore Generale dei Sistemi Informativi Automatizzati del Ministero della giustizia (DGSIA), emesso ai sensi del precedente comma 4 della medesima disposizione, pubblicato

¹¹² Così, Sez. 6, n. 40540 del 28/10/2021, cit. In generale, sulla tassatività delle cause di inammissibilità dell'impugnazione previste dall'art. 591 c.p.p., cfr. *ex plurimis*, Sez. 1, n. 24433 del 29/4/2015, Masalmeh, Rv. 263970; Sez. 2, n. 8413 del 23/3/1998, Gatto, Rv. 211188; Sez. 1, n. 5887 del 5/5/1997, Gruber, Rv. 207929).

¹¹³ Sez. 6, n. 40540 del 28/10/2021; Sez. 3, n. 26009 del 29/04/2021, in una fattispecie in cui la richiesta di riesame era stata inoltrata all'indirizzo PEC assegnato alla corte di assise e non a quello dedicato al Tribunale del riesame del medesimo Ufficio giudiziario

¹¹⁴ Sez. 1, n. 9887 del 26/01/2021, Giambra, Rv. 280738; Sez. 1, n. 17052 del 02/03/2021, Rv. 281386 – 01

il 9 novembre 2020 (e, dunque, solo in caso di utilizzo di indirizzi PEC di destinazione non ricompresi nell'Allegato 1 del citato provvedimento direttoriale)¹¹⁵.

Nel caso di specie, il Tribunale del riesame di Genova aveva dichiarato inammissibile l'appello cautelare proposto dall'imputato avverso l'ordinanza con cui la Corte d'Appello aveva rigettato l'istanza di sostituzione della custodia cautelare in carcere in atto nei suoi confronti per più reati furto aggravato. L'inammissibilità si fondava sulla constatazione dell'utilizzo di due indirizzi di posta elettronica certificata, non abilitati alla ricezione degli atti destinati al Tribunale del riesame, perché diversi da quello indicato a tale scopo dal provvedimento del Presidente del Tribunale di Genova del 18/11/2020, in ossequio alle direttive contenute nell'art. 24, comma 4, del d.l. n. 137 del 2020, e nel successivo provvedimento del Direttore generale dei servizi informativi e automatizzati del 9 novembre 2020.

La Corte di cassazione ha ritenuto fondato il ricorso dell'imputato, annullando con rinvio il provvedimento impugnato.

Secondo la Corte, **la specifica causa di inammissibilità declinata dall'art. 24, comma 6-sexies, lett. e), del d.l. n. 137 del 2020 cit., per il suo tenore letterale, è di applicazione limitata ai soli casi nei quali il deposito dell'atto di impugnazione avvenga tramite una casella di posta elettronica non indicata nel provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi ed automatizzati.**

Così come per ogni causa di inammissibilità relativa al diritto di impugnazione nel processo penale, del resto, in relazione alle ipotesi previste dall'art. 24, comma 6-sexies, d.l. n. 137 del 2020, deve ritenersi operante il principio di tassatività, che ne impedisce l'estensione ad ipotesi analoghe di irregolarità delle modalità di trasmissione, non contemplate esplicitamente dal dettato legislativo.

L'inammissibilità prevista dalla lett. e) della disposizione citata non fa richiamo alcuno ad una sanzione processuale collegata alla trasmissione ad un indirizzo diverso da quello indicato dal dirigente dell'ufficio destinazione per le impugnazioni avverso determinati provvedimenti piuttosto che altri.

Anzi, la normativa primaria neppure contempla il potere di successiva specificazione-integrazione del provvedimento del Direttore DGSIA da parte dei capi degli uffici giudiziari.

Se, pertanto, i dirigenti degli uffici giudiziari ritengono di individuare, tra quelli loro assegnati dal provvedimento del Direttore DGSIA, degli indirizzi "dedicati" da destinare alla ricezione di talune categorie di atti – possibilità legittima, non vietata dal punto di vista normativo – tali disposizioni assumo-

¹¹⁵ Sez. 5, n. 24953 del 10/05/2021, in *www.ilprocessotelematico.it* 26/7/2021, con nota L. GIORDANO, *Impugnazione inviata ad un indirizzo PEC assegnato al Tribunale, ma non destinato alla ricezione di tali atti: è ammissibile?*

no valenza solo organizzativa interna, benché resa pubblica con modalità di comunicazione esterne da parte degli uffici, e non possono assurgere a disciplina integrativa di quella di legge in materia di deposito delle impugnazioni con valore legale, né tantomeno essere causa di inammissibilità, ai sensi del citato comma 6-*sexies*.

9.3. La Corte di cassazione, infine, in un primo momento, ha affermato che la disciplina di cui all'art. 24 del d.l. n. 137 del 2020 "*parrebbe applicarsi solamente agli atti depositati dal difensore*" e non a quelli depositati dal pubblico ministero¹¹⁶.

In seguito, più nettamente, **la Corte ha affermato che la disposizione di cui all'art. 24 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, come modificato dalla legge di conversione 18 dicembre 2020, n. 176, consente tale modalità di deposito alle sole parti private**, cui testualmente si riferisce la norma in esame, altresì richiedendo che l'atto sia sottoscritto con firma digitale, strumento di cui attualmente non dispongono gli uffici di Procura¹¹⁷.

La lettura rigorosa della disposizione che la Corte pare privilegiare è risultata armonica con la *ratio* dell'intervento normativo, che si correla all'esigenza di garantire la prosecuzione dell'attività giudiziaria nel periodo eccezionale – pandemico, favorendo modalità dematerializzate di partecipazione all'attività processuale, di comunicazione con gli uffici giudiziari e di inoltro degli atti processuali, così da limitare al massimo gli spostamenti fisici e l'accesso degli interessati nei Palazzi di giustizia e da circoscrivere il rischio di contagio, preservando la salute individuale e collettiva. «Obbiettivo che appunto rende ragione della mancata previsione della possibilità di presentazione dell'impugnazione mediante PEC da parte del Pubblico Ministero, i cui rappresentanti sono già presenti per motivi di lavoro negli uffici giudiziari – spesso presso la stessa sede del Tribunale o della Corte d'appello ove l'impugnazione deve essere presentata – , considerata, in ogni caso, la minore incidenza dei flussi impugnatori della parte pubblica rispetto a quelli delle parti private»¹¹⁸.

9.4. Queste prime decisioni appaiono rilevanti perché, seguendo uno spunto della stessa giurisprudenza della Corte di cassazione, la disciplina introdotta dalla legge di conversione del decreto-legge n. 137 del 2020 "*potrebbe aprire la*

¹¹⁶ Sez. 3, n. 28002 del 24/03/2021, PMT in proc. Muto, Rv. 281715, nella quale è stato aggiunto precisato che, in base alla normativa vigente, il pubblico ministero non può depositare atti firmati in modo digitale.

¹¹⁷ Sez. 6, n. 31247 del 02/07/2021; Sez. 6, n. 24714 del 11/05/2021, Sinatra.

¹¹⁸ Sez. 6, n. 28036 del 25/06/2021; si veda anche Sez. 6, n. 24714 del 11/05/2021.

strada a modifiche di sistema”, volte, evidentemente, a permettere anche oltre il periodo emergenziale, la presentazione dell’impugnazione a mezzo PEC¹¹⁹.

10. La Corte di cassazione sulla trasmissione della nomina a difensore di fiducia a mezzo PEC

L’art. 96, comma 2, cod. proc. pen. dispone che la nomina di un difensore di fiducia è fatta con dichiarazione resa all’Autorità procedente ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata.

L’indirizzo consolidato della giurisprudenza di legittimità esclude che la nomina possa essere trasmessa a mezzo PEC. È proprio la regolamentazione espressa della modalità di trasmissione solo via raccomandata che lascia escludere che per “consegna” possa intendersi una forma di comunicazione dell’atto diversa dal materiale deposito di esso presso l’ufficio deputato a riceverlo¹²⁰.

Le formalità previste dal codice di rito non ammettono equipollenti e, in particolare, non è prevista la trasmissione telematica tramite PEC, poiché tale forma di comunicazione garantisce soltanto la provenienza della missiva, ma non l’originalità della firma e della sottoscrizione del documento allegato¹²¹.

Anche la rinuncia al mandato va comunicata nelle forme dapprima indicate all’Autorità procedente e non a mezzo PEC. Di recente, è stato escluso che con una mail ordinaria possa essere comunicata la rinuncia al mandato perché tale mezzo di comunicazione non fornisce la dovuta certezza, né sull’identità del mittente, né sulla corretta ricezione della mail¹²².

In senso diametralmente opposto, è stato affermato che l’art. 96 cod. proc. pen. non prevede che, in caso di presentazione di una dichiarazione di nomina scritta, l’atto osservi particolari formalità, né che la sottoscrizione del dichiarante debba essere autenticata da parte del difensore o di altri perché l’atto sia valido e produttivo di effetti giuridici. L’art. 39 disp. att. cod. proc. pen., del resto, prevede l’autenticazione del sottoscrittore per i soli casi previsti dalla legge e non in relazione a qualunque atto presentato all’Autorità Giudiziaria, sia pure non personalmente, ma a mezzo PEC. Sulla scorta dei suddetti principi, **la nomina**

¹¹⁹ così Sez. 2, n. 3436 del 1/12/2020, dep. 2021, cit.

¹²⁰ Sez. 5, n. 53217 del 25/10/2018, secondo cui “*la nomina incorporata in un atto scritto può seguire solo due canali di comunicazione all’autorità che procede, o la consegna o la trasmissione via raccomandata, mentre non è espressamente prevista nessun’altra forma di veicolazione*”; Sez. 2, n. 21683 del 15/1/2019, Ferrara ed altro.

¹²¹ Sez. 1, n. 38665 del 19/09/2019, Di Ronza.

¹²² Sez. 5, n. 22058 del 30/06/2020.

quale difensore di fiducia inoltrata a mezzo PEC mediante dichiarazione sottoscritta dall'indagato ma non autenticata dal difensore, deve ritenersi valida, non rilevando che la firma sia illeggibile¹²³.

Il d.m. 13 gennaio 2021 ha stabilito che, negli uffici delle Procure della Repubblica presso i Tribunali, il deposito da parte dei difensori anche della nomina del difensore e della rinuncia o revoca del mandato indicate dall'art. 107 cod. proc. pen. avviene esclusivamente mediante deposito telematico ai sensi dell'art. 24, comma 1, del d.l. 28/10/2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18/12/2020, n. 176, tramite il portale del processo penale telematico e con le modalità individuate con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia.

11. La Corte di cassazione sulla comunicazione di atti in via telematica (mail ordinaria o PEC) tra uffici giudiziari

11.1. In attesa dell'istituzione del processo penale telematico, la Corte di cassazione si è occupata, in diverse decisioni, dell'utilizzo dei mezzi telematici per la trasmissione di atti tra gli uffici giudiziari.

Nel corso del procedimento penale, come è noto, sorge la **necessità di procedere alla trasmissione degli atti da un ufficio giudiziario all'altro seguendo il flusso del procedimento**. Questo aspetto è disciplinato dall'art. 64 disp. att. cod. proc. pen., intitolato "*Comunicazione di atti*".

Il primo comma di questa disposizione stabilisce che la comunicazione di atti del giudice ad altro giudice si esegue **mediante trasmissione di copia dell'atto con lettera raccomandata** con avviso di ricevimento ovvero **mediante consegna al personale di cancelleria**, che ne rilascia ricevuta su apposito registro custodito presso la cancelleria del giudice che ha emesso l'atto (in gergo, il "*registro di passaggio*").

Il comma secondo, invece, regola la comunicazione di atti dal giudice al pubblico ministero, stabilendo che, se l'organo della pubblica accusa ha sede diversa da quella del giudice, essa si esegua mediante trasmissione di copia dell'atto con

¹²³ Sez. 4, n. 10551 del 9/03/2021, Khalid. In motivazione è stato sottolineato che la costante giurisprudenza di legittimità (cfr., da ultimo, Sez. 6, n. 57546 del 21/12/2017, Rv. 271729) sostiene che la dichiarazione di nomina del difensore di fiducia prevede formalità semplificate sicché, mentre è imprescindibile il minimum della sottoscrizione dell'indagato o dell'imputato, attesa l'importanza e la delicatezza dell'incarico conferito (Sez. 3, n. 2401 del 30/06/1999, Lobina, Rv. 215073), non è richiesta l'autenticazione della sottoscrizione dell'imputato o indagato, neanche se l'atto viene trasmesso con raccomandata (Sez. 5, n. 1623 del 07/06/1995, Anselmi, Rv. 201799; Sez. 3, n. 234 del 09/11/2006, dep. 2007, Ferrari Rv. 235963).

lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Se ne desume che, qualora l'ufficio del pubblico ministero e quello del giudice abbiano sede nella stessa sede, la trasmissione degli atti avvenga mediante consegna dal personale della segreteria del primo, a quello della cancelleria del secondo, con attestazione contenuta nel "registro di passaggio".

I successivi commi regolano la comunicazione degli atti "*in caso di urgenza*" o "*quando l'atto contiene disposizioni concernenti la libertà personale*".

In tali evenienze, secondo l'art. 64, comma 3, disp. att., cod. proc. pen., la comunicazione è eseguita col "*mezzo più celere*", nel senso che essa è eseguita dalla polizia giudiziaria mediante consegna di copia dell'atto presso la cancelleria o la segreteria. In questo caso, la polizia redige verbale, copia del quale è trasmessa al giudice che ha emesso l'atto. In alternativa, la stessa norma prevede l'utilizzo delle forme previste dagli artt. 149 e 150 del codice di rito. Il riferimento alla disciplina delle forme particolari di notifiche disposte dal giudice ai sensi dell'art. 150 cod. proc. pen. comporta che **il giudice, anche d'ufficio, con decreto motivato, prescriva "i mezzi tecnici" per effettuare la comunicazione degli atti**¹²⁴.

Secondo l'art. 64, comma 4, disp. att. cod. proc. pen., ai fini delle comunicazioni previste dai commi precedenti, la copia può essere trasmessa con "*mezzi tecnici idonei*", quando **il funzionario di cancelleria del giudice che ha emesso l'atto attesta, in calce ad esso, di aver trasmesso il testo originale.**

¹²⁴ Un mezzo tecnico per la trasmissione degli atti di cui si è fatto largo uso negli uffici giudiziari è rappresentato dal fax. La Corte di cassazione ha ritenuto legittimo l'uso di questo mezzo sulla base dell'art. 64, commi 3 e 4, disp. att. cod. proc. pen. In particolare, secondo l'indirizzo accolto dalla giurisprudenza di legittimità, in tema di riesame avverso un'ordinanza applicativa di misura cautelare personale, qualora l'istanza sia presentata *ex art.* 582 cod. proc. pen. mediante deposito in cancelleria del Tribunale del luogo in cui le parti ed i loro difensori si trovino e sia comunicata al Tribunale territorialmente competente a mezzo telefax dall'ufficio ricevente, il quale attesti l'intervenuta trasmissione dell'originale dell'atto, *ex art.* 64, comma 3, disp. att. cod. proc. pen., ai fini della decorrenza del termine perentorio di cui all'art. 309, comma 5, cod. proc. pen., si ha riguardo al giorno in cui la richiesta a mezzo telefax perviene alla cancelleria del tribunale competente e non a quello successivo di ricezione dell'originale trasmesso per posta (Sez. 3, n. 19883 del 15/04/2014, Tauro, Rv. 259191; Sez. 4, n. 18203 del 28/03/2013, Semo, Rv. 255507; Sez. 3, n. 2853 del 13/06/2018, dep. 2019, Fullin, Rv. 274880). Alla stregua di quest'orientamento giurisprudenziale, più specificamente, «per ritenere assolti i dovuti adempimenti, infatti, non può ritenersi sufficiente la mera apposizione del timbro di cancelleria e la firma del funzionario procedente, ma è necessario riscontrare una precisa ed espressa attestazione di conformità all'originale della copia che si trasmette all'ufficio competente» (Sez. 3, n. 2853 del 13/06/2018, dep. 2019, cit.), mentre «le indicazioni dell'apparecchiatura segnalate nel provvedimento impugnato (*O.K. message confirmation. via fax*) documentano l'avvenuta comunicazione dell'atto» (Sez. 5, n. 2798 del 05/06/1996, PM in proc. Sisca, Rv. 205518).

Le ultime disposizioni illustrate costituiscono la base normativa cui si ricorre per giustificare l'impiego di mezzi telematici per la trasmissione degli atti tra autorità giudiziarie¹²⁵.

11.2. La Corte, in particolare, ha ritenuto legittima la trasmissione da parte del pubblico ministero al Tribunale del riesame degli atti posti a fondamento del provvedimento cautelare in allegato ad e-mail “non certificata”, essendo tale modalità riconducibile al novero dei “*mezzi tecnici idonei*” a garantire la conoscenza dell'atto, ex artt. 150 cod. proc. pen. e 64 disp. att. cod. proc. pen.¹²⁶

In questa decisione, tuttavia, è stato precisato che **la mera prova della visualizzazione della mail sul computer del ricevente non vale a fissare il loro deposito in cancelleria in data e ora certa, né è idonea a garantire l'effettiva conoscenza degli atti da parte del giudice chiamato a decidere, né a permettere alla difesa di accedervi.** È necessaria, pertanto, la stampa degli atti e l'attestazione da parte della cancelleria del tribunale della sottoposizione degli atti al giudice. Questo è il momento nel quale deve essere verificato il rispetto del termine per la trasmissione degli atti e di quello per l'adozione della decisione da parte del tribunale. Entrambi i termini sono stabiliti a pena di inefficacia della misura¹²⁷.

11.3. Diverse decisioni della Suprema Corte, invece, hanno riguardato l'uso per la trasmissione degli atti come “*mezzo tecnico idoneo*” della posta elettronica certificata.

Secondo un primo arresto giurisprudenziale, l'impiego nel processo penale della PEC, ai sensi dell'art. 16, comma 4, del d. l. n. 179 del 2012, è espressamente previsto per la notificazione di atti indirizzati a “*persona diversa dall'imputato*”. **Non è invece previsto per la comunicazione degli atti.** Per tale ragione, **la trasmissione degli atti al collegio da parte dell'autorità giudiziaria procedente mediante l'uso della posta elettronica certificata non è idonea a far decorrere il termine perentorio di dieci giorni, stabilito per la decisione da parte del tribunale del riesame,** a pena di inefficacia della misura, dall'art. 309, comma 9, cod. proc. pen. occorrendo, a tal fine, il materiale inoltrato degli atti stessi¹²⁸.

¹²⁵ Sul tema, si veda L. GIORDANO, *Comunicazione di atti tra uffici giudiziari in via telematica (PPT)*, in www.ilprocessotelematico.it, 10 settembre 2019.

¹²⁶ Sez. 5, n. 44042 del 17/05/2017, PM in proc. Fillannino.

¹²⁷ Sulla sentenza si consentito il rinvio a L. GIORDANO, *È legittima la trasmissione di atti tra uffici giudiziari in allegato a e-mail non certificate?*, in www.ilprocessotelematico.it, 11 ottobre 2017.

¹²⁸ Sez. 3, n. 51087 del 26/09/2017, Tudisca, Rv. 272065 – 01. Questa pronuncia ha affrontato un profilo pratico molto delicato. La trasmissione degli atti in forma cartacea, infatti, pur se diretta

11.4. Una iniziale apertura, invece, si è registrata nella successiva giurisprudenza di legittimità.

È stato affermato che, in tema di impugnazione cautelare, qualora la trasmissione della richiesta di riesame dall'ufficio giudiziario presso cui è stata presentata alla cancelleria del Tribunale distrettuale del riesame avvenga mediante invio di copia a mezzo PEC, il termine di cinque giorni di cui all'art. 309, comma 5, cod. proc. pen. entro il quale il pubblico ministero procedente deve inviare a detto Tribunale del riesame gli atti posti a sostegno del provvedimento – la cui inosservanza determina l'inefficacia dell'ordinanza cautelare ai sensi del successivo comma 10 della medesima disposizione – decorre dal momento della ricezione della mail da parte dell'ufficio distrettuale, attestata dall'accettazione da parte del sistema del messaggio di posta elettronica certificata, e non da quello del successivo ricevimento dell'originale dell'atto inviato a mezzo lettera raccomandata¹²⁹.

Nella stessa prospettiva, è stato riconosciuto che la base normativa della comunicazione degli atti tra uffici anche a mezzo PEC, è rappresentata dall'art. 64, comma 3 e 4, disp. att. cod. proc. pen. **La PEC, in particolare, presenta le caratteristiche necessarie per la sua qualificazione come “mezzo tecnico idoneo” a realizzare la trasmissione degli atti tra uffici**¹³⁰. Anche la posta elettronica certificata, dunque, rientra tra i mezzi tecnici cui allude l'art. 64, comma 4, disp. att. cod. proc. pen.¹³¹.

Pur ravvisando nella PEC un mezzo tecnico idoneo, tuttavia, la Corte ha comunque escluso che la ricezione della mail, come attestata dal sistema, di per sé, possa valere a garantire il rispetto dei termini processuali nei procedimenti *de libertate*. È stato affermato, infatti, che, in tema di impugnazione cautelare, qualora la trasmissione degli atti al Tribunale del riesame avvenga a mezzo PEC, il

al solo tribunale, è finalizzata anche a consentire alla difesa di prendere tempestivamente visione degli stessi e di presentare memorie in cancelleria *ex art.* 127 cod. proc. pen. L'accesso della difesa agli atti, nel caso di impiego della PEC, invece, è subordinata ad incerte operazioni di stampa da parte della cancelleria, ad oggi non disciplinate nelle forme e nei tempi. In mancanza di una simile disciplina, la trasmissione degli atti a mezzo PEC si risolverebbe in una compressione del diritto di difesa, che dipenderebbe, in ultima istanza, dalla “spontanea” operazione di stampa da parte della cancelleria del tribunale del riesame.

¹²⁹ Sez. 3, n. 16064 del 14/03/2019, Faggion.

¹³⁰ La Corte di cassazione, al riguardo, ha affermato che il sistema di Posta Certificata, grazie ai protocolli di sicurezza utilizzati, è in grado di garantire la certezza del contenuto, non rendendo possibili modifiche al messaggio, sia per quanto riguarda i contenuti, che eventuali allegati (Sez. 4, n. 2431 del 15/12/2016, dep. 2017, Dionigi, Rv. 268877).

¹³¹ Sez. 5, n. 21710 del 28/02/2018, Marciano, Rv. 273026.

termine di dieci giorni di cui all'art. 311, comma 5-bis, cod. proc. pen., previsto, a pena di inefficacia dell'ordinanza impugnata, per l'adozione del provvedimento a seguito di annullamento con rinvio dell'ordinanza cautelare, **non decorre dal momento della ricezione della PEC all'indirizzo dell'ufficio giudiziario ricevente, ma da quello dell'effettiva e reale percezione e conoscenza degli atti,** dimostrata dalla stampa della PEC e dalla verifica della integralità degli atti trasmessi¹³².

11.5. Una successiva sentenza ha precisato che la trasmissione degli atti posti a sostegno della richiesta cautelare dal pubblico ministero al tribunale del riesame può avvenire anche a mezzo posta elettronica certificata¹³³.

Secondo questa decisione, tuttavia, perché dalla trasmissione degli atti a mezzo PEC decorra il termine previsto dall'art. 309, comma 5, cod. proc. pen.:

– è necessario che sia stato adottato il decreto del giudice (dell'autorità giudiziaria che procede) **che autorizza l'impiego dello strumento telematico** e che è previsto dall'art. 64, comma 3, disp. att. che richiama l'art. 150 cod. proc. pen.;

– occorre, poi, secondo quanto prevede l'art. 64, comma 4, disp. att. cod. proc. pen., **l'attestazione della cancelleria che deve dichiarare la conformità agli originali degli atti trasmessi in via telematica** (attestazione che è contenuta nella mail di trasmissione).

Se non sono rispettate queste formalità, ai fini del rispetto del termine, non basta la trasmissione dell'atto, ma è necessaria la ricezione e la stampa della mail, con la verifica della conformità all'originale¹³⁴.

¹³² Sez. 5, n. 21710 del 28/02/2018, Marciano, cit La Corte ha osservato che l'art. 64, comma 3, disp. att. cod. proc. pen. richiama l'art. 150 cod. proc. pen. secondo cui, per le notificazioni intervenute in "circostanze particolari", il giudice deve prescrivere, anche d'ufficio e con decreto motivato, le "modalità necessarie per portare l'atto a conoscenza del destinatario". L'art. 64, comma 4, disp. att. cod. proc. pen., invece, stabilisce che la copia degli atti trasmessi deve essere accompagnata dall'attestazione rilasciata dal funzionario di cancelleria, in calce, della trasmissione della conformità agli originali. Ne consegue che, qualora la trasmissione degli atti attraverso il mezzo della PEC, non avvenga con le modalità sopra descritte (decreto autorizzativo del giudice e attestazione di conformità del cancelliere trasmittente), deve ritenersi che il dies a quo per la decorrenza del termine di cui all'art. 311, comma 5-bis, cod. proc. pen. non possa fissarsi nel momento di ricezione, all'indirizzo postale, della PEC da parte dell'ufficio giudiziario ricevente, ma in quello diverso di effettiva e reale percezione e conoscenza degli atti, provato dalla stampa della PEC e dalla verifica della integralità degli atti trasmessi.

¹³³ Sez. 3, n. 21097 del 11/04/2019, S., Rv. 275793.

¹³⁴ La sentenza, infatti, ha solo precisato che, qualora la trasmissione attraverso il mezzo della posta elettronica certificata non contenga tale attestazione, gli atti non sono inutilizzabili.

L'unica conseguenza prospettabile è quella che la data in cui gli atti sono pervenuti non possa fissarsi nel momento di ricezione, all'indirizzo postale di posta elettronica, della mail certificata da parte dell'ufficio giudiziario ricevente, ma in quella diversa di effettiva e reale percezione e

11.6. Il profilo dell'attestazione di conformità all'originale della copia dell'atto inviato tramite posta elettronica certificata da un ufficio all'altro è stato affrontato da una pronuncia più recente della Corte di cassazione nella quale è stato precisato che **«rimane del tutto irrilevante che non sia stata ulteriormente dichiarata la conformità degli stessi atti agli originali da parte della cancelleria ricevente, essendo comunque stata la difesa messa in condizione di consultare gli stessi atti ed eventualmente contestare proprio la loro conformità, che – comunque – deve ritenersi attestata dall'ufficio dell'autorità procedente (ovvero quello della Procura mittente), avendo esso provveduto alla loro trasmissione in forma telematica “certificata”»**¹³⁵.

Secondo questa decisione, più in particolare, l'art. 100 disp. att. cod. proc. pen. consente la trasmissione da parte dell'autorità giudiziaria procedente anche solo della copia degli atti indicati dall'art. 309, comma 5, cod. proc. pen. che può essere effettuata attraverso lo strumento della posta elettronica certificata¹³⁶.

Sembra, dunque, che, secondo la Corte, **l'impiego della posta certificata come modalità di trasmissione degli atti renda “irrilevante” la dichiarazione del funzionario preposto all'ufficio ricevente della conformità all'originale della copia degli atti inviata**. La specifica procedura della comunicazione degli atti mediante l'invio di posta elettronica certificata permette di allegare un documento previamente scansionato, non più soggetto a modifiche dopo l'invio, sicché essa offre adeguate garanzie di affidabilità che non possono essere superate dal-

conoscenza degli atti attraverso la stampa degli atti ricevuti e la verifica della integralità degli atti trasmessi. Quando la copia dell'atto trasmesso non è accompagnata dall'attestazione rilasciata dal funzionario di cancelleria trasmittente in calce all'atto della trasmissione dell'originale dell'atto stesso (art. 64, comma 4, disp. att. cod. proc. pen.) e la comunicazione dell'atto non avviene con le modalità indicate da un decreto motivato all'uopo rilasciato dal giudice (art. 150, comma 2, cod. proc. pen.), la data in cui l'atto arriva all'ufficio destinatario è quella della effettiva “apertura” della mail e della stampa dei documenti allegati. Si tratta, però, della attestazione di conformità all'originale della copia dell'atto scansionata dall'ufficio trasmittente, attestazione che, in verità, più che essere apposto “in calce” al documento come prevede l'art. 64, comma 4, disp. att. cod. proc. pen., deve ritenersi ormai contenuta nel testo della mail con la quale si compie la trasmissione.

¹³⁵ Sez. 5, n. 32019 del 14/03/2019, Rinaldi, Rv. 277252.

¹³⁶ In precedenza, Sez. 5, n. 48415 del 06/10/2014, Mazzoni e altri, Rv. 261028 – 01, aveva ritenuto ammissibile anche la trasmissione degli atti in formato digitale, previa trasposizione in un CD – Rom; inoltre, Sez. 5, n. 54534 del 11/07/2018, Fazzalari, Rv. 274395 – 01 ha precisato che l'eventuale danno che fosse riportato dai “files” trasmessi è equiparabile a quello di una copia cartacea malriuscita, che non inficia la validità e ritualità della trasmissione ma determina la necessità della pronta sostituzione della copia illeggibile e di un congruo periodo di tempo per consentirne l'esame alle parti.

la mera, generica, deduzione dell'incompletezza o non corrispondenza dell'atto ricevuto all'originale scansionato¹³⁷.

11.7. L'indirizzo prevalente della Corte di cassazione, dunque, sembra aver preso atto che la normativa vigente, permettendo l'utilizzo di "mezzi tecnici idonei", non precluda l'uso di strumenti informatici per la trasmissione degli atti dalla cancelleria dell'ufficio giudiziario "mittente" a quella dell'ufficio "ricevente".

È maturata la convinzione che il sistema processuale penale non possa rimanere fermo all'utilizzo della sola forma cartacea nell'epoca nella quale l'informatica ha consentito di snellire tempi e procedure, con esiti del tutto positivi anche a garanzia dei diritti della difesa.

Restano aperti, tuttavia, i problemi pratici evidenziati dalla stessa Corte di cassazione¹³⁸.

La trasmissione degli atti in forma cartacea, in particolare, pur se diretta al solo ufficio giudiziario, è altresì finalizzata a consentire alla difesa di prendere tempestivamente visione degli stessi e di presentare memorie in cancelleria *ex art. 127 cod. proc. pen.* L'accesso della difesa agli atti, nel caso di impiego della PEC, è subordinato alle operazioni di stampa da parte della cancelleria. **Delle forme e dei tempi di queste operazioni**, al momento, manca qualsiasi disciplina.

Il rilievo di questo profilo non è marginale, dal momento che investe direttamente l'esercizio del diritto di difesa. Sul punto, la Corte di cassazione ha affermato che l'art. 309, comma 5, cod. proc. pen. non vieta che la trasmissione degli atti possa avvenire attraverso la trasposizione degli atti in formato digitale, purché la difesa sia posta in grado, in un tempo compatibile con i termini previsti per la celebrazione del giudizio (nella specie, di riesame), di estrarre copia del supporto informatico ovvero di consultare il suo contenuto presso la cancelleria del tribunale investito dell'istanza¹³⁹.

¹³⁷ Sottesa a questa affermazione, vi è la consapevolezza che non è possibile che l'atto ricevuto in allegato alla PEC non sia conforme a quello trasmesso. Nel caso in cui sia impiegata la posta elettronica certificata per l'invio di atti, in un'altra prospettiva, la difesa che intende contestare la conformità dell'atto ricevuto all'originale non può limitarsi ad una generica deduzione, ma deve proporre specifiche censure attinenti alla conformità e alla integrità degli atti trasmessi ed utilizzati dal Tribunale per la decisione. In altre parole, deve recarsi presso l'ufficio che ha trasmesso gli atti, deve chiedere copia degli stessi e deve provare che queste copie sono conformi a quelle inviate con mail certificata. In caso contrario, il sistema tecnico utilizzato offre ampia garanzia di affidabilità, non superabile sulla base di generiche contestazioni.

¹³⁸ Sez. 3, n. 51087 del 26/09/2017, Tudisca, Rv. 272065.

¹³⁹ Sez. 5, n. 54534 del 11/07/2018, Fazzalari, Rv. 274395.

Si segnala anche che, secondo un indirizzo giurisprudenziale, **la trasmissione cumulativa al Tribunale del Riesame di atti relativi a più indagati in formato digitale per mezzo della posta elettronica certificata, non indicizzati né distinti per singole posizioni, così da renderne difficoltosa la consultazione, non può essere equiparata alla mancata trasmissione prevista dall'art. 309, comma 5, cod. proc. pen., alla quale l'art. 309, comma 10, cod. proc. pen. collega la perdita di efficacia della misura cautelare, perché nessuna norma impone al pubblico ministero procedente di redigere indici degli atti, né di predisporre schede per ciascun indagato, comprensive dei soli atti investigativi ad essi riferiti**¹⁴⁰.

11.8. L'utilizzo "occasionale" della PEC per la comunicazione di atti tra uffici giudiziari permette di cogliere fino in fondo il valore dell'applicativo TIAP, su cui ci si soffermerà in un altro punto di questa relazione.

Con tale sistema, infatti, non si verifica più una trasmissione occasionale e spontaneo di atti tra uffici giudiziari, ma si è realizzato un sistema "istituzionalizzato" e accolto concordemente dalle parti del procedimento.

12. La Corte di Cassazione sull'applicativo Tiap-Document@

12.1. La Corte di cassazione, ormai con diverse sentenze, ha affermato la piena legittimità dell'utilizzo del sistema informatico T.I.A.P. per la comunicazione di atti tra gli uffici giudiziari, rilevando come tale strumento permetta di comunicare gli atti tra gli uffici giudiziari con notevole semplicità, rispondendo all'esigenza di rapidità che connota il processo penale soprattutto nella fase cautelare.

Come è noto, il T.I.A.P. (acronimo di Trattamento Informatico Atti Processuali), oggi **Tiap-Document@**, è un applicativo sviluppato dal **Ministero della Giustizia per la gestione informatica del fascicolo** che consente di aggiungere i contenuti nelle varie fasi del procedimento penale con atti, documenti e supporti multimediali¹⁴¹. Utilizzando questo applicativo si perviene alla digitalizzazione del fascicolo per mezzo della "scannerizzazione" dei documenti cartacei o dell'acquisizione di file digitali. Successivamente, si procede alla classificazione,

¹⁴⁰ Sez. 6, n. 28121 del 14/09/2020, A.M. Su questa sentenza sia consentito il rinvio a L. GIORDANO, *Trasmissione al Riesame di atti "non indicizzati" e relativi a più indagati: quali conseguenze sull'efficacia della misura cautelare?*, in www.ilprocessotelematico.it, 9 dicembre 2020.

¹⁴¹ Sul T.I.A.P., si veda a A. MADDALENA, *Il gestore documentale TIAP (PPT)*, in www.ilprocessotelematico.it, 28/05/2019, cit.; volendo, L. GIORDANO, *Il sistema documentale TIAP: esame delle questioni sorte a qualche anno dalla sua introduzione*, in www.ilprocessotelematico.it 4/01/2018, cit..

alla codifica e all'indicizzazione degli atti in modo da formare i fascicoli, con possibilità di ricerca, consultazione, esportazione e stampa dell'intero fascicolo oppure di singoli atti¹⁴².

Una circolare della Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati (DGSIA) del Ministero della Giustizia del 26/1/2016 ha individuato il T.I.A.P. come gestore documentale unico nazionale¹⁴³.

12.2. Sarebbe riduttivo definire il sistema informatico come un mero contenitore di atti processuali e documenti, trattandosi piuttosto di uno strumento che gestisce il fascicolo in tutte le fasi processuali. **Il gestore documentale T.I.A.P., infatti, è strutturato per seguire il flusso del procedimento penale.** Esso prevede che un determinato fascicolo possa essere individuato univocamente con i numeri assegnati allo stesso dalla Procura della Repubblica, dall'ufficio del giudice delle indagini preliminari e dal tribunale settore dibattimento.

In particolare, il T.I.A.P. consente nelle diverse fasi processuali la "creazione" di fascicoli informatici per realizzare la cd. *discovery*, con una cadenza che ricalca perfettamente la creazione dei fascicoli processuali cartacei¹⁴⁴.

Il T.I.A.P., inoltre, **"logga" tutti gli accessi**, in modo da permettere successivi accertamenti; **consente statistiche personali**; **è gestore di PEC**, facilitando il compimento di notifiche che sono originate direttamente a partire dai documenti presenti nel fascicolo, mentre gli esiti sono automaticamente ricollocati nello stesso in relazione agli atti a cui si riferiscono.

¹⁴² In alcune sedi giudiziarie il sistema è stato introdotto a partire dal 2010. Con ordine di servizio del Procuratore della Repubblica di Napoli n. 97 del 2010, ad esempio, è stata disposta la "scannerizzazione" degli atti di tutti i fascicoli relativi a reati di competenza collegiale nella fase della notifica dell'avviso di conclusioni delle indagini nonché della quasi totalità delle richieste di misure cautelari personali e reali. In data 2 ottobre 2012 è stato sottoscritto un protocollo d'intesa tra Procura della Repubblica di Napoli, Tribunale di Napoli, Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli e Camera penale di Napoli avente ad oggetto la regolamentazione del sistema T.I.A.P. A far data dal 10 febbraio 2013, la Procura della Repubblica di questa città trasmette normalmente in via informatica al Tribunale gli atti relativi alle procedure di riesame delle misure cautelari.

¹⁴³ È stata comunque garantito il recupero del patrimonio documentale acquisito con gli altri sistemi più o meno diffusi sul territorio nazionale (AURORA, DIGIT, SIDIP) di cui è stata prevista apposita "migrazione".

¹⁴⁴ Le modalità con le quali procedere alla *discovery* possono essere adattate alle esigenze degli uffici, così come può essere personalizzata la strutturazione del fascicolo al momento dell'inserimento degli atti e quella di visualizzazione in fase di successivo studio (ad esempio per documenti sparsi o raggruppati in faldoni). Il profilo dell'indicizzazione è centrale, in quanto mira a favorire lo studio degli atti del procedimento.

Il sistema, dunque, rappresenta una tappa importante nella direzione del fascicolo interamente digitale¹⁴⁵.

12.3. La Corte di cassazione si è occupata dell'applicativo in diverse pronunce, precisando che **la fonte normativa che legittima l'impiego del T.I.A.P. per la "comunicazione di atti" tra uffici giudiziari è rappresentata dall'art. 64, comma 3 e 4, disp. att. cod. proc. pen.**, che legittimano l'uso di "mezzi tecnici idonei"¹⁴⁶. A queste norme, però si aggiungono i **protocolli d'intesa** che sono stati stipulati tra le parti del processo penale, concordando l'uso dell'applicativo per la trasmissione degli atti e la loro consultazione da parte dei difensori¹⁴⁷.

L'art. 64, comma 4, disp. att. cod. proc. pen., invero, stabilendo che la comunicazione di atti tra gli uffici possa avvenire anche "*con mezzi tecnici idonei*", prescrive, tuttavia, che il funzionario di cancelleria del giudice che ha emesso l'atto debba attestare, in calce ad esso, di aver trasmesso il testo originale. Nel caso di utilizzo del sistema T.I.A.P., secondo quanto generalmente contenuto nei protocolli tra le parti, è convenuto solo che "*La Procura della Repubblica curerà che su ogni fascicolo inoltrato all'Ufficio GIP – relativamente al quale si sia proceduto all'inserimento in TIAP – sia apposto, da parte della segreteria del PM, idonea stampigliatura attestante l'avvenuto inserimento*"¹⁴⁸.

L'attestazione della conformità dell'atto all'originale, pertanto, si risolve nella mera indicazione dell'avvenuto inserimento degli atti in T.I.A.P., sottoscritta dal cancelliere. In buona sostanza si tratta di una sorta di affermazione di conformità

¹⁴⁵ Il T.I.A.P., tra l'altro, facilita le operazioni di accesso agli atti dei difensori. L'avvocato può verificare la presenza del fascicolo nel sistema accedendo ad un monitor d'informazione situato in una sala appositamente allestita per la consultazione del T.I.A.P. Effettuata con risultato positivo tale verifica, il difensore può presentare una richiesta di accesso con contestuale dichiarazione di aver ricevuto mandato dalla parte. Questa dichiarazione ha efficacia al solo fine di accedere al sistema per navigare nel fascicolo d'interesse. Valutata la ritualità della richiesta, il difensore riceve le credenziali di accesso per visualizzare il fascicolo digitalizzato; può, quindi, selezionare gli atti di cui intende chiedere copia; le credenziali rilasciate consentono l'accesso per una singola sessione di consultazione; l'addetto, quindi, procede al rilascio delle copie degli atti selezionati dal difensore (in formato cartaceo o elettronico, a seconda della richiesta), riscuotendo i diritti se dovuti.

¹⁴⁶ Sez. 3, n. 53986 del 25/06/2018, Caputo, Rv. 274427; Sez. 1, n. 14869 del 19/12/2016, dep. 2017, Guzzino.

¹⁴⁷ Per qualche riflessione sul rilievo dei protocolli stipulati nei diversi distretti giudiziari tra le parti del processo penale nel periodo emergenziale sia consentito il rinvio a L. GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Diritto penale e processo* 2020, 7, 920 e ss.

¹⁴⁸ Cfr., ad esempio, il Protocollo d'intesa stipulato a Napoli il 2 ottobre 2012 tra il Presidente della Camera Penale, il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ed il Presidente del Tribunale).

implicita nell'impiego di un sistema che è stato sviluppato dal Ministero della Giustizia e che, quindi, è reputato perfettamente idoneo alla trasmissione degli atti¹⁴⁹.

Il fondamento normativo del sistema realizzato è stato individuato anche nell'art. 22 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale. Tale norma prevede che la copia informatica di un atto – prodotta mediante processi e strumenti che assicurano che il documento informatico abbia contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto – presenta la stessa efficacia dell'atto cartaceo (Sez. 3, n. 27910 del 27/03/2019, Ciccarelli ed altri).

Da una parte, dunque, il cancelliere, con la dicitura “T.i.a.p.”, per implicito, attesta di avere inserito nell'applicativo proprio le scansioni degli atti cartacei (secondo quanto prescritto dall'art. 64, comma 4, disp. att. cod. proc. pen. e dai protocolli d'intesa), impiegando uno strumento tecnologico la cui idoneità è stata attestata dal ministero della Giustizia; dall'altro, una norma primaria prevede che le copie digitali hanno lo stesso valore degli originali.

L'art. 64, comma 4, disp. att. cod. proc. pen., quindi, è la fonte normativa di un sistema i cui pilastri ulteriori sono costituiti pure dal Codice dell'amministrazione digitale, dai protocolli d'intesa tra gli uffici giudiziari e le organizzazioni forensi (oltre che dai provvedimenti ministeriali che ne hanno permesso l'adozione agli uffici).

La Suprema Corte, peraltro, ha precisato che, in tema di fascicolo informatizzato contenuto nel sistema TIAP, **qualora le condizioni formali relative alle comunicazioni ai sensi dell'art. 64, commi 3 e 4, disp. att. cod. proc. pen. ovvero all'esatta osservanza delle indicazioni contenute nei protocolli d'intesa tra gli uffici giudiziari e gli ordini degli avvocati interessati non ricorrano** – come nel caso in cui manchi la prevista attestazione formale di corrispondenza tra il contenuto del fascicolo procedimentale cartaceo e quello del fascicolo informatizzato inserito nel sistema TIAP, indispensabile ad attestare la conformità del secondo al primo – **le parti non possono che far fede sul fascicolo processuale cartaceo e di quello devono tenere conto per le loro richieste**¹⁵⁰. In questa decisione, la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza che aveva rigettato l'eccezione

¹⁴⁹ Questa valutazione è esplicitamente contenuta in taluni protocolli tra le parti del procedimento penale. Ad esempio, in quello n. 1684 del 24/03/2016, stipulato tra la Procura della Repubblica di Napoli, il Tribunale di Napoli, il Consiglio dell'Ordine di Napoli e la Camera penale, relativo all'estensione del T.i.a.p., è espressamente convenuto che la dicitura T.i.a.p., sottoscritta dal cancelliere, assume “*valore di attestazione di conformità del fascicolo digitale a quello cartaceo*”.

¹⁵⁰ Sez. 5, n. 27315 del 7/3/2019, Padalino ed altri.

di inutilizzabilità, nel giudizio abbreviato, di un’informativa di polizia giudiziaria trasmessa al giudice con il fascicolo cartaceo, ma non menzionata nell’indice del fascicolo “TIAP”, compilato in assenza della prescritta attestazione del cancelliere di corrispondenza dei contenuti del fascicolo digitalizzato con quelli del fascicolo cartaceo¹⁵¹.

Più di recente, il medesimo principio è stato ribadito dalla Corte di cassazione (Sez. 2, n. 38053 del 05/10/2021) la quale, anzi, capovolgendo detto principio, ha anche affermato che, «in presenza della prescritta attestazione del cancelliere di corrispondenza dei contenuti del fascicolo digitalizzato, **solo analogha certificazione che attesti, invece, la mancata trasmissione di atti contenuti nel fascicolo cartaceo è idonea a vincere la presunzione di completezza del corredo indiziario trasmesso e di conoscenza che ne deriva**»¹⁵².

12.4. Una delle prime questioni che è stata posta al vaglio della Suprema Corte a seguito dell’utilizzo del sistema informatico T.I.A.P., invero, ha riguardato l’autenticità degli atti e la garanzia della loro immodificabilità posta in dubbio dalla prospettazione difensiva. Su tale premessa si è sostenuto che la trasmissione degli atti in formato digitale non basterebbe ad assolvere l’obbligo di deposito degli atti gravante sul pubblico ministero.

La Corte ha rigettato il ricorso, inteso invero a mettere in discussione la complessiva legittimità del sistema implementato dal Ministero della Giustizia, rilevando che, **in difetto di specifici rilievi, non sussiste alcuna ragione per ritenere che gli atti contenuti nel sistema T.I.A.P. abbiano una valenza inferiore, in termini di autenticità, rispetto a quelli cartacei**¹⁵³. In particolare, «l’architettura del sistema Tiap prevede la cifratura di tutti i documenti ed una procedura di archiviazione che non consente alcun collegamento tra il documento (criptato) ed i soggetti o il procedimento cui esso si riferisce». È prevista la cifratura di tutti i c.d. “metadati” (cioè i dati relativi ai procedimenti). «L’accesso al fascicolo e le singole operazioni effettuate (consultazione, ricerca, modifica) vengono registrate, permettendo così l’esatta tracciabilità di chiunque abbia operato sui sistemi

¹⁵¹ In questa sentenza la Corte ha tuttavia affermato che “*non si rinviene nell’attuale sistema processuale una espressa previsione relativa alla perfetta sostituibilità formale tra fascicolo informatizzato presente al TIAP e fascicolo cartaceo, formato in osservanza alle regole del codice di procedura penale ..., sicché è a quest’ultimo che deve farsi riferimento per il contenuto degli atti posti alla base del processo*”. Sulla sentenza si veda A. MADDALENA, *Quali sono le condizioni di validità della trasmissione degli atti tramite l’applicativo TIAP?*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 3/09/2019.

¹⁵² Sez. 5, n. 45459 del 17/10/2019, N.D.

¹⁵³ Sez. 1, n. 14869 del 19/12/2016, dep. 2017, Guzzino.

... Non risponde pertanto al vero ogni riferimento giornalistico ad una asserita accessibilità al sistema, sottratta alle politiche di sicurezza adottate ... Inoltre, non è consentito in alcun modo l'accesso al TIAP dall'esterno della rete giustizia»¹⁵⁴.

Gli atti contenuti nel sistema ministeriale T.I.A.P., pertanto, sono stati ritenuti pienamente conformi agli originali e, quindi, utilizzabili dal giudice per la decisione, anche del successivo giudizio abbreviato richiesto dall'imputato, perché fanno parte del corredo processuale, dovendo ritenersi conosciuti dalle parti (Sez. 3, n. 27910 del 27/03/2019, Ciccarelli ed altri, cit.)¹⁵⁵.

Anzi, è stato ritenuto abnorme in quanto estraneo al sistema processuale il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare disponga la restituzione al pubblico ministero della richiesta di rinvio a giudizio e del fascicolo processuale allegato, affinché provveda all'ordinata fascicolazione degli atti, perché conteneva un **indice degli atti formato mediante il sistema ministeriale di gestione documentale TIAP**, ma privi della numerazione in ogni pagina, in violazione del d.m. 30 settembre 1989, n. 334 (Sez. 6, n. 46139 del 29/10/2019, PMT C/ Fatih Soufiane, Rv. 277388 – 01)¹⁵⁶.

12.5. Secondo la Suprema Corte, in particolare, la trasmissione degli atti tra gli uffici giudiziari può essere effettuata per mezzo della loro trasposizione in formato digitale, purché la difesa sia posta in grado, in un tempo compatibile con i termini che le sono riconosciuti, di estrarre copia del supporto informatico ovvero di consultarne il contenuto¹⁵⁷.

La facoltà concessa alla difesa di consultare telematicamente gli atti presso l'Ufficio T.I.A.P., competente al rilascio copie, mediante visione nella postazione dei computer a disposizione dei difensori, secondo la giurisprudenza di legittimità, esclude senz'altro la violazione del diritto di difesa, non essendo impedita alcuna attività da espletarsi in relazione alla consultazione e al rilascio di copie degli atti¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Sez. 1, n. 14869 del 19/12/2016, dep. 2017, Guzzino, cit.

¹⁵⁵ Su questa sentenza si veda, volendo, L. GIORDANO, *Gli atti trasmessi con l'applicativo TIAP sono utilizzabili per la decisione del giudizio abbreviato*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 5 settembre 2019.

¹⁵⁶ La violazione delle prescrizioni da osservare nella formazione dei fascicoli processuali (nella specie la numerazione delle singole pagine e la predisposizione di un indice) non è causa di nullità degli atti (Sez. 3, n. 17195 del 25/03/2010, P.M. in proc. Qiu, Rv. 246986 – 01).

¹⁵⁷ Sez. 1, n. 20832 del 15/02/2017, Muscarella. Sul tema della tutela del diritto di difesa, volendo, si veda L. GIORDANO, *Il sistema documentale TIAP: esame delle questioni sorte a qualche anno dalla sua introduzione*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 4 gennaio 2018.

¹⁵⁸ Sez. 5, n. 55081 del 28/06/2016, Sciuto; Sez. 2, n. 54537 del 12/09/2017, Lo Conte; Sez. 3, n. 53986 del 25/06/2018, Caputo, secondo cui, in tema di appello cautelare, la possibilità conces-

In ogni caso, «dal punto di vista pratico, eventuali difficoltà che possono insorgere alle parti nella consultazione degli atti dovranno essere evitate o superate mediante le più opportune misure organizzative, affidate ai responsabili degli uffici, per consentire l'apertura della sala a ciò destinata anche nei giorni festivi o per orari più ampi», sul presupposto che «l'utilizzo di mezzi telematici per le comunicazioni di atti risponde all'esigenza di rapidità che connota la procedura di riesame in funzione dell'interesse de libertate della persona sottoposta a misura coercitiva»¹⁵⁹.

12.6. Nel caso in cui il fascicolo sia informatizzato, secondo la Suprema Corte, la data di trasmissione *ex art. 309, comma 5, cod. proc. pen.* è attestata dal cancelliere del Tribunale del riesame, che certifica il momento in cui il collegio può visualizzare gli atti¹⁶⁰.

In questi casi si apprezza chiaramente il vantaggio derivante dall'impiego del mezzo informatico, che non si risolve solo nella celerità dell'invio degli atti. Il sistema, infatti, registra ogni accesso e ogni operazione di modifica, siano esse aggiunte o eliminazioni di atti, oscuramenti o autorizzazioni alla visualizzazione. È agevole, in particolare, verificare il rispetto della data di trasmissione previsto a pena di inefficacia della misura cautelare. Colui che intendesse eccepire l'inefficacia della misura cautelare, pertanto, non potrebbe limitarsi a produrre, ad esempio, un indice relativo ad una certa data anteriore alla scadenza del termine da cui non risultasse la trasmissione di determinati atti, ma ha l'onere di richiedere una specifica attestazione che certifichi epoca ed orario di inserimento di determinati atti e soprattutto della possibilità per il collegio di visualizzarne il contenuto. «In difetto di prova siffatta ed a fronte della certificazione fide facente apposta dal cancelliere sulla data in cui gli atti risultano pervenuti ogni conclusione a smentita del contenuto relativo sarebbe sorretta da pura congettura»¹⁶¹.

sa alla difesa di consultare gli atti delle indagini digitalizzati nel sistema TIAP esclude qualsiasi violazione del diritto di difesa o del diritto al contraddittorio, non essendo impedito il tempestivo accesso a detti atti, né il rilascio di copia degli stessi.

¹⁵⁹ Sez. 1, n. 3272 del 19/12/2016, dep. 2017, Interbartolo.

¹⁶⁰ Sez. 1, n. 44424 del 29/4/2016, De Micco ed altro, non mass.; Sez. 1, n. 1262 del 20/12/2018, dep. 2019, Urso. Nel caso in cui il fascicolo sia stato digitalizzato in T.I.A.P., la trasmissione degli atti è notevolmente semplificata. Il pubblico ministero, infatti, trasmette gli atti al Tribunale del Riesame attivando la specifica funzione denominata "INVIA ATTI AL RIESAME". In tale ipotesi vengono trasmessi gli atti del "sotto-fascicolo virtuale" già trasmesso al Gip con l'aggiunta dell'ordinanza applicativa della misura cautelare e degli eventuali atti compiuti dal Gip. Sul tema, volendo, L. GIORDANO, *TIAP: quale è la data della trasmissione degli atti digitalizzati dal pubblico ministero al Tribunale del riesame?*, in www.ilprocessotelematico.it, 15/07/2019.

¹⁶¹ Sez. 1, n. 44424 del 29/4/2016, De Micco ed altro, cit.

È stato precisato, inoltre, che «la sanzione d'inefficacia della misura coercitiva opera nei soli casi in cui gli atti non siano stati trasmessi tempestivamente al Tribunale del riesame e non nel caso in cui la difesa non abbia avuto per altre ragioni possibilità di visualizzarne il contenuto integrale, attraverso l'applicativo TIAP»¹⁶².

La Corte di cassazione, d'altra parte, ha anche avuto modo di specificare che, nonostante l'utilizzo del sistema Tiap, **non è preclusa alle parti la possibilità di depositare atti anche nel corso dell'udienza camerale** dinanzi al Tribunale del riesame¹⁶³ e che **la trasmissione da parte del pubblico ministero al tribunale del riesame di atti d'indagine ulteriori rispetto a quelli trasmessi tramite Tiap** (nella specie, atti acquisiti dopo l'esecuzione della misura e non ancora inseriti nell'applicativo) **non incide sulla legittimità della misura coercitiva**, ove la stessa sia stata applicata nel pieno rispetto delle condizioni di legittimità¹⁶⁴.

12.7. In tema di impugnazione di provvedimenti cautelari, la Corte di cassazione, oltre a ribadire che la trasmissione degli atti dal pubblico ministero al tribunale del riesame può legittimamente avvenire mediante il sistema T.i.a.p., ha ritenuto che **«la circostanza che un atto, comunque menzionato nell'indice, non risultasse inserito e che altri atti trasmessi non risultassero visibili, non è equiparabile alla mancata trasmissione»**, causa di inefficacia della misura¹⁶⁵. La perdita di efficacia della misura, ai sensi dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen., non si verifica qualora **la copia di parte degli atti** già sottoposti al vaglio del giudice che ha emesso l'ordinanza applicativa **venga per errore trasmessa al tribunale del riesame in modo incompleto perché non “leggibile”**, ricolle-

¹⁶² Sez. 1, n. 44424 del 29/4/2016, De Micco ed altro, cit. In questa decisione, la Corte di Cassazione ha rilevato che «il disposto dell'art. 291 cod. proc. pen., comma 1, nella sua formulazione letterale, non consente di ritenere sussistente un obbligo del pubblico ministero di presentare, al giudice competente ad applicare la misura cautelare richiesta, tutti gli atti in suo possesso, imponendo viceversa di ritenere che il Pubblico Ministero sia pienamente legittimato a selezionare, con ampia discrezionalità sottratta a controllo, quelli tra detti atti che, a suo giudizio, vanno sottoposti alla decisione del giudice nelle distinte scansioni procedurali». Ne deriva che «la circostanza che il Pubblico Ministero abbia inteso, successivamente, trasmettere al Tribunale della libertà anche le dichiarazioni integrali, sia pur parziali, non realizza alcuna violazione di legge; al più, risulta aver offerto al giudice del controllo cautelare materiale di maggiore spessore, rispetto a quello che, eventualmente, l'organo inquirente era tenuto a rimettere, secondo il disposto dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen.»

¹⁶³ Sez. 5, n. 57783 del 23/10/2017, PM in proc. Gemellini.

¹⁶⁴ Sez. 6, n. 32064 del 15/05/2018, Glaoui.

¹⁶⁵ Sez. 2, n. 37780 del 5/10/2021, P.

gandosi tale inefficacia alla sola “mancata” trasmissione e non alla trasmissione “difettosa”. In questo caso, infatti, il tribunale, con provvedimento interlocutorio, può rinviare la decisione al fine di acquisire l’atto non reperito o non visibile, fermo il termine ultimo di dieci giorni entro i quali decidere, a far data dal primo invio di atti¹⁶⁶.

12.8. In tema di ricorso per cassazione, inoltre, è stato affermato che la mera indicazione del numero del file all’interno del T.I.A.P. non consenta di ritenere assolto l’onere del ricorrente di indicare specificamente gli atti sui quali si fonda l’eccezione di inutilizzabilità proposta e di allegare tali atti qualora non facciano parte del fascicolo trasmesso al giudice di legittimità¹⁶⁷. In questa decisione è stato ribadito che il motivo di ricorso con cui si lamenta l’inutilizzabilità del risultato delle intercettazioni eseguite può essere esaminato dalla Corte di cassazione solo a condizione che l’atto asseritamente inutilizzabile (o dal quale consegue l’inutilizzabilità della prova) sia specificamente indicato e faccia parte del fascicolo trasmesso al giudice di legittimità, atteso che – pur trattandosi di motivo di carattere processuale e, pertanto, pur essendo alla Corte consentito di esaminare il fascicolo del procedimento – l’applicazione di tale principio presuppone in concreto che da parte del ricorrente venga quantomeno indicato l’atto viziato e che esso sia contenuto nel fascicolo che è nella disponibilità della Corte¹⁶⁸.

12.9. I protocolli d’intesa stipulati negli uffici giudiziari prevedono, come si è visto, l’accesso agli atti da parte della difesa tramite l’applicativo T.I.A.P.

La Corte di cassazione, peraltro, ha affermato che **non può costituire causa di nullità l’accesso agli atti della convalida dell’arresto garantito al difensore attraverso la piattaforma digitale Teams** e, quindi, con modalità differenti da quelle previste nel protocollo interno adottato dall’ufficio giudiziario precedente¹⁶⁹.

Nella fattispecie, peraltro, il protocollo prevedeva la diretta trasmissione da parte del pubblico ministero precedente del fascicolo digitale al difensore. All’inizio dell’interrogatorio, tuttavia, il Gip ha dato atto che tutti gli atti presenti in Tiap-DOCUMENTA erano stati caricati su Teams. La Corte, pertanto, ha ritenuto

¹⁶⁶ In precedenza, lo stesso principio è stato espresso da Sez. 5, n. 39013 del 27/06/2018, Fazzalari, Rv. 273879.

¹⁶⁷ Sez. 6, n. 7020, del 29/09/202, dep. 2021.

¹⁶⁸ Sez. 2, n. 41142 del 19/09/2013, Rea, Rv. 257336; Sez. 6, n. 46070 del 21/07/2015, Alearo, Rv. 265535; Sez. 6, n. 18187 del 14/12/2017, dep. 2018, Nunziato, Rv. 273007.

¹⁶⁹ Sez. 6, n. 37670 del 21/09/2021.

che il fatto che fossero stati caricati su teams tutti gli atti, con il diritto di esaminare e prendere visione degli atti posti a base della richiesta di convalida dell'arresto del ricorrente, nel corso della stessa udienza di convalida, svoltasi in videoconferenza e con la partecipazione a distanza del difensore, che nulla aveva eccepito in ordine alla regolarità di tale procedura e circa il corretto funzionamento della predetta piattaforma telematica utilizzata per condividere l'accesso agli atti nel corso dello svolgimento dell'udienza¹⁷⁰.

13. La giurisprudenza della Corte sulla partecipazione a distanza all'udienza penale nel periodo emergenziale

13.1. Pare utile riportare in questa rassegna anche alcune decisioni in cui la Corte di cassazione ha affrontato questioni derivanti dalla partecipazione al processo penale a distanza, tramite l'applicativo Teams.

Nel periodo emergenziale, invero, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute o in stato di custodia cautelare deve essere assicurata, ove possibile, mediante videoconferenza o con collegamenti da remoto. **La mancata attivazione della videoconferenza e degli altri mezzi di collegamento da remoto è equiparabile all'omessa traduzione all'udienza del detenuto, perché ugualmente lesiva del diritto di partecipazione, determinando la nullità assoluta e insanabile del giudizio e della relativa sentenza**, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento¹⁷¹.

Nella fattispecie, la Corte ha rilevato che il ricorrente, ristretto in stato di detenzione, in data 20 maggio 2020 aveva avanzato richiesta di partecipazione a distanza all'udienza camerale fissata per la trattazione dell'appello a norma dell'art. 83, comma 12, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv., con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27. Dal verbale di tale udienza, però, non risultava che l'indagato fosse stato presente, seppur in videoconferenza.

Il difensore, presente all'udienza, inoltre, non aveva eccepito la mancata attivazione del collegamento con il sito remoto.

¹⁷⁰ La Corte di cassazione, peraltro, ha anche affermato che dalla generale previsione di cui al d.l. n. 137 del 2020, art. 23, comma 4, che stabilisce che la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone fermate o arrestate sia assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto, non farsi discendere le, conseguenze prospettato dalla difesa in ordine alla necessità che sia disposta la trasmissione e la condivisione degli atti per via telematica, essendo comunque garantita la possibilità di una consultazione di essi presso gli uffici (Sez. 1, n. 28186 del 13/05/2021).

¹⁷¹ Sez. 6, n. 2213 del 19/11/2020, dep. 2021.

Così ricostruito quanto avvenuto nel giudizio camerale, la Suprema Corte ha ritenuto fondato il ricorso, ravvisando la nullità dell'udienza e della successiva ordinanza decisoria.

Secondo la Corte, **la violazione del diritto dell'indagato di partecipare, sia pure a mezzo di videoconferenza, all'udienza camerale**, fissata nelle forme dell'art. 127 cod. proc. pen., **integra una nullità assoluta**, allorché la richiesta di presenziare, sia pervenuta in tempo utile per predisporre i necessari collegamenti audiovisivi, come avvenuto nel caso in esame, tenuto conto della sua presentazione nove giorni prima dell'udienza.

Anche in questa ipotesi, infatti, può trovare applicazione l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui **la mancata traduzione all'udienza camerale d'appello dell'indagato**, che si trovi detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale e che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire, **determina la nullità assoluta e insanabile del giudizio camerale e della relativa sentenza**, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento¹⁷².

13.2. L'avvocato assente all'udienza via Teams non può lamentare una violazione del diritto di difesa per un **generico malfunzionamento della piattaforma**. Va esclusa una lesione del diritto di difesa laddove il difensore non sia intervenuto all'udienza virtuale svoltasi tramite applicativo Teams, regolarmente funzionante come accertato dal giudice di merito; non è, infatti, sufficiente l'obiezione difensiva del cattivo funzionamento della piattaforma per integrare un impedimento "di fatto", mancando ulteriori elementi probatori a sostegno del suddetto malfunzionamento¹⁷³.

Nella fattispecie, dopo iniziali difficoltà di collegamento audio di cui vi era traccia nel verbale dell'udienza dinanzi al Tribunale di Sorveglianza, il sistema informatico aveva funzionato regolarmente. Il Tribunale ha dato atto del funzionamento regolare del sistema, tanto che gli altri difensori ne avevano fruito regolarmente, mentre uno di essi risultava non connesso. Del resto, il Tribunale ha spiegato che nell'interesse del ricorrente era stata depositata una memoria difensiva, con nomina di un difensore di ufficio che sostituiva quello di fiducia e che aveva assunto la difesa, con conseguente pieno rispetto del diritto di difesa.

Analogamente, la Corte ha ritenuto **inammissibile, per estrema genericità, la deduzione del difensore che aveva semplicemente affermato di non aver ricevuto il *link* per la partecipazione all'udienza tramite *Teams***¹⁷⁴.

¹⁷² cfr. Cass. sez. U. n. 35399 del 24/06/2010.

¹⁷³ Sez. 1, n. 31410 del 14/07/2021.

¹⁷⁴ Sez. 1, n. 35769 del 10/06/2021.

13.3. La Corte di cassazione ha ribadito che la nullità dell'interrogatorio di garanzia in sede di udienza di convalida dell'arresto non determina la nullità dell'ordinanza che dispone la misura della custodia cautelare, essendo quest'ultima un provvedimento distinto ed autonomo rispetto a quello di convalida, ma determina esclusivamente la necessità di compiere un valido interrogatorio nel termine previsto dall'art. 294 cod. proc. pen., a pena di inefficacia della misura¹⁷⁵.

La questione è molto delicata. Come esplicitato nel decreto di fissazione dell'udienza di convalida dell'arresto dell'indagato, nel prevedere la partecipazione da remoto delle parti, con interrogatorio assunto in aula virtuale Teams, prima dell'inizio dell'udienza, erano stati dati quindici minuti al difensore per poter conferire con il proprio assistito, con la precisazione che "*il sistema non garantisce, allo stato, la riservatezza della conversazione*".

È il caso di precisare che l'art. 83, comma 12, del d.l. n. 18 del 2020, che nel periodo emergenziale ha previsto la partecipazione a distanza dei detenuti, stabilisce che **le disposizioni dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 146-bis disp. att. cod. proc. pen. sono applicabili in quanto compatibili**¹⁷⁶. Questo inciso mira a garantire uno spazio di elasticità sulle formalità da adottare per tenere conto, per quanto è possibile, delle peculiarità del mezzo tecnico utilizzato. La norma, nello stesso tempo, impone il rispetto di un **nucleo essenziale di garanzie irrinunciabili**. Esse riguardano l'uso di modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in aula e nei luoghi collegati e la possibilità di udire quanto viene detto; l'utilizzo di una modalità che permetta, nei processi cumulativi, a ciascuno dei detenuti di vedere ed udire gli altri; la possibilità per il difensore di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato,

¹⁷⁵ Sez. 6 n. 29214 del 6/07/2021.

¹⁷⁶ L'art. 146-bis disp. att. cod. proc. pen., come è noto, prevede la partecipazione a distanza della persona che si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati negli artt. 51, comma 3-bis e 407, comma 2, lett. a), n. 4), cod. proc. pen., anche relativi a reati per i quali sia in libertà, sia come imputato, sia come testimone. A questi soggetti la stessa norma aggiunge la persona imputata ammessa a programmi o misure di protezione.

L'art. 147-bis, comma 2, disp. att. cod. proc. pen., inoltre, consente l'estensione di tale modalità di partecipazione al dibattimento all'esame della persona sottoposta a programma di protezione che debba essere ascoltata come imputata di reato connesso ed a quello degli agenti o degli ufficiali di polizia giudiziaria che abbiano operato sotto copertura.

Secondo l'art. 146-bis, comma 1-*quater*, cit., infine, **il giudice può disporre la partecipazione a distanza anche quando sussistano ragioni di sicurezza**, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento e **quando si deve assumere la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario**.

mentre, se presente nell'aula di udienza, di **consultarsi riservatamente con l'imputato collegato da remoto**.

13.4. In tema di convalida dell'arresto e giudizio direttissimo, nel caso in cui si proceda, in pendenza del periodo di emergenza da Covid-19, con modalità telematiche ai sensi dell'art. 83, commi 12 e 12-*bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e successive modificazioni, ai fini del rispetto del termine di cui all'art. 558, comma 4, cod. proc. pen. **la presentazione dell'arrestato all'udienza da remoto per la convalida e la contestuale celebrazione del giudizio deve ritenersi ritualmente effettuata da parte del Pubblico Ministero qualora questi, dopo aver trasmesso gli atti e formulato la richiesta di convalida, fornisca al giudice tutte le informazioni e le coordinate volte a consentire l'utile instaurazione dei collegamenti necessari all'apertura dell'udienza virtuale ed abbia tempestivamente messo l'arrestato a disposizione del giudice garantendo la presenza dello stesso nel prescelto ufficio di polizia giudiziaria attrezzato per la videoconferenza, essendo ininfluenza, a tal fine, che nel termine di quarantotto ore sia attivato il collegamento telematico con il giudice**¹⁷⁷.

14. La Corte di cassazione sul S.I.C.P. – Sistema Informativo della Cognizione Penale

La Corte di cassazione ha avuto l'occasione di soffermarsi sul valore delle iscrizioni al S.I.C.P. – **Sistema Informativo della Cognizione Penale**¹⁷⁸. Tale **registro informatico** – che costituisce l'evoluzione del precedente RE.GE. ed è in grado di gestire tutte le fasi del procedimento e del processo nei suoi diversi gradi di giudizio di merito e che è ormai attivo in tutti gli uffici giudiziari – **rapresenta «la banca informativa di tutti i dati fondamentali della fase di cognizione del processo penale»**, che assicura, ai vari attori dell'azione penale, la condivisione delle informazioni necessarie alle rispettive attività¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Sez. 6 n. 35699 del 09/07/2021; Sez. 1, n. 2330 del 10/11/2020, dep. 2021, Presti, Rv. 280230.

¹⁷⁸ Sez. 5, n. 40500 del 24/09/2019, PMT c/ Barletta Giuseppe, Rv. 277345 – 02. Su questa sentenza, si veda L. GIORDANO, *La Corte di Cassazione torna sul tema della funzione del S.I.C.P.*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 29 gennaio 2020; sui pregi e sui limiti rilevati nel sistema si veda la "Relazione sullo stato della giustizia penale telematica 2018" del Consiglio Superiore della Magistratura del 9/1/2019, in *www.ilprocessotelematico.it*, 14/01/2019, con nota L. GIORDANO, *Lo stato della giustizia penale telematica secondo il Consiglio Superiore della Magistratura*.

¹⁷⁹ Il S.I.C.P., in particolare, consente di gestire: 1) I registri della fase di cognizione del processo penale relativi al PM presso il Tribunale, al Tribunale (GIP/GUP e Dibattimento di primo grado), al Giudice di Pace, alla Procura Generale (registro visti e impugnazioni) e alla Corte di Appello; 2)

La Corte ha affermato che gli estratti dal S.I.C.P. sono idonei a provare, nel processo penale, il compimento di determinati atti in una certa data e, nel caso di specie, la data di iscrizione delle notizie di reato. Del resto, **dall'avvio in esercizio del S.I.C.P. non è più consentita la tenuta dei registri in forma cartacea.** Anzi, dalla normativa secondaria – ed in special modo dalla circolare del 2016, che contiene un'ampia illustrazione del quadro normativo primario di riferimento¹⁸⁰ – risulta la piena immedesimazione dei registri cartacei in quelli informatici.

La capacità probatoria si estende anche all'iscrizione delle notizie di reato, venendo ad assicurare le sottese esigenze di garanzia dei diritti delle parti private. Ai fini della previsione di cui all'art. 405 cod. proc. pen., pertanto, la decorrenza del termine delle indagini preliminari va calcolata dal momento della formale ed effettiva iscrizione nell'apposito registro *ex art. 335 cod. proc. pen.* delle generalità della persona alla quale il reato sia stato attribuito e non da quello in cui il pubblico ministero ha disposto l'iscrizione medesima. Gli estratti del S.I.C.P. sono idonei a dimostrare le relative iscrizioni¹⁸¹.

I registri delle misure cautelari personali e delle misure cautelari reali sia del giudice procedente che del Tribunale del Riesame; 3) I registri relativi alla gestione dei corpi di reato e dei depositi giudiziari; 4) La banca dati centrale delle misure cautelari; 5) Il portale delle notizie di reato, che consente l'annotazione preliminare sul SICIP da parte delle forze dell'ordine e che consentirà, già nel prossimo futuro, la trasmissione informatica delle CNR con l'immediato inserimento nel sistema documentale delle diverse Procure.

¹⁸⁰ Nella decisione sono illustrati i fondamenti normativi del sistema, a partire dal decreto ministeriale 27 marzo 2000, n. 264, Regolamento recante norme per la tenuta dei registri presso gli uffici giudiziari e correlate regole procedurali, adottate con d.m. 27 aprile 2009, e sono indicate le circolari che ne hanno disciplinato l'uso.

¹⁸¹ Cfr. Sez. 2, n. 12423 del 23/01/2020, P., Rv. 279337 – 01; sui limiti entro cui è configurabile il reato di falso con riferimento alle annotazioni al S.I.C.P., si veda Sez. 5, n. 45172 del 20/09/2019, Asoni, in *www.ilprocessotelematico.it* 18/02/2020, con nota V. BOVE, *Il falso nell'annotazione al SICP si configura solo se ne viene definito il contenuto attestativo.*

Le principali questioni sul processo telematico all'attenzione della giurisprudenza di merito, per l'intervento nomofilattico della Corte di cassazione

SOMMARIO: 1. Questioni “nuove” a) Le notifiche telematiche dell’avvocato e l’utilizzo dell’Indice dei domicili digitali della Pubblica Amministrazione e dei Gestori di Pubblici Servizi; a.1. Le notifiche telematiche ad istanza di parte alle pubbliche amministrazioni e il ruolo dell’IPA fino al 16.7.2020; a.2. Le novità introdotte dall’art. 28 del d.l. 76 del 16 Luglio 2020; a.3. I presupposti per l’“immediata applicazione” del co. 1-*ter* dell’art. 28; a.3.1. L’inps e l’IPA; a.4. Gli adempimenti del difensore; a.5. Difficoltà di coordinamento; b) Obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali nel periodo emergenziale – termini e estensione ai funzionari PA; b.1. Il regime di obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali nel periodo precedente all’emergenza covid-19; b.2. Le novità introdotte dalla normativa emergenziale; c) Improcedibilità appello in assenza di prova della notifica telematica. – 2. Questioni dubbie d) La procura alle liti ed attestazioni di conformità; d.1. La disciplina codicistica; d.2. Tipologie di procura *ex art.* 83 c.p.c.; d.3. La procura (digitale o digitalizzata): quando si considera “in calce”; d.4. La certificazione del difensore dell’autografia della parte; d.5. La firma digitale del difensore sulla procura digitalizzata nei depositi telematici ed il relativo valore di “autentica” della copia; d.6. Il problema dell’attestazione di conformità della copia informatica della procura rilasciata analogicamente in sede di notificazione *ex art.* 3-*bis*, l. 53/1994; e) In caso di avvicendamento nell’incarico difensivo tra diverse fasi o gradi di giudizio, chi può o deve attestare la conformità degli atti e dei provvedimenti estratti dal fascicolo della fase o del grado precedente. – 3. Questioni rilevanti dinanzi alla Corte Suprema di Cassazione a seguito dell’acquisito valore legale dei depositi telematici dal 31 Marzo 2021. – 3.1 La prova della notifica telematica in generale. – 3.2 La prova della notifica telematica del ricorso, del controricorso e del provvedimento impugnato nei giudizi civili innanzi alla Corte di Cassazione. – 4. Conclusioni e proposte g) Importanza della chiarezza nell’espressione degli interventi nomofilattici – semplificazione ed armonizzazione dei processi telematici

1. Questioni “nuove”

a) Le notifiche telematiche dell'avvocato e l'utilizzo dell'Indice dei domicili digitali della Pubblica Amministrazione e dei Gestori di Pubblici Servizi

a.1 Le notifiche telematiche ad istanza di parte alle pubbliche amministrazioni e il ruolo dell'IPA fino al 16.7.2020

L'art. 3-bis l. 53/1994 prevede che le notificazioni telematiche dell'avvocato possano essere eseguite esclusivamente utilizzando un indirizzo di posta elettronica certificata del notificante risultante “*da pubblici elenchi*”.

I pubblici elenchi sono individuati dall'art. 16-ter d.l. 179/2012, convertito nella legge 221/12. La norma prevedeva inizialmente che «*a decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 4 e 16, comma 12, del presente decreto; all'articolo 16 del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, dall'articolo 6-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della Giustizia*».

All'art. 16 del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, vigente in detto periodo, vi erano quindi menzionati due elenchi: al comma 6, il registro delle imprese; al comma 8, l'IndicePA (o IPA, altrimenti detto). Tuttavia, la legge 114/14 di conversione del d.l. 90/2014 vi ha apportato una relevantissima modifica, non richiamandosi più in essa l'intero art. 16 del d.l. 185/2008, ma solo il comma 6, escludendo quindi dal novero degli elenchi pubblici l'IndicePA (o IPA), che, pertanto, non è stato più idoneo a costituire fonte di reperimento degli indirizzi di posta certificata delle pubbliche amministrazioni per gli atti notificati a far data dal 19/8/2014.

L'art. 16 co. 12 d.l. 179/2012 stabiliva che le pubbliche amministrazioni avevano l'obbligo di comunicare i propri indirizzi PEC per la relativa iscrizione nel registro PPAA. entro la data del 30 Novembre 2014, osservando le modalità previste dall'art. 9-bis del Provvedimento del Direttore dei Servizi Informativi Automatizzati del Ministero della Giustizia. Tuttavia, sia per effetto dell'assenza di conseguenze ulteriori a quella prevista dall'art. 16, comma 6, d.l. 179/2012 (“deposito in cancelleria” delle notificazioni e comunicazioni di cancelleria), sia a causa di difficoltà tecniche connesse all'impossibilità di associare nella base di dati del registro in parola più di un indirizzo ad uno stesso codice fiscale (con correlata impossibilità di iscriverci le strutture territoriali di alcuni enti), il Registro PPAA. è rimasto a lungo poco popolato.

a.2 Le novità introdotte dall'art. 28 del d.l. 76 del 16 Luglio 2020

L'art. 28 del d.l. 76 del 16 Luglio 2020 è intervenuto al riguardo su due fronti.

Sono state anzitutto soppresse dall'art. 16, comma 12, cit. le parole “30 novembre 2014” ed è stata prevista la possibilità (comma 1 lett. “a”) per le pubbliche amministrazioni di «*comunicare altresì gli indirizzi di posta elettronica certificata di propri organi o articolazioni, anche territoriali, presso cui eseguire le comunicazioni o notificazioni per via telematica nel caso in cui sia stabilito presso questi l'obbligo di notifica degli atti introduttivi di giudizio in relazione a specifiche materie ovvero in caso di autonoma capacità o legittimazione processuale. Per il caso di costituzione in giudizio tramite propri dipendenti, le amministrazioni pubbliche possono altresì comunicare ulteriori indirizzi di posta elettronica certificata, riportati in una speciale sezione dello stesso elenco di cui al presente articolo e corrispondenti a specifiche aree organizzative omogenee, presso cui eleggono domicilio ai fini del giudizio*»¹.

La modifica va letta in relazione alla previsione di cui al comma 2, secondo cui «*...con provvedimento del responsabile dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia, da adottare nel termine di novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono dettate le specifiche tecniche per l'attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 16, comma 12, del decreto-legge n. 179 del 2012, come modificato dal presente articolo*». A seguito di tale previsione, il 17 Dicembre 2020, il Direttore Generale dei Servizi Informativi Automatizzati del Ministero della Giustizia ha pubblicato le specifiche tecniche per realizzare le notificazioni telematiche alle articolazioni e alle aree organizzative omogenee della

¹ Ciò in tardivo recepimento di quanto aveva suggerito il Consiglio di Stato nel parere reso il 4 Ottobre 2017, n. 1654/2017, sull'allora schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, concernente “modifiche e integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'art. 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, ove si legge: «...occorre prevedere una disposizione che consenta a ciascuna pubblica amministrazione, in un regime controllato ma secondo il principio di responsabilità, di indicare anche eventualmente più di un indirizzo di posta elettronica certificata, quale corrispondente domicilio digitale, e ciò sia nel caso in cui, in base alla normativa vigente, singoli organi o articolazioni territoriali abbiano una autonoma capacità o legittimazione processuale, o comunque sia prevista la notifica degli atti processuali presso di essi, sia nel caso in cui le pubbliche amministrazioni stiano in giudizio tramite propri dipendenti (nel caso di costituzione tramite avvocati interni, iscritti nel loro registro speciale, valgono invece le ordinarie regole di domiciliatura presso il difensore, con la conseguenza che viene meno l'utilizzo di tale registro)».

Pubblica Amministrazione². Nel concreto, quindi, la piattaforma tecnica per l'iscrizione degli enti caratterizzati da articolazioni sul territorio è pronta, mancando allo stato la "messa in produzione" che risulta programmata per una "data da definire".

L'art. 28, comma 1 lett. b), ha inoltre novellato l'art. 16, comma 13, del d.l. 179/2012. Mentre è rimasta immutata la disciplina relativa alle notificazioni e comunicazioni di cancelleria (*«In caso di mancata comunicazione ai sensi del comma 12, le comunicazioni e notificazioni a cura della cancelleria si effettuano ai sensi dei commi 6 e 8»* n. d.e. dell'art. 16, comma 12, d.l. 179/2012) è stata modificata radicalmente quella relativa alle notificazioni ad istanza di parte: *«le notificazioni ad istanza di parte si effettuano ai sensi dell'articolo 16-ter, comma 1-ter»*.

Il cuore della novità normativa risiede proprio nell'art. 16-ter, comma 1-ter, del d.l. 179/2012, introdotto dalla norma d'urgenza qui in esame: *«Fermo restando quanto previsto dal regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, in materia di rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato, in caso di mancata indicazione nell'elenco di cui all'articolo 16, comma 12, la notificazione alle pubbliche amministrazioni degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale è validamente effettuata, a tutti gli effetti, al domicilio digitale indicato nell'elenco previsto dall'articolo 6-ter del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e, ove nel predetto elenco risultino indicati, per la stessa amministrazione pubblica, più domicilia digitali, la notificazione è effettuata presso l'indirizzo di*

² "DGSIA – Modifiche deposito telematico e consultazioni Dicembre 2020 – versione 4 del 17/12/2020 – Revisione Registro PPAA a seguito dell'art. 28 del Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76 (ATTENZIONE: QUESTA MODIFICA SARÀ MESSA IN PRODUZIONE IN DATA DA DEFINIRE). L'art. 28 del Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76, introduce per le amministrazioni pubbliche la possibilità di comunicare altresì gli indirizzi di posta elettronica certificata di propri organi o articolazioni, anche territoriali, presso cui eseguire le comunicazioni o notificazioni per via telematica nel caso in cui sia stabilito presso questi l'obbligo di notifica degli atti introduttivi di giudizio in relazione a specifiche materie ovvero in caso di autonoma capacità o legittimazione processuale. Per il caso di costituzione in giudizio tramite propri dipendenti, le pubbliche amministrazioni possono altresì comunicare ulteriori indirizzi di PEC, riportati in una "speciale" sezione dello stesso elenco, corrispondenti ad aree organizzative omogenee, presso cui eleggono domicilio ai fini del giudizio. Pertanto, per realizzare le notificazioni telematiche alle articolazioni e alle aree organizzative omogenee della Pubblica Amministrazione "centrale" viene introdotto un ulteriore identificativo, il codice univoco, di 11 caratteri che si affianca al codice fiscale dell'Amministrazione "centrale" per individuare le articolazioni. Quindi ogni articolazione dovrà essere individuata dalla coppia composta da: Codice fiscale. Codice univoco Modifiche al deposito telematico (ATTENZIONE: QUESTA MODIFICA SARÀ MESSA IN PRODUZIONE IN DATA DA DEFINIRE) Per identificare un organo di una Pubblica Amministrazione, è stato modificato l'XSD tipi-anagrafiche.xsd introducendo il nuovo elemento CodiceUnivocoPA come nella figura seguente. La modifica si propaga in tutti gli atti che lo utilizzano per gestire la parte dei procedimenti."

posta elettronica certificata primario indicato, secondo le previsioni delle Linee guida di AgID, nella sezione ente dell'amministrazione pubblica destinataria. Nel caso in cui sussista l'obbligo di notifica degli atti introduttivi di giudizio in relazione a specifiche materie presso organi o articolazioni, anche territoriali, delle pubbliche amministrazioni, la notificazione può essere eseguita all'indirizzo di posta elettronica certificata espressamente indicato nell'elenco di cui all'articolo 6-ter del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, per detti organi o articolazioni».

In altri termini, in caso di mancata indicazione dell'indirizzo pec dell'ente nel Registro PPAA, la notificazione ad istanza di parte alle pubbliche amministrazioni è validamente effettuata al domicilio digitale indicato nell'“*Indice dei Domicili Digitali delle Pubbliche Amministrazioni e dei Gestori di pubblici servizi*” (previsto dall'art. 6-ter del Codice dell'Amministrazione Digitale).

È da segnalare, inoltre, che la disposizione transitoria, contenuta nella prima parte del comma 2, ne dispone l'“*immediata applicazione*”, sicché, sin dal 17.7.2020 (data di entrata in vigore del d.l. 76/2020), gli avvocati possono utilizzare l'indirizzario contenuto nel nuovo IPA, risolvendo così gli annosi problemi connessi alla concreta impossibilità di notificare gli atti processuali a enti pubblici il cui domicilio digitale non è stato inserito nel Registro PPAA. (e non rientranti tra quelli dall'Avvocatura dello Stato, i cui domicilia digitali sono invece inseriti da tempo nel Registro PPAA. – v. par. 3.1).

a.3 I presupposti per l'“immediata applicazione” del co. 1-ter dell'art. 16-ter

La possibilità di concreta immediata applicazione presuppone la mancata indicazione dell'indirizzo pec dell'ente nel Registro PPAA.

Occorre quindi che l'avvocato che intenda avvalersi dell'indirizzario contenuto nel nuovo IPA verifichi preliminarmente tale circostanza, prospettandosi utile che ne dia anche contezza nell'ambito della relazione di notificazione (v. par. A.4).

Ulteriore condizione è che la notifica sia effettuata all'indirizzo pec “primario” nel caso in cui nell'elenco siano inseriti più domicilia digitali per la stessa amministrazione.

Il novellato art. 16-ter co.1-ter ha previsto che l'indirizzo di posta elettronica certificata primario sia indicato dalle amministrazioni in base ai criteri dettati dalle Linee guida di AgID.

Le “*Linee guida dell'indice dei domicilia digitali delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi*” emanate dall'AgID il 27.2.2019 prevedono: a) al punto 3.1.1 (Sezione Ente), la necessaria indicazione dell'“*Indirizzo di PEC primario dell'Ente o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato di cui all'art. 1, comma 1-ter del CAD*”; b) al punto 3.1.2 (Sezione AOO) la neces-

saria indicazione del “*Domicilio digitale di cui al paragrafo 3.2*”; c) al punto 3.2 (Elezione del domicilio digitale) che “*per ogni AOO deve essere eletto almeno un domicilio digitale che è distinto da qualsiasi altro domicilio digitale associato a qualsiasi altra AOO presente in IPA*”.

Se dunque nella “Sezione Ente” (contenente le informazioni obbligatorie che identificano l'Ente – Amministrazione centrale) la pubblica amministrazione può indicare solo un indirizzo pec, non essendo prevista la possibilità di indicare una pluralità di indirizzi, per le AOO (Aree Organizzative Omogenee), sarà invece possibile che l'amministrazione indichi più indirizzi pec. In tal caso, tuttavia, l'art. 16-ter co.1-ter non prevede espressamente la necessità dell'indicazione di un indirizzo primario: la norma fa esclusivo riferimento all'indirizzo primario indicato nella “sezione ente”, senza alcuna analoga prescrizione relativa alle AOO, limitandosi ad affermare che la notifica destinata a organi o articolazioni, anche territoriali, può essere eseguita al relativo indirizzo pec inserito nel nuovo IPA (“*Nel caso in cui sussista l'obbligo di notifica degli atti introduttivi di giudizio in relazione a specifiche materie presso organi o articolazioni, anche territoriali, delle pubbliche amministrazioni, la notificazione può essere eseguita all'indirizzo di posta elettronica certificata espressamente indicato nell'elenco di cui all'articolo 6-ter del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, per detti organi o articolazioni*”).

Attualmente, pertanto, nel caso in cui siano indicati più indirizzi di posta elettronica certificata per organi o articolazioni della P.A. e non sia precisato quale, tra questi, sia quello primario, si pongono problemi in merito alla validità della notificazione ad istanza di parte e alla possibilità di immediata applicazione concreta del co. 1-ter.

a.3.1.1. L'inps e l'IPA

La questione si è posta, in particolare, riguardo all'INPS, ente non inserito nel registro PP.AA. (e non rientrante nel novero degli enti pubblici difesi dall'Avvocatura dello Stato, i cui domicili digitali sono invece inseriti da tempo nel Registro PP.AA.), nei casi in cui sussista l'obbligo di notifica degli atti introduttivi del giudizio anche presso le competenti articolazioni territoriali.

Dalla consultazione dell'IPA risultava infatti che ad alcune articolazioni territoriali (es. la Direzione Provinciale di Roma) corrispondeva più di un domicilio digitale senza altra specificazione; la carente indicazione di criteri per l'individuazione dell'indirizzo primario è stata ritenuta motivo di invalidità della notificazione fatta utilizzando uno degli indirizzi pec indicati³.

³ V., tra gli altri provv., ord. Trib. Roma 9.10.2020, giudice. Bracci.

L'Inps ha peraltro sostenuto – nel “*Messaggio Inps Hermes n. 3075-2020*” del 7.8.2020 – che il ricorso all'IPA sarebbe condizionato all'omessa comunicazione al Ministero della Giustizia degli indirizzi pec per l'inserimento nel registro PP.AA., evidenziando che tale onere era stato invece adempiuto dall'INPS, che aveva già comunicato al Ministero tali indirizzi (non inseriti nel registro PA per carenza attuazione delle nuove specifiche tecniche da parte di DGSIA). L'interpretazione fornita dall'Ente non sembra tuttavia condivisibile. Secondo l'art. 16-ter, comma 1-ter, la notificazione alle PP.AA. è validamente effettuata al domicilio digitale indicato nell'IPA “*in caso di mancata indicazione nell'elenco di cui all'articolo 16, comma 12, 7 marzo 2005, n. 82*”; è quindi il dato oggettivo della carenza indicazione del domicilio digitale nel Registro PP.AA. che fa scattare la possibilità di ricorrere all'IPA. Non possono ritenersi rilevanti i passaggi interni e gli adempimenti effettuati dall'amministrazione a tal fine, ma solo il risultato (e il risultato, ad oggi, è che il domicilio digitale dell'INPS non risulta indicato nel Registro PP.AA.)⁴.

D'altronde, il legislatore non avrebbe potuto legittimare il ricorso ad un elenco piuttosto che all'altro sulla base di dati interni (relativi alle procedure neces-

⁴ Va sottolineato che l'indicazione nel Registro PP.AA. si attua mediante un procedimento espressamente disciplinato dall'art. 9-bis del Provvedimento DGSIA del 16/4/2014, che coinvolge in prima persona, previa abilitazione, il funzionario dell'ente incaricato di inserire o modificare gli indirizzi di PEC, che procede a detto inserimento. Si riporta il testo dell'art. 9-bis del Provvedimento DGSIA del 16 Aprile 2014: «La pubblica amministrazione che deve comunicare il proprio indirizzo di posta elettronica certificata per la ricezione delle comunicazioni e notificazioni, ai sensi dell'articolo 16, comma 12, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, procede inserendo tale indirizzo sul portale dei servizi telematici. 2. Ai fini di cui al comma precedente, la pubblica amministrazione invia all'indirizzo di posta elettronica certificata del responsabile per i sistemi informativi automatizzati (prot.dgsia.dog@giustiziacert.it) un documento contenente le seguenti informazioni: a) descrizione e codice fiscale della pubblica amministrazione; b) nominativo, codice fiscale e recapiti del soggetto incaricato di inserire o modificare gli indirizzi di PEC della pubblica amministrazione sul portale dei servizi telematici; 3. Il soggetto incaricato di cui al comma precedente accede ad un'apposita area riservata del portale dei servizi telematici, previa identificazione informatica, secondo le specifiche di cui all'articolo 6, e inserisce o modifica: a) l'indirizzo di PEC della pubblica amministrazione; b) il nominativo, il codice fiscale e l'indirizzo di PEC di eventuali dipendenti tramite i quali la pubblica amministrazione sta in giudizio personalmente; tali soggetti alimentano il Registro Generale degli Indirizzi Elettronici. 4. L'elenco degli indirizzi di PEC delle pubbliche amministrazioni è consultabile dagli uffici giudiziari e dagli uffici NEP attraverso i sistemi informatici a disposizione dei soggetti abilitati interni. 5. L'elenco degli indirizzi di PEC di cui al comma 3, lettera a, è consultabile dagli avvocati tramite il proprio punto di accesso o tramite il portale dei servizi telematici (area riservata), su connessioni sicure (SSL v3), attraverso un apposito web service, che verifica la presenza dell'avvocato sul Registro; i relativi WSDL sono pubblicati nell'area pubblica del portale dei servizi telematici.

sarie all'inserimento del domicilio nel registro PP.AA.), che non possono essere conosciuti dai soggetti esterni e sui quali non può gravare l'onere di indagare al riguardo. In altri termini, non sembra possano avere rilievo adempimenti e responsabilità dell'amministrazione che non ha comunicato, o del ministero che non ha inserito, ma del solo dato – oggettivo e verificabile da parte degli utenti – relativo all'inserimento nel Registro PP.AA.

Va comunque evidenziato che, a seguito di un aggiornamento dell'interfaccia del sito (in data 1.4.2021), dalla consultazione del nuovo IPA risulta non solo univocamente indicato l'indirizzo pec primario della “sezione ente” dell'INPS, ma anche un unico indirizzo pec per ciascuna AOO territoriale (come di seguito illustrato, proprio con riferimento al citato esempio della Direzione Provinciale di Roma).



Figura 1: cliccando su AOO (freccia di colore rosso), si accede alla scheda dell'area organizzativa omogenea. Cliccando invece sull'icona che rappresenta un fabbricato (freccia di colore nero) si accede alla scheda dell'Ente ed al relativo indirizzo primario

a.4. Gli adempimenti del difensore

In merito agli adempimenti del difensore che intenda notificare avvalendosi dell'indirizzo pec contenuto nel nuovo IPA, si ritiene utile che, nell'ambito della relazione di notificazione, egli attesti la mancata indicazione dell'indirizzo pec dell'ente nel Registro PP.AA. e, nel caso in cui nel nuovo IP siano indicati più domicilia digitali per la stessa amministrazione, che sia stato utilizzato dell'indirizzo primario; ciò, al fine di rendere subito evidente la correttezza della procedura seguita alle altre parti processuali e al giudice, cui incombe l'onere di verificare la ritualità della notifica.

Qualora l'attestazione non vi sia, taluni reputano sufficiente che la dichiarazione sia effettuata dal difensore in via successiva (nel corso della prima udienza di discussione, oppure, quando tale udienza non vi sia, come nel caso delle istanze di esecutorietà dei decreti ingiuntivi, a seguito di richiesta di chiarimenti del giudice); altri ritengono che in tal caso la notificazione non possa ritenersi rituale e che occorra quindi disporre la rinnovazione, anche considerando che il difensore assume la qualità di pubblico ufficiale solo nell'ambito delle dichiarazioni fatte nel contesto della relazione di notificazione, assumendosi la responsabilità di eventuali attestazioni inesatte o incomplete.

L'attestazione successiva potrebbe comunque considerarsi sufficiente nel caso in cui sia possibile la verifica da parte del giudice sulla base di documentazione eventualmente fornita dalla parte o di elementi presenti nel fascicolo processuale. Va peraltro rilevato che la dichiarazione del difensore è certamente preziosa al fine dell'immediato riscontro della correttezza del suo operato, ma non costituisce elemento necessario della relazione di notifica telematica (non rientrando tra i dati che devono essere in essa inseriti *ex art. 3-bis l. 53/1994*), sicchè non sembra possa affermarsi l'invalidità della notifica nel caso di carente attestazione: l'avvocato deve indicare l'indirizzo pec a cui l'atto viene notificato e l'elenco da cui l'indirizzo è stato estratto, ma non si rinviene alcuna norma che imponga espressamente anche l'attestazione del mancato inserimento nel Registro P.A. e del carattere primario di tale indirizzo.

a.5 Difficoltà di coordinamento

Va infine segnalato che la novella evidenzia alcune difficoltà di coordinamento. L'art. 66 del d.lgs. 217/2017 aveva previsto la *«confluenza dell'elenco di cui all'articolo 16, comma 12, del decreto-legge n. 179 del 2012 in una sezione speciale dell'elenco di cui all'articolo 6-ter del decreto legislativo n. 82 del 2005, consultabile esclusivamente dagli uffici giudiziari, dagli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti e dagli avvocati»*, stabilendo altresì che sarebbero ivi state *«stabilite le modalità con le quali le pubbliche amministrazioni che non risultino già iscritte nell'elenco di cui all'articolo 16, comma 12, del decreto-legge n. 179 del 2012, comunicano l'indirizzo di posta elettronica certificata da inserire nella sezione speciale di cui al presente comma»*. Corollario di tale previsione è che la gestione del Registro PPAA. dovrebbe passare dal Ministero della Giustizia all'Agid (responsabile per il nuovo IPA, previsto dall'art. 6-ter del CAD), laddove, invece, il comma 2 dell'art. 28 ha ribadito la potestà regolamentare in materia di Registro PPAA. in capo al Ministero e, in particolare, alla DGSIA. Obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali nel periodo emergenziale – termini e estensione ai funzionari PA.

b) Obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali nel periodo emergenziale – termini e estensione ai funzionari PA

b.1 Il regime di obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali nel periodo precedente all'emergenza covid-19

Dal 30 giugno 2014 è stato introdotto progressivamente il regime di obbligatorietà del deposito telematico degli atti e dei documenti per il procedimento monitorio e per gli altri procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giuri-

sdizione, da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite (cd. atti "endoprocessuali"), inizialmente previsto solo per i tribunali e ampliato dal 30 giugno 2015 anche ai procedimenti innanzi alla Corte d'Appello.

La disciplina in materia è dettata dall'art. 16-bis d.l. 179/2012.

In particolare, per gli atti "endoprocessuali", il comma 1 prevede che *"1. Salvo quanto previsto dal comma 5, a decorrere dal 30 giugno 2014 nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, innanzi al tribunale, il deposito degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite ha luogo esclusivamente con modalità telematiche, nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. Allo stesso modo si procede per il deposito degli atti e dei documenti da parte dei soggetti nominati o delegati dall'autorità giudiziaria. Le parti provvedono, con le modalità di cui al presente comma, a depositare gli atti e i documenti provenienti dai soggetti da esse nominati. Per difensori non si intendono i dipendenti di cui si avvalgono le pubbliche amministrazioni per stare in giudizio personalmente. In ogni caso, i medesimi dipendenti possono depositare, con le modalità previste dal presente comma, gli atti e i documenti di cui al medesimo comma.*

Da tale regime sono stati comunque esclusi i dipendenti che difendono le PP.AA., in quanto non rientranti nella nozione di difensori di cui all'art. 16-bis, co. 1, d.l. n. 179/2012 (*"Per difensori non si intendono i dipendenti di cui si avvalgono le pubbliche amministrazioni per stare in giudizio personalmente"*); i dipendenti hanno quindi la facoltà ma non l'obbligo del deposito telematico degli atti e documenti relativi al procedimento monitorio e di quelli endoprocessuali.

Gli atti introduttivi dei giudizi civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione diversi da quello monitorio non sono stati invece compresi nel campo dell'obbligatorietà del deposito telematico: sia i difensori che dipendenti che difendono le PP.AA. hanno la possibilità – e non il dovere – di depositare telematicamente tali atti.

La disciplina è dettata dal comma 1-bis dello stesso art. 16-bis: *"Nell'ambito dei procedimenti civili, contenziosi e di volontaria giurisdizione innanzi ai tribunali e, a decorrere dal 30 giugno 2015, innanzi alle corti di appello è sempre ammesso il deposito telematico di ogni atto diverso da quelli previsti dal comma 1 e dei documenti che si offrono in comunicazione, da parte del difensore o del dipendente di cui si avvale la pubblica amministrazione per stare in giudizio personalmente, con le modalità previste dalla normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. In tal caso il deposito si perfeziona esclusivamente con tali modalità."*

Come accennato, per il procedimento monitorio è stato affermato il generale obbligo di deposito di tutti gli atti, anche introduttivi (il comma 4

dell'art. 16-bis ha prescritto inoltre che “*A decorrere dal 30 giugno 2014, per il procedimento davanti al tribunale di cui al libro IV, titolo I, capo I del codice di procedura civile, escluso il giudizio di opposizione, il deposito dei provvedimenti, degli atti di parte e dei documenti ha luogo esclusivamente con modalità telematiche...*”).

Per gli atti dei magistrati, l'obbligo è stato limitato agli atti del procedimento monitorio (art. 16-bis, co. 4, d.l. 179/2012), restando comunque facoltativo per tutti gli altri atti.

Questa la situazione, fino all'emanazione della normativa emergenziale.

b.2 Le novità introdotte dalla normativa emergenziale

Il d.l. 8 marzo 2020 n. 11 ha introdotto l'obbligo di deposito telematico di tutti gli atti dei difensori, compresi quelli introduttivi, dal 9.3.2020; con i successivi d.l. 17 marzo 2020, n. 18 art. 83 (conv. in l. 24.4.2020, n. 27) e d.l. 30 aprile 2020 n. 28 l'obbligo è stato prorogato fino al 31 maggio 2020.

La l. 25 giugno 2020, n. 70, di conversione del d.l. n. 28/2020 ha aggiunto il comma 11.1 all'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, che ha previsto l'obbligo di deposito anche per gli atti del magistrato dal 9 marzo al 31 luglio e, al contempo, ha anticipato al 30 giugno 2020 il termine finale delle altre misure, fatti salvi gli effetti già prodotti.

L. 17 luglio 2020, n. 77, di conversione del d.l.19.5.2020, n. 34, art. 221, in vigore dal 19 luglio 2020, ha ripristinato l'obbligo per gli avvocati fino al 31 ottobre 2020.

Il d.l. 7.10.2020 n. 125 ha prorogato l'obbligo fino al 31.12.2020.

Il d.l. 28.10.2020, n. 137 art. 23 ha richiamato l'art. 221 del d.l. 34/2020. Il d.l. 14.1.2021, attraverso il richiamo al termine inserito nel d.l. 25.3.2020, n. 19 (già richiamato dal d.l. 137/2020 attraverso il riferimento all'art. 221 del d.l. 34/2020) ha prorogato il termine al 30.4.2021.

Il d.l. 1.4.2021 n. 44 (art. 6) ha ulteriormente prorogato il termine al 31 luglio 2021⁵.

Si rileva conclusivamente che:

- a) è stato stabilito l'obbligo del deposito telematico anche degli atti introduttivi: l'art. 221 prevede testualmente che, “*negli uffici che hanno la disponibilità del servizio di deposito telematico*”, “*anche gli atti e documenti di cui all'articolo 16-bis, comma 1-bis*” ossia gli atti introduttivi, *sono depositati esclusivamente con le modalità previste dal comma 1 del medesimo articolo*”, ossia tramite il deposito telematico già prescritto per gli atti “endoprocessuali” dal comma 1;

⁵ Si ricorda che la l. 15/2022 di «conversione, con modificazioni, del d.l. 228/2021 recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi» ha ulteriormente prorogato il termine sino al 31/12/2022.

- b) tale obbligo – previsto dal 9 marzo al 30 giugno e dal 19 luglio al 31 ottobre, oggi prorogato al 31 luglio 2021 – non sembra sussistente dal 1 luglio al 18 luglio 2020, in carenza di norme che abbiano tempestivamente prorogato il termine del 30 giugno (previsto dalla l. 25 giugno 2020, n. 70). Solo con la legge 17 luglio 2020, n. 77, di conversione del d.l.19.5.2020, n. 34, in vigore dal 19 luglio 2020, è stato infatti di nuovo previsto l'obbligo di deposito per gli avvocati fino al 31 ottobre 2020 (più volte prorogato fino al 31.7.2021).
- c) l'obbligo di deposito telematico di tutti gli atti sembra esteso ai dipendenti che difendono la P.A.. L'obbligo appare infatti prescritto in via generale, senza alcuna eccezione. Non risulta richiamata dalla normativa emergenziale la distinzione contenuta nell'art. 16-bis, comma 1, che, come indicato, nel prescrivere l'obbligo del deposito telematico degli atti endoprocessuali, escludeva espressamente da tale obbligo i dipendenti di cui si avvalgono le amministrazioni per stare in giudizio personalmente. Il riferimento alle “*modalità previste dal comma 1 del medesimo articolo*” appare limitato, appunto, alle “modalità” di deposito, e non esteso anche alla menzionata distinzione. Del resto, l'esclusione dell'obbligo per i dipendenti creerebbe un contrasto con la *ratio* complessiva della previsione, volta a limitare l'accesso delle parti private agli uffici giudiziari e a rendere possibile la visualizzazione degli atti e documenti contenuti nel fascicolo processuale a tutte le parti e al giudice tramite l'accesso virtuale al detto fascicolo. Va tuttavia evidenziato che l'assenza di modifiche del comma 1 (relativo al deposito degli atti endoprocessuali) determina problemi di coordinamento, perchè in base a tale norma i dipendenti sembrerebbero ancora esclusi dall'obbligo di depositare gli atti endoprocessuali. Inoltre, il comma 1 afferma che “*Per difensori non si intendono i dipendenti di cui si avvalgono le pubbliche amministrazioni per stare in giudizio personalmente*”, così indicando un criterio soggettivo di esclusione, che sembrerebbe prescindere dalla tipologia di atti (endoprocessuale o introduttivi);
- d) l'obbligo di deposito per gli atti del magistrato, previsto dalla l. 25 giugno 2020, n. 70 dal 9 marzo al 31 luglio, non risulta oggetto di proroga.

Si prospetta così la possibilità di problemi interpretativi connessi alle questioni esposte e, in particolare, oltre che alla lacuna temporale 1 – 18 luglio 2020 per gli atti degli avvocati e alla mancata proroga dell'obbligo per gli atti dei magistrati, anche per l'applicazione delle nuove norme ai dipendenti che difendono la pubblica amministrazione.

c) Improcedibilità appello in assenza di prova della notifica telematica⁶

Alcune recenti pronunce della Corte d'Appello di Napoli hanno materializzato agli occhi dei malcapitati avvocati uno dei più tremendi incubi: una grave sanzione processuale (nella specie, la declaratoria di improcedibilità del gravame) come conseguenza dell'inosservanza di forme proprie del processo civile telematico.

Detto in estrema sintesi, la Corte partenopea fa il seguente ragionamento:

- a) la notifica telematica del gravame impone, ai sensi dell'art. 9-*bis*, comma 1-*bis*, della l. 53/1994 il deposito in modalità telematica delle ricevute di accettazione e di quella (o di quelle) di avvenuta consegna relative al messaggio di posta elettronica certificata col quale la notificazione stessa sia stata eseguita; il deposito, infatti, delle copie analogiche attestata conformi dell'atto notificato (con l'eventuale procura), della relata di notifica, del messaggio di invio e delle anzidette due ricevute telematiche è consentito dalla predetta norma soltanto ove il deposito telematico *“non si possa procedere al deposito con modalità telematiche”*;
- a) ai sensi dell'art. 348 c.p.c., l'appello è improcedibile qualora la costituzione dell'appellante, ai sensi dell'art. 165 c.p.c., non avvenga nel termine di dieci giorni dalla notificazione (o dalla prima notificazione, in caso di pluralità di destinatari)⁷, richiamandosi al riguardo una nota pronuncia della S.C. a Sezioni Unite (n. 16598 del 2016), secondo cui *«la tempestiva costituzione dell'appellante con la copia dell'atto di citazione (cd. velina) in luogo dell'originale non determina l'improcedibilità del gravame ai sensi dell'art. 348, comma 1, c.p.c., ma integra una nullità per inosservanza delle forme indicate dall'art. 165 c.p.c., sanabile, anche su rilievo del giudice, entro l'udienza di comparizione di cui all'art. 350, comma 2, c.p.c. mediante deposito dell'originale da parte dell'appellante, ovvero a seguito di costituzione dell'appellato che non contesti la conformità della copia all'originale (e sempreché dagli atti risulti il momento della notifica ai fini del rispetto del termine ex art. 347 c.p.c.), salva la possibilità per l'appellante di chiedere la rimessione in termini ex art. 153 c.p.c. (o 184-bis c.p.c., “ratione temporis” applicabile) per la regolarizzazione della costituzione nulla, dovendosi ritenere, in mancanza, consolidato il vizio ed improcedibile l'appello»*;

⁶ Giurisprudenza di riferimento: sentenze Corte d'Appello di Napoli 3181 del 21/9/2020 e n. 39 dell'11/1/2021.

⁷ Cfr. Cass. Civ. SS.UU. n. 10864 del 18 mag 2011.

- a) in assenza del deposito telematico, da effettuarsi – eventualmente anche da parte dell'appellato – entro l'udienza di comparizione *ex art. 350 c.p.c.* –, delle ricevute (ovvero, se effettuato dall'appellato, del messaggio PEC contenente l'atto notificato) in uno dei formati consentiti dalle specifiche tecniche per il pct (*.eml* o *.msg*), la Corte non è in grado di verificare che la costituzione dell'appellante sia stata tempestiva, e ciò a prescindere dalla costituzione o meno della parte appellata e/o da sue eventuali contestazioni, trattandosi di un rilievo da compiersi officiosamente: donde l'improcedibilità dell'appello.

Va detto subito che per quanto la sentenza appaia ottimamente motivata sotto il profilo tecnico e nella sua ricostruzione con riferimento alla normativa vigente nel processo civile telematico, la sua severità, tuttavia, è decisamente contraria ai principi richiamati dalla S.C. in subiecta materia che valorizzano il principio della strumentalità delle forme, soprattutto nel processo civile telematico rispetto al rito ed all'esigenza di tendere quanto più possibile al raggiungimento di decisioni nel merito, a tutela dei diritti delle parti. Le Sezioni Unite hanno in particolare ricordato che, con riguardo al processo civile telematico, occorre prestare particolare attenzione «ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità che devono orientare eventuali restrizioni del diritto della parte all'accesso ad un tribunale (art. 6 § 1 CEDU: tra le altre, Corte EDU, 16 giugno 2015, ric. n. 20485/06 e Corte EDU 15 settembre 2016, ric. n. 32610/07; ma anche, più di recente, seppure con accenti diversi: Cass., S.U., 13 dicembre 2016, n. 25513; Cass., S.U., 29 maggio 2017, n. 13453; Cass., S.U., 7 novembre 2017, n. 26338; Cass., S.U., 16 novembre 2017, n. 27199), trovando rinnovata vitalità nel principio cardine di “strumentalità delle forme” degli atti del processo, siccome prescritte dalla legge non per la realizzazione di un valore in sé o per il perseguimento di un fine proprio ed autonomo, ma in quanto strumento più idoneo per la realizzazione di un certo risultato, il quale si pone come il traguardo che la norma disciplinante la forma dell'atto intende conseguire (cfr. anche Cass., 12 maggio 2016, n. 9772)».

Nello specifico, un'interpretazione improntata ai richiamati criteri di ragionevolezza trova, a parere di chi scrive, valida sponda nell'art. 182, comma 1, c.p.c., secondo cui “Il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a completare o a mettere in regola gli atti e i documenti che riconosce difettosi”. In applicazione di tale norma, pertanto, la Corte avrebbe potuto, all'udienza *ex art. 350 c.p.c.*, far uso del potere dovere di verificare la regolare costituzione dell'appellante e, dopo aver riscontrato il vizio relativo alla prova della notifica del gravame, avrebbe potuto assegnare termine

per regolarizzazione degli atti, trattandosi di attività (quella relativa al deposito telematico delle ricevute in parola) che evidentemente non può avvenire nel corso dell'udienza.

L'auspicio è, quindi, quello di un *revirement* da parte dei Giudici partenopei, ovvero di un intervento nomofilattico in senso difforme da parte della Corte Suprema di Cassazione che, tra le righe, gli stessi giudici napoletani mettono in conto laddove danno atto, ai fini della compensazione delle spese, del fatto che "l'interpretazione fornita non ha ancora superato il vaglio di legittimità, il che giustifica, anche per l'assenza di un orientamento uniforme sul tema in rassegna, l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio".

2. Questioni dubbie

d. La procura alle liti: se e quando sono necessarie le attestazioni di conformità

d.1 La disciplina codicistica

Come noto, la disciplina codicistica sulla procura alle liti è contenuta nell'art. 83 c.p.c., il cui comma 3 contiene quattro distinte previsioni:

- b) *«la procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine della citazione, del ricorso, del controricorso, della comparsa di risposta o d'intervento, del precetto o della domanda d'intervento nell'esecuzione, ovvero della memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore».*
- c) *«la procura si considera apposta in calce anche se rilasciata su foglio separato che sia però congiunto materialmente all'atto cui si riferisce...»*
- d) *la procura si considera apposta in calce se rilasciata «su documento informatico separato sottoscritto con firma digitale e congiunto all'atto cui si riferisce mediante strumenti informatici, individuati con apposito decreto del Ministero della giustizia»*
- e) *«se la procura alle liti è stata conferita su supporto cartaceo, il difensore che si costituisce attraverso strumenti telematici ne trasmette la copia informatica autenticata con firma digitale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e trasmessi in via telematica».*

d.2 Tipologie di procura ex art. 83 c.p.c.

Il primo caso è quello che tutti conoscono e che fa parte della tradizione degli atti processuali analogici, vale a dire della procura cartacea rilasciata a margine o “in calce” all’atto cui si riferisce.

La seconda ipotesi, vale a dire quella procura rilasciata su foglio separato ma “congiunto materialmente all’atto cui si riferisce”, fu disposizione introdotta con l’art. 1 della l. 27 maggio 1997 n. 141, a seguito della tormentata produzione giurisprudenziale che ebbe ad oggetto la procura rilasciata su un foglio separato facente “corpo” con l’atto processuale.

La terza e la quarta modalità furono oggetto della novella normativa di cui all’art. 45, comma 9, della l. 18 giugno 2009, n. 69, che peraltro intervenne anche sul comma 1, aggiungendo al novero degli atti utilizzabili per il rilascio a margine o in calce anche della “*memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato*”.

d.3 La procura (digitale o digitalizzata): quando si considera “in calce”

d.3.1 A differenza quindi della procura cartacea, che si considera “in calce” all’atto anche quando unita ad esso con una spillatura e timbri di congiunzione vari, per la procura digitale (terza ipotesi) e quella digitalizzata (quarta ipotesi) la congiunzione è assicurata dagli strumenti previsti dalla normativa anche regolamentare sulla sottoscrizione e trasmissione dei documenti informatici: al riguardo, è appena il caso di ricordare che tale normativa fu introdotta, in applicazione dell’art. 4 d.l. 193/2009, con il d.m. n. 44 del 21 febbraio 2011 e con il successivo Provvedimento DGSIA del 18 Luglio 2011, successivamente sostituito da quello, tuttora in vigore, emanato il 16 Aprile 2014.

d.3.2 Quanto alle **notificazioni telematiche dell’avvocato**, il dm 44/2011, l’art. 18, co. 5, contiene la previsione secondo cui “*La procura alle liti si considera apposta in calce all’atto cui si riferisce quando è rilasciata su documento informatico separato allegato al messaggio di posta elettronica certificata mediante il quale l’atto è notificato. La disposizione di cui al periodo precedente si applica anche quando la procura alle liti è rilasciata su foglio separato del quale è estratta copia informatica, anche per immagine*”.

d.3.3 Per i **depositi**, occorre invece far riferimento all’art. 13 del d.m. 44/2011 ed all’art. 14 del Provvedimento DGSIA del 16 Aprile 2014, che dettano rispettivamente le regole e le specifiche tecniche per l’allegazione degli atti alla busta crittografica di deposito da parte dei “soggetti esterni”: tali specifiche, che

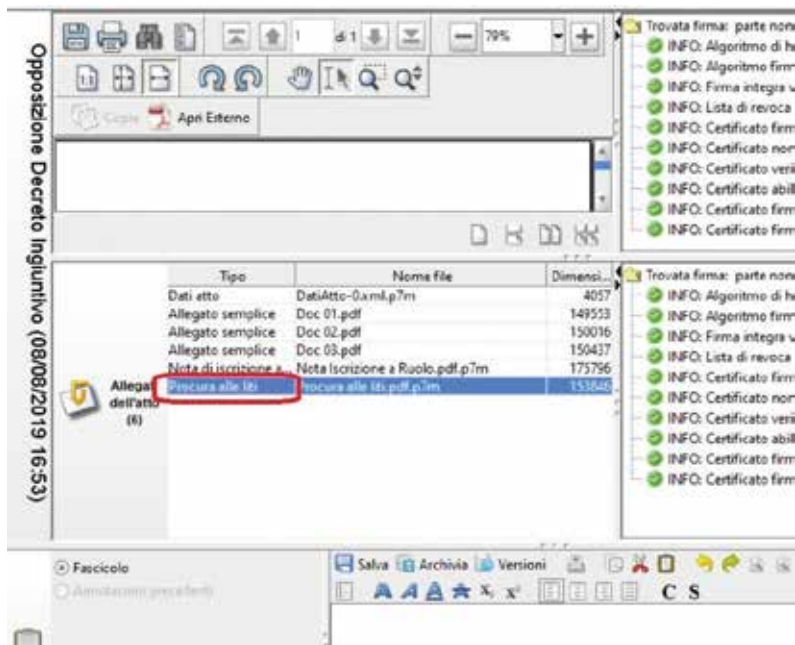
prevedevano inizialmente una *document type definition*⁸ per la procura inserita in un “IndiceBusta.dtd” contenuto in un xml separato, furono successivamente aggiornate con un’implementazione tecnica, grazie alla quale l’indice busta fu incorporato come “elemento” nel documento contenente i dati strutturati del deposito (DatiAtto.xml) ed alla “procura” assegnato un identificativo nello schema denominato tipi-allegati.xsd.

Semplificando ai minimi termini, la procura si considera congiunta all’atto oggetto di deposito ove la stessa sia materialmente inserita nella busta di deposito ed allegata con la propria specifica tecnica. Nella figura che segue è riprodotto uno stralcio di un documento *DatiAtto.xml* che reca l’indicazione di una procura allegata al deposito con l’apposita specifica tecnica contenuta nello schema tipi-allegati.xsd:

```
<?xml version="1.0" encoding="UTF-8"?>
<Ricorso xmlns:pt="http://schemi.processotelematico.giustizia.it/tipi/atti/v4"
xmlns:at="http://schemi.processotelematico.giustizia.it/tipi/anagrafiche/v3"
xmlns:all="http://schemi.processotelematico.giustizia.it/tipi/allegati/v1"
xmlns="http://schemi.processotelematico.giustizia.it/sicid/introductivi/v4">
  <pt:destinazione ufficio="0630490096" ruolo="VolontariaGiurisdizione"/>
  <pt:Oggetto>411601</pt:Oggetto>
  <pt:ValoreCausa>0.00</pt:ValoreCausa>
  - <pt:IndiceBusta>
    <all:AttoPrincipale id="partef98e240-367c-4ac7-9fe7-22e688fe3adf"/>
    <all:NotaIscrizioneRuolo id="part2fa5d424-a1bc-4923-bd01-50d865ca9b89"/>
    <all:ProcuraLiti id="part4ff0d5ea-24d0-47de-8953-1012459ca19b"/>
    <all:AllegatoSemplice id="partedb3a0a7-b468-4a34-b42c-2b19d9876087"/>
    <all:AllegatoSemplice id="part2b1ed0c7-b95d-43ff-851f-c800294b9c3d"/>
    <all:AllegatoSemplice id="parte3e91b9d-18ee-4503-8283-fb8a94fa205e"/>
    <all:AllegatoSemplice id="part19f74a1e-377a-4c16-a8be-d63b85b39193"/>
    <all:AllegatoSemplice id="part2a200b62-0d81-4051-b46d-f3d19f987a63"/>
    <all:AllegatoSemplice id="part96dfb88c-ca95-4e02-84a2-d261baee726c"/>
    <all:AllegatoSemplice id="partfe3edc32-851e-4123-89ee-902b687f88fa"/>
    <all:AllegatoSemplice id="part22f99fc1-d57d-4ef8-86dd-db912335f09f"/>
    <all:AllegatoSemplice id="part120588d6-bb87-46be-9cb6-6b4aa56bef44"/>
    <all:AllegatoSemplice id="part1bfd3d2-8458-4a1e-973f-b97f0678986"/>
    <all:AllegatoSemplice id="part3469cf53-8772-4aeb-9f0f-cbf7302ab215"/>
    - <all:AttestazioneConformita id="part14125fa7-050b-4680-a186-cac9187614b9">
      <all:AllegatoConforme id="partfe3edc32-851e-4123-89ee-902b687f88fa"/>
      <all:AllegatoConforme id="part22f99fc1-d57d-4ef8-86dd-db912335f09f"/>
      <all:AllegatoConforme id="part120588d6-bb87-46be-9cb6-6b4aa56bef44"/>
    </all:AttestazioneConformita>
  </pt:IndiceBusta>
```

⁸ La dtd della procura alle liti, fino all’estate 2015, era “PL”.

Il corretto utilizzo di detta specifica è poi agevolmente riscontrabile da Console Magistrato, ove la procura sarà contrassegnata dal corrispondente metadato (“tipo”):



d.4 La certificazione del difensore dell'autografia della parte

d.4.1 Dall'esame della normativa codicistica, sembra possibile trarre una prima conclusione, vale a dire che la certificazione dell'autografia della parte ad opera del difensore è attività richiesta nel solo caso della procura rilasciata in modalità analogica, ancorché su foglio separato ma congiunto materialmente all'atto cui si riferisce, e nel caso della procura analogica digitalizzata, vale a dire nel caso allo stato più frequente, di atto sottoscritto dalla parte "a penna" e successivamente digitalizzato (in copia informatica per immagine) ai fini della notificazione a mezzo pec o del deposito telematico.

d.4.2 In caso, invece, di procura rilasciata come documento informatico nativo firmato digitalmente, il difensore non può certificare l'autografia né tantomeno autenticare alcunché, e ciò per almeno tre ragioni:

- a) la prima di esse risiede nel dato letterale dell'art. 83 c.p.c., che prevede il potere (dovere) certificativo dell'autografia solo nei casi di procura rilasciata analogicamente, oltreché nella considerazione che la firma digitale

non è, per definizione, una firma autografa, donde non vi sarebbe alcuna autografia da certificare;

- b) la seconda ragione attiene all'eccezionalità del potere certificativo riconosciuto all'avvocato, che non può ritenersi esteso a quello di autenticazione previsto in linea generale dall'art. 25 del Codice dell'Amministrazione Digitale in capo ai pubblici ufficiali, e che prevede le correlate dichiarazioni fidefacenti *“che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità dell'eventuale certificato elettronico utilizzato e del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico”*.

Non a caso, a tale norma si raccorda con l'art. 47-bis, comma 2, della legge 16 febbraio 1913 n. 89 e, per il tramite di questo, all'art. 2703 c.c., a riprova del fatto che la stessa fu concepita con evidente riferimento all'ambito notarile⁹;

- c) la terza ragione, infine, discende dalle caratteristiche proprie della firma digitale, vale a dire nell'autenticità¹⁰, integrità¹¹ e non ripudio¹².

d.5 La firma digitale del difensore sulla procura digitalizzata nei depositi telematici ed il relativo valore di “autentica” della copia

Come già detto, l'art. 83, co.3, c.p.c., prevede che *“Se la procura alle liti è stata conferita su supporto cartaceo, il difensore che si costituisce attraverso strumenti telematici ne trasmette la copia informatica autenticata con firma digitale”*.

Anche tale parte della norma cela alcuni dubbi interpretativi.

Il primo di essi è se la firma digitale sia *autosufficiente* ad autenticare la copia informatica della procura rilasciata analogicamente o se necessiti, invece, di una dichiarazione di conformità espressa dell'avvocato – pubblico ufficiale¹³: sul punto, si ritiene che la lettera della norma consenta agevolmente la prima interpretazione, avuto riguardo anche ad altra fattispecie in cui il legislatore del pro-

⁹ L'art. 47-bis, comma 2, LN prevede infatti che “L'autenticazione di cui all'articolo 2703, secondo comma, del codice civile, è regolata, in caso di utilizzo di modalità informatiche, dall'articolo 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n 82”.

¹⁰ Per “autenticità” si intende l'attendibilità dell'identità del mittente o dell'autore del documento, caratteristica che discende dalla natura di firma elettronica qualificata della firma digitale.

¹¹ Per “integrità” si intende la caratteristica di non modificabilità del documento firmato digitalmente.

¹² “Non ripudio” significa che il firmatario è fortemente limitato nel potere di disconoscere i documenti che risultano da lui sottoscritti digitalmente.

¹³ L'art. 16-undecies, comma 3, del decreto-legge 179/2012, prevede infatti che «i soggetti di cui all'articolo 16-decies, comma 1, che compiono le attestazioni di conformità previste dalle disposizioni della presente sezione, dal codice di procedura civile e dalla legge 21 gennaio 1994, n. 53, sono considerati pubblici ufficiali ad ogni effetto».

cesso civile telematico ha ritenuto che la sola firma digitale possa *ex se* svolgere siffatta funzione: si tratta dell'art. 16-*bis*, comma 9-*bis*, d.l. 179/2012, nella parte in cui prevede che e copie informatiche, anche per immagine, di atti processuali e dei provvedimenti del giudice, presenti nei fascicoli informatici o trasmessi in allegato alle comunicazioni telematiche dei procedimenti indicati nel presente articolo, equivalgono all'originale "*anche se prive della firma digitale del cancelliere di attestazione di conformità all'originale*", essendo noto che al cancelliere non è consentito intervenire sui documenti informatici con attestazioni di conformità esplicite, potendo solo (eventualmente) apporre la propria firma digitale sui documenti anzidetti.

Una siffatta lettura della norma ha peraltro il pregio della semplificazione delle procedure e dei flussi documentali, eliminando l'inutile orpello di una dichiarazione espressa di autenticità che si aggiungerebbe al ginepraio delle attestazioni di conformità previste nel PCT come conseguenza dell'illogica sua ideazione come surrogato del processo cartaceo. E, del resto, la firma digitale apposta *tout court* dal difensore non potrebbe avere altra funzione se non quella di autentica della copia quale delineata dalla norma.

d.6 Il problema dell'attestazione di conformità della copia informatica della procura rilasciata analogicamente in sede di notificazione ex art. 3-*bis*, l. 53/1994

Si ricorda che, per l'art. 3-*bis*, co.2, l. 53/1994, "*quando l'atto da notificarsi non consiste in un documento informatico, l'avvocato provvede ad estrarre copia informatica dell'atto formato su supporto analogico, attestandone la conformità' con le modalità' previste dall'articolo 16-undecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221*). La notifica si esegue mediante allegazione dell'atto da notificarsi al messaggio di posta elettronica certificata".

Dalla lettura di tale norma sembrerebbe potersi ricavare, quanto alle notifiche, una disciplina delle attestazioni di conformità, relativamente alla procura, diversa da quella testé ricordata per i depositi: la norma parrebbe dire che se la procura viene notificata come copia informatica per immagine di documento analogico ne dev'essere attestata la conformità con le modalità previste dall'art. 16-*undecies*, comma 3¹⁴, del d.l. 179/2012.

Tal è peraltro l'interpretazione seguita dalla S.C., per quanto *in obiter dictum*, in una pronuncia nella quale è stato affermato che «L'attestazione di conformi-

¹⁴ L'art. 16-*undecies* d.l. 179/2012 prescrive al riguardo che "Se la copia informatica è destinata alla notifica, l'attestazione di conformità' è inserita nella relazione di notificazione".

tà all'originale della procura alle liti può essere prodotta contestualmente all'iscrizione a ruolo e al deposito del fascicolo telematico, trovando applicazione l'art. 125, comma 2, c.p.c. anche se la notifica dell'atto introduttivo è avvenuta a mezzo PEC» (Cass. Civ. Sez. 3, 12 maggio 2020, n. 8815)¹⁵, così implicitamente ritenendo necessaria l'attestazione predetta.

Senonché anche in tal caso ci sembra possibile un'interpretazione improntata a maggiore semplificazione e ad un'armonizzazione della disciplina prevista per le notificazioni telematiche con quella dei depositi per i quali, come si è visto, è più che plausibile ritenere che la sola firma digitale soddisfi la funzione di autentica della copia informatica¹⁶.

Com'è stato autorevolmente¹⁷ osservato, «Secondo la giurisprudenza la *procura* è *atto geneticamente sostanziale con rilevanza processuale, quale presupposto per la valida costituzione del rapporto processuale* (Cass. civ., 6 giugno 2004, n. 11326; conformi, Cass. civ., 12 ottobre 2006, n. 21924, e Cass. civ., 21 gennaio 2011, n. 1419), mentre autorevole dottrina ne esclude la natura processuale in senso tecnico, preferendo parlare di atto “preprocessuale o extraprocessuale” (E. Redenti, voce *Atti processuali civili*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 1959, 105 ss.). Se a tali premesse si aggiunge la considerazione che, ai sensi dell'art. 18, comma 5, d.m. n. 44/2011, la procura alle liti è espressamente prevista come un allegato dell'atto da notificare, parrebbe doversi propendere per la qualificazione della procura, ai fini dell'applicazione della disciplina speciale sul PCT, come “documento informatico allegato all'atto del processo”. Se, quindi, la procura non è un atto del processo ma un mero “allegato all'atto del processo”, è evidente che ad essa non si applicherà la disciplina contenuta nell'art. 3-bis, co. 2; l. 53/10994, riferita com'è quest'ultima all'atto da notificarsi e non al relativo allegato.

Del resto, non avrebbe senso che, in relazione allo stesso documento, ancorché in due fasi diverse del processo, debba applicarsi una disciplina diversa sulla relativa autenticazione.

Si auspica quindi che la Corte Suprema riconsideri il principio sopra ricordato. A chi spetti il potere certificativo della conformità delle copie nel caso di

¹⁵ Nello stesso senso, con specifico riferimento al giudizio in cassazione, Sez. U, 21 dicembre 2020, n. 29175.

¹⁶ In tal senso, proprio in tema di mancanza di attestazione di conformità della procura allegata alla notificazione tramite PEC, vedasi Tribunale di Napoli, 12^a sezione civile, giudice Scotto di Carlo, RG 829/2020, dell'8/10/2020: «...la firma digitale del procuratore è di per sé sufficiente per sottoscrivere la dichiarazione di autenticità senza altre attestazioni; sul punto l'art. 83 c.p.c. è molto chiaro».

¹⁷ I. FEDELE, *Le forme per il rilascio della procura speciale alle liti nel processo civile telematico*, in <https://ilprocessocivile.it/>, 10/6/2020.

avvicendamento tra difensori della stessa parte nelle diverse fasi o nei diversi gradi del giudizio costituisce interrogativo che gli avvocati hanno dovuto sovente porsi.

Sull'argomento la Corte Suprema è più volte intervenuta che, con specifico riferimento specifico al potere di attestazione di conformità della copia della sentenza impugnata e notificata tramite PEC, in relazione all'adempimento prescritto dall'art. 369 c.p.c., vale a dire del deposito della copia autentica del provvedimento impugnato ai fini della prova della tempestività del ricorso, a distanza di soli quindici giorni, si è espressa in senso diametralmente opposto in relazione ad una identica questione di notevole interesse.

e) In caso di avvicendamento nell'incarico difensivo tra diverse fasi o gradi di giudizio, chi può o deve attestare la conformità degli atti e dei provvedimenti estratti dal fascicolo della fase o del grado precedente?

e.1 Con **ordinanza n. 2245 del 3 febbraio 2021**, sezione I, è stato sancito che *«in tema di ricorso per cassazione, ai fini dell'osservanza di quanto imposto, a pena di improcedibilità, dall'art. 369 c.p.c., comma 2, n. 2, nel caso in cui la sentenza impugnata sia stata redatta in formato digitale e notificata tramite PEC, l'attestazione di conformità della copia analogica predisposta per la Corte di cassazione può essere effettuata, ai sensi della l. n. 53 del 1994, art. 9, commi 1-bis e 1 ter, anche dal difensore che ha assistito la parte nel precedente grado di giudizio, i cui poteri processuali e di rappresentanza permangono anche quando il cliente ha conferito il mandato alle liti per il giudizio di legittimità ad un altro difensore»*. Va tuttavia dato conto, ai fini di una migliore comprensione del principio, della motivazione grazie alla quale la Corte perviene a siffatta conclusione: *«il conferimento della successiva nomina non determina una consequenziale perdita del potere certificativo in capo al precedente difensore, trattandosi "dell'autentica" di un provvedimento emesso all'esito della fase del giudizio di merito nel corso del quale il legale ha esercitato il munus difensivo e in forza del quale ha ricevuto – quale destinatario – formale comunicazione dell'atto da parte della cancelleria. Sarebbe, infatti, irragionevole che tale soggetto sia, per un verso, abilitato a ricevere la comunicazione telematica della copia digitale del provvedimento conclusivo di tale fase processuale, restandone "depositario" in quanto pertinente al fascicolo informatico del giudizio di merito e, per altro, privarlo del potere di attestarne la conformità rispetto ad un atto "originale" che è entrato in suo legittimo possesso, al quale ha potuto accedere in forza della persistenza di valide credenziali e destinato ad essere prodotto nell'ambito di una fase che ne costituisce un fisiologico epilogo. Ciò non toglie, però, che tale potere di autentica possa essere alternativamente esercitato anche dal difensore nominato*

per il giudizio di cassazione laddove, successivamente al deposito in cancelleria della procura, abbia avanzato un'istanza di visibilità del fascicolo di merito al quale sia stato autorizzato ad accedere. Una soluzione volta a riconoscere la coesistenza del potere in capo ai difensori rispettivamente nominati per il giudizio di merito e per quello di cassazione, assicura maggiore celerità negli adempimenti».

Motivazione, quella appena trascritta che, per quanto condivisibile nelle relative conclusioni, non appare corretta nell'ultima parte, laddove opera un'evidente confusione con la diversa fattispecie delle copie estratte dal fascicolo informatico dell'ufficio giudiziario.

Premesso infatti che si verte in tema di attestazione di conformità della copia analogica della sentenza notificata tramite PEC (e quindi del potere *ex art. 9*, comma 1-ter, L 53/1994, l'istanza di visibilità del fascicolo di merito non potrebbe giammai consentire al difensore subentrato – e che quindi non ha ricevuto la notificazione al proprio domicilio digitale – di estrarre dei documenti (il messaggio pec di notifica ed i relativi allegati) che sono di regola estranei al fascicolo dell'ufficio giudiziario e che, soprattutto nel caso di provvedimenti notificati ai fini del decorso del c.d. “termine breve”, nella pratica non vengono mai depositati, restando nell'esclusiva disponibilità del mittente (quanto alle ricevute di accettazione e di avvenuta consegna) e del destinatario (quanto alla busta di trasporto ed ai relativi allegati).

e.2. Due settimane dopo, il 18/2/2021 (ordinanza n. 4401) la stessa sezione, in diversa composizione, ha invece affermato che *«Nel caso in cui la sentenza impugnata sia stata redatta in formato digitale, l'attestazione di conformità della copia analogica predisposta per la S. C. (...) può essere redatta, l. n. 53 del 1994, ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter dal difensore che ha assistito la parte nel precedente grado di giudizio, i cui poteri processuali e di rappresentanza permangono, anche nel caso in cui lo stesso fosse stata conferita una procura speciale per quel singolo grado, sino a quando il cliente non conferisca il mandato alle liti per il giudizio di legittimità ad un altro difensore»* (Sez. 6 – 3, n. 10941 del 08/05/2018, Rv. 648805 – 01; conf. Sez. 1 –, n. 6907 del 11/03/2020, Rv. 657478); per contro, una volta conferita la procura speciale a ricorrere per cassazione, il precedente difensore non può più ritenersi “munito di procura”, e non può di conseguenza attestare la conformità all'originale del provvedimento impugnato».

e.3. Neanche tale motivazione sembra tuttavia cogliere nel segno. Il difensore “uscente” è colui che ha ricevuto la notificazione e che detiene, memorizzata in uno spazio informatico di suo esclusivo accesso (la propria *webmail*, il proprio pc o il proprio sistema di conservazione), la busta di trasporto recante l'atto notificato e la relata di notifica. Che la parte abbia poi conferito incarico ad un nuovo difensore non muta tale stato di cose, potendo quest'ultimo solo riceverci gli atti che la parte gli consegna, dopo averli a sua volta ottenuti dal precedente difensore. Tra

questi atti potrebbe esservi sia la copia analogica già attestata conforme della notificazione, magari formata e consegnata – perché no – dopo che il conferimento della procura speciale per il giudizio di cassazione, sia la busta di trasporto come documento informatico. Ne consegue che il potere di attestazione dovrebbe essere perciò riconosciuto indistintamente sia in capo al primo difensore che a quello subentrato: il primo legittimato ad estrarre dal proprio spazio virtuale un documento legittimamente ricevuto¹⁸ (sia esso stato o meno sostituito successivamente da altro difensore), il secondo in quanto eventualmente consegnatario del duplicato informatico di quel documento, con i relativi crismi di autenticità e di integrità, costituiti dalla “firma” apposta dal gestore al messaggio, che gli sono propri.

Soluzione, quest’ultima, che risolverebbe in modo del tutto analogo il dilemma – allo stato mai posto in sede giudiziale ma che prima o poi potrebbe porsi – del difensore legittimato o meno ad attestare la conformità della notificazione telematica ricevuta dalla parte contumace nel grado o nella fase precedente.

e.4. Analogo problema si pone in ordine al potere di attestazione previsto dall’art. 16-*bis*, comma 9-*bis*, del d.l. 179/2012, riferito sia alle copie analogiche che a quelle informatiche degli atti e dei provvedimenti: se la parte conferisce per l’appello incarico ad altro difensore, quale dei due potrà infatti attestare la conformità delle copie estratte dal fascicolo del giudizio di primo grado?

In siffatta ipotesi si deve tener conto, a parere di chi scrive, del fatto che in caso di nomina di altro difensore per il gravame il precedente difensore non viene privato dell’accesso telematico al fascicolo definito¹⁹, mentre il difensore incaricato per il giu-

¹⁸ Cass. 10941/2018 affermò espressamente che l’attestazione di conformità di cui all’art. 9, comma 1-*bis*, l. 53/1994 deve essere senz’altro resa «dall’avvocato che ha ricevuto la PEC».

¹⁹ È stato osservato, al riguardo, che «è, quantomeno, irragionevole sostenere l’idea del venir meno del potere del difensore del pregresso grado di merito sulla base della disposizione contenuta nell’art. 83, ultimo comma, c.p.c. ai sensi del quale la procura si intende conferita per un solo grado di giudizio. A parte il fatto che nel passaggio dal grado di appello al grado di cassazione la disposizione è totalmente irrilevante (perché la procura per il giudizio di appello non è mai in grado di legittimare il difensore a ricorrere per cassazione, occorrendo come tutti sanno una procura speciale a tale preciso fine), anche da un punto di vista meramente logico l’argomento pare davvero debole, se non del tutto inconferente ed evanescente. Se davvero dalla disposizione dell’ultimo comma dell’art. 83 c.p.c. dovessimo ricavare il principio per cui con la chiusura del giudizio in un determinato grado vengono, per ciò solo, meno i poteri rappresentativi del difensore, allora non vi sarebbe alcun bisogno di collegare tale evenienza al rilascio di una procura ad un nuovo difensore per il grado successivo. Già la sola chiusura del processo in quel determinato grado sarebbe di per sé sufficiente – a seguire l’argomento utilizzato dalla Corte e qui contestato – a privare il difensore di un potere che presupporrebbe un procura che dovrebbe dirsi, oramai, cessata.

Non è, dunque, dall’articolo 83, ultimo comma, c.p.c. che può ricavarsi l’errato principio secondo cui, una volta conferita la procura speciale ad un diverso per avvocato per ricorrere per cassazio-

dizio d'appello (o per quello del giudizio di cassazione) potrebbe utilmente depositare un'istanza di visibilità ed accedere pertanto anch'egli, del tutto legittimamente, al fascicolo, estraendo quanto necessario all'espletamento del proprio mandato.

Anche in tal caso, la soluzione ideale dovrebbe rifuggire da soluzioni eccessivamente formalistiche, e riconoscere il potere di attestazione in capo ad entrambi i difensori.

3. Questioni rilevanti dinanzi alla Corte Suprema di Cassazione a seguito dell'acquisito valore legale dei depositi telematici dal 31 Marzo 2021

3.1 La prova della notifica telematica in generale

L'art. 9 co. 1-*bis* della l. 21 gennaio 1994, n. 53 prevede che *“Qualora non si possa procedere al deposito con modalità telematiche dell'atto notificato a norma dell'articolo 3-bis, l'avvocato estrae copia su supporto analogico del messaggio di posta elettronica certificata, dei suoi allegati e della ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna e ne attesta la conformità ai documenti informatici da cui sono tratte ai sensi dell'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”*; il comma 1-*ter* dello stesso articolo 9 precisa che *“In tutti i casi in cui l'avvocato debba fornire prova della notificazione e non sia possibile fornirla con modalità telematiche, procede ai sensi del comma 1-bis.”*

L'art. 19-*bis* delle Specifiche tecniche del 16 aprile 2014 stabilisce che *“... La trasmissione in via telematica all'ufficio giudiziario delle ricevute previste dall'articolo 3-bis, comma 3, della legge 21 gennaio 1994, n. 53, nonché della copia dell'atto notificato ai sensi dell'articolo 9, comma 1, della medesima legge, è effettuata inserendo l'atto notificato all'interno della busta telematica di cui all'art 14 e, come allegati, la ricevuta di accettazione e la ricevuta di avvenuta consegna relativa ad ogni destinatario della notificazione; i dati identificativi relativi alle ricevute sono inseriti nel file DatiAtto.xml di cui all'articolo 12, comma*

ne, ciò implichi la cessazione del ministero del precedente difensore relativamente alle attività da compiersi rispetto al pregresso grado di merito.

Semmai, la norma che potrebbe astrattamente ipotizzarsi come utile allo scopo è quella di cui all'art. 85 c.p.c. che disciplina gli effetti della revoca della procura: tuttavia, anche l'argomento basato su tale norma si presterebbe alla medesima critica di inconsistenza logica, prima ancora che giuridica, atteso che il conferimento della procura per un grado successivo di giudizio non può implicare il venir meno della procura per il grado precedente e, con esso, il venir meno dei poteri di rappresentanza che tale procura conferisce all'avvocato» (Bruno Sassani, Bruno Capponi, Andrea Panzarola, Marco Farina, in *judicium.it*, 12 aprile 2021).

1, lettera e". L'art. 13 delle stesse specifiche (*"formato dei documenti informatici allegati"*) ha previsto come possibile il deposito telematico dei file con estensione .msg e .eml, tipici dei file contenenti messaggi di posta elettronica.

Dal 16 maggio 2014, data di entrata in vigore delle richiamate specifiche, è pertanto consentito il deposito telematico delle buste contenenti i file con estensione .msg e .eml., ossia delle ricevute di accettazione e di avvenuta consegna che attestano la notificazione²⁰.

Da tale momento, quindi – in forza di quanto disposto dal citato art. 9 co. 1-*bis* e *ter* – la prova della notifica telematica nei procedimenti civili innanzi ai tribunali e alle corti di appello va fornita dall'avvocato esclusivamente in modalità telematica, attraverso il deposito telematico dei duplicati delle ricevute di accettazione e di avvenuta consegna.

Nonostante la disciplina relativa alla prova della notifica telematica sia ormai in vigore da anni, tuttora, a volte, i difensori offrono al giudice al fine di attestare la notificazione o il giudice chiede ai difensori per la verifica di ritualità la stampa del contenuto delle ricevute PEC; addirittura, si giunge a scansionare le stampe e depositarle nel fascicolo informatico.

Tuttavia, solo con il deposito telematico il giudice può visualizzare ed esaminare la notifica telematica, attraverso l'applicativo "Consolle del Magistrato", "aprendo" i relativi messaggi PEC e controllando la correttezza delle modalità della notifica e del suo contenuto (secondo quanto previsto, in particolare, dall'art. 3-*bis* l 53/1994, dall'art. 18 d.m. 44/20011, dall'art. 16-*ter* d.l. 179/2012 e dalle norme sopra richiamate), il tempo di perfezionamento della stessa (*ex art. 6, co. 1 e 2, del DPR 11 febbraio 2005, n. 68*) nonché la sua tempestività (alla luce del dettato dell'art. 16-septies dl. 179/2012 come inciso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 75 del 19.3.2019).

Come detto, la prova della notifica telematica in modalità cartacea è possibile soltanto in via residuale, nel caso in cui *"non si possa procedere al deposito con modalità telematiche dell'atto notificato a norma dell'articolo 3-bis"*, ossia, in concreto, nei procedimenti civili innanzi al Giudice di Pace e, fino al 30.3.2021, innanzi alla Corte di Cassazione.

3.2. La prova della notifica telematica del ricorso, del controricorso e del provvedimento impugnato nei giudizi civili innanzi alla Corte di Cassazione

Dal 31 marzo 2021 possono essere eseguiti con valore legale i depositi telematici di qualunque atto del procedimento dinanzi alla Corte Suprema di Cassa-

²⁰ Per l'exkursus storico della normativa in materia v. Antonella Ciriello, Pietro Lupi: "Le notifiche a mezzo PEC eseguite dagli Avvocati".

zione, e ciò in alternativa agli ordinari depositi cartacei, che continuano ad avere anch'essi valore legale.

L'art. 221, comma 5, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni nella Legge 17 luglio 2020, n. 77, ha infatti statuito che *«Nei procedimenti civili innanzi alla Corte di cassazione, il deposito degli atti e dei documenti da parte degli avvocati può avvenire in modalità telematica nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. L'attivazione del servizio è preceduta da un provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia che accerta l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche, unitamente alla funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici. Gli obblighi di pagamento del contributo unificato previsto dall'articolo 14 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, nonché l'anticipazione forfettaria di cui all'articolo 30 del medesimo testo unico, connessi al deposito telematico degli atti di costituzione in giudizio presso la Corte di cassazione, sono assolti con sistemi telematici di pagamento anche tramite la piattaforma tecnologica prevista dall'articolo 5, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82»*.

Il decreto, del 27 gennaio 2021, menzionato nell'indicata norma, è stato pubblicato sulla G.U. n. 22 del 28/1/2021 ed all'art. 1 dello stesso si legge che è stata accertata presso la Corte suprema di cassazione l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche nonché la funzionalità dei servizi di comunicazione del settore civile per il deposito telematico degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti a decorrere dal 31 marzo 2021. Il debutto del PCT dinanzi alla Corte Suprema ha anche un'importante ricaduta sul piano della prova delle notificazioni eseguite dall'avvocato ai sensi dell'art. 3-bis, l. 53/1994.

Come detto, fino al 30 marzo scorso la prova della notificazione telematica degli atti processuali poteva infatti esser data, dinanzi agli uffici giudiziari *non telematici* – vale a dire dinanzi alla Corte Suprema ed ai Giudici di pace – esclusivamente attraverso gli strumenti previsti dall'art. 9, commi 1-bis ed 1-ter, l. 53/1994, vale a dire mediante la produzione della copia analogica dell'atto notificato, della relata di notifica, del messaggio di invio e delle ricevute di accettazione e di avvenuta consegna, copia da attestare conforme a cura dell'avvocato notificante.

Parimenti, la prova della notificazione *ricevuta* dall'avvocato (nel caso del giudizio di cassazione, del ricorso così come della sentenza impugnata eventualmente notificati telematicamente) doveva esser necessariamente data mediante la copia digitale degli atti notificati, attestati conformi ai sensi del comma 1-ter: *«Con quest'ultima norma il potere di attestazione di conformità dell'analogico al digitale è stato generalizzato ed esteso "a tutti i casi in cui l'avvocato*

debba fornire prova della notificazione”, compreso, pertanto, quello in cui egli sia il destinatario della notificazione. Se, in tale ambito, non è possibile utilizzare modalità telematiche, si deve procedere ai sensi del comma precedente (1-bis) e cioè mediante estrazione di copia su supporto analogico. Naturalmente la copia riguarderà gli atti di cui l'avvocato dispone e quindi, se egli non è il notificante ma colui che ha ricevuto la notifica, oltre alla copia della relazione di notifica e del provvedimento impugnato, l'avvocato estrarrà copia del messaggio di ricezione (in luogo della ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna)»²¹. Tanto in ragione della previsione normativa contenuta nel citato art. 9, comma 1-bis, l. 53/1994, richiamato anche dal successivo comma 1-ter, che consente di attestare la conformità di siffatte copie analogiche, ancorché ai soli casi in cui «non si possa procedere al deposito con modalità telematiche dell'atto notificato a norma dell'articolo 3-bis».

Divenuti “possibili” i depositi telematici con valore legale dinanzi alla Suprema Corte, è evidente che non vi sarà più spazio per il deposito di documenti analogici a valere quale prova delle notificazioni telematiche effettuate così come di quelle ricevute.

Si tratta di un tema piuttosto scottante in ragione delle gravissime conseguenze cui va incontro l'avvocato che non provveda alla corretta formazione della documentazione processuale relativa alla prova dell'avvenuta notifica telematica del ricorso o del controricorso ovvero della notificazione ricevuta della sentenza oggetto di impugnazione.

Per inciso, va pure ricordato che, trattandosi di normativa processuale, in assenza di una norma transitoria, essa trova immediata applicazione anche ai procedimenti pendenti alla data del 31 marzo 2021, sicché la facoltà del deposito telematico – e quindi la possibilità di depositare i documenti digitali comprovanti l'avvenuta notificazione – si estende anche ai ricorsi e controricorsi notificati prima del 31 marzo 2021 e che vengano depositati da tale data in poi.

Ne deriva che, in ipotesi di deposito “cartaceo” dei ricorsi e dei controricorsi il ricorrente resterà onerato pur sempre del deposito telematico, nei formati prescritti dalle specifiche, delle ricevute di accettazione e di consegna delle PEC attraverso le quali si è realizzata la relativa notificazione, non dando diversamente valida prova della costituzione nel termine di venti giorni, prevista a pena di improcedibilità dall'art. 369 c.p.c.. Senza contare le implicazioni *ex art.* 365 c.p.c.²²,

²¹ Cass., sez. 6, Ord., 22 dicembre 2017, n. 30765; Cass., sez. 6, Ord., 22 dicembre 2017, n. 30918.

²² Art. 365 c.p.c.: «Il ricorso è diretto alla corte e sottoscritto, a pena di inammissibilità, da un avvocato iscritto nell'apposito albo, munito di procura speciale».

non potendosi accertare, senza avere a disposizione il documento informatico depositato telematicamente, che l'atto sia stato sottoscritto da avvocato iscritto nell'apposito albo.

Analogamente, la prova dell'avvenuta notificazione telematica della sentenza oggetto di impugnazione per cassazione, anch'essa da darsi a pena di improcedibilità ai sensi dell'art. 369 c.p.c., non potrà che avvenire in modalità telematica. Al riguardo, va ricordato che la S.C. ha recentemente ribadito che

«Il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica del ricorso per cassazione predisposto in originale telematico e notificato a mezzo di posta elettronica certificata, senza attestazione di conformità del difensore prevista dall'art. 9 l. n. 53 del 1994 o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non ne comporta l'improcedibilità solo nel caso in cui il controricorrente (anche tardivamente costituitosi) depositi copia analogica del ricorso ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificatogli ai sensi del d.lg. n. 82 del 2005, art. 23, comma 2. Viceversa, ove il destinatario della notificazione a mezzo di posta elettronica certificata del ricorso nativo digitale rimanga non costituito (com'è accaduto nel caso in esame), ovvero disconosca la conformità all'originale della copia analogica non autenticata del ricorso tempestivamente depositata, il ricorrente, onde evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità, ha l'onere (nella specie rimasto inadempito) di depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in Camera di consiglio.»²³, e ciò sulla scorta del principio, altrettanto pacifico, secondo cui, nonostante il testuale riferimento alla sola inammissibilità del ricorso, l'art. 372 c.p.c. consente la produzione di ogni documento incidente sulla proponibilità, procedibilità e perseguibilità del ricorso medesimo.

Mutatis mutandis, non si vede per quale ragione il medesimo principio non possa applicarsi allorquando, all'inverso, l'avvocato abbia prodotto la copia analogica degli atti notificati e debba, invece, depositarne i documenti informatici.

Gli avvocati più prudenti, invece, intravedranno nell'ipotesi di sentenza notificata a mezzo PEC, un caso di "obbligo indotto" di deposito telematico del ricorso e provvederanno, senza soffrire inutili patemi d'animo, a depositare in modalità telematica i ricorsi ed i ricorsi notificati tramite PEC.

²³ Cassazione civile sez. II, 18/12/2020, n. 29092; cfr. in termini anche Cassazione civile sez. I, 23/03/2021, n. 8097 e Cassazione civile sez. VI, 09/06/2020, n. 10926. Prim'ancora, tuttavia, la questione, ritenuta di massima importanza, era già stata risolta nello stesso senso dalle Sezioni Unite (Cassazione civile sez. un., 25/03/2019, n. 8312).

4. Conclusioni e proposte

g) Importanza della chiarezza nell'espressione degli interventi nomofilattici – semplificazione ed armonizzazione dei processi telematici

È quasi inutile evidenziare che le questioni connesse al processo civile telematico sono complesse e talora di difficile comprensione. L'interprete deve affrontare un affastellato normativo in continua evoluzione e non sempre coerente con le norme codicistiche, che determina difficoltà anche per l'esatto inquadramento delle fattispecie concrete in quelle astratte.

In tale contesto la nomofilachia assume un ruolo ancor più centrale, dovendo fornire non solo indirizzi interpretativi uniformi ma anche e soprattutto soluzioni ragionevoli affinché l'informatica applicata al rito non costituisca un ostacolo sproporzionato al diritto di accesso alla giustizia, in armonia con la previsione contenuta nell'art. 6, § 1, CEDU.

L'espressione di siffatti principi, attesa la difficoltà di cui si è detto, dovrebbe trovare espressione in una valorizzazione delle differenze tra i casi concreti ed in una chiara esplicitazione della vicenda fattuale e processuale posta a fondamento dei principi enunciati, onde poter coglierne le sfumature e consentire ai protagonisti del processo una più agevole individuazione della corretta interpretazione delle fattispecie.

V'è inoltre l'esigenza unanimemente avvertita di una disciplina, se non unitaria dei vari processi telematici (civile, penale, amministrativo, tributario, contabile e, da ultimo, anche sportivo), quantomeno più armonica, all'insegna di una maggiore valorizzazione, in sede nomofilattica, dei principi generali dettati dal Codice dell'Amministrazione Digitale e dei criteri di attuazione delineati dalle normative speciali, che consentano sostanziali semplificazioni dei processi, con particolare riferimento alla disciplina delle attestazioni di conformità: del che dovrebbe farsi carico prima di tutto il Legislatore mediante il riconoscimento del valore di autentica alla firma digitale apposta *tout court* dall'avvocato alle copie degli atti e documenti prodotti in modalità telematica.

La strada smarrita della disciplina unitaria dei processi telematici

SOMMARIO: 1. Nel ricordo del Consigliere Sergio Brescia, la ricostruzione del quadro generale dell'informatizzazione della giustizia e del relativo percorso normativo. – 2. Un precedente da evitare: la parcellizzazione degli interventi normativi per l'attribuzione del potere di autentica ai difensori. – 3. La difficile (e non più rinviabile) ricerca di strumenti e regole comuni per i processi telematici. Conclusioni

1. Nel ricordo del Consigliere Sergio Brescia, la ricostruzione del quadro generale dell'informatizzazione della giustizia e del relativo percorso normativo

Buon giorno e grazie per l'invito a questo convegno di Capri, divenuto una imprescindibile occasione di prezioso confronto sui temi dei processi telematici, della giustizia e dell'amministrazione digitale.

Permettetemi di iniziare l'intervento ricordando la figura del Consigliere Sergio Brescia, valentissimo magistrato che ci ha lasciato una settimana fa; ho personalmente avuto la fortuna e l'onore di percorrere con lui un tratto di strada per me molto significativo, a cavallo tra il precedente e il nuovo millennio, quando egli era Magistrato responsabile dell'area civile dell'ufficio Ursia del Ministero della giustizia – ufficio allora diretto da Floretta Rolleri (che è in sala e alla quale rivolgo un pensiero grato e affettuoso) – ed io ero funzionario ministeriale (prima di entrare in Avvocatura come Procuratore dello Stato).

Il ricordo di Sergio Brescia, oltre a una serie di momenti, anche personali, di quella fase della vita, mi riporta alla memoria il livello di informatizzazione dell'epoca, quando era un obiettivo ancora da raggiungere l'informatizzazione di tutti i registri di cancelleria; per informatizzazione, ricordo ai più giovani, si intendeva l'annotazione dei soli metadati, non anche l'acquisizione dei documenti informatici; conseguentemente, anche il sistema di consultazione offriva solo la possibilità di ricercare, appunto, i metadati di una causa. Al tempo stesso, si favoriva di un sistema all'avanguardia, a Bologna, nato sulla spinta del magistrato Pasquale Liccardo (che pure saluto, se è in ascolto), denominato *Polisweb*, che permetteva la consultazione anche delle sentenze rese nel distretto. Sulla linea

dell'orizzonte cominciava a delinearsi, grazie alla spinta e all'intuizione proprio di Sergio Brescia, il profilo del processo telematico, che doveva rappresentare il salto di qualità del livello di informatizzazione, perché avrebbe consentito – spiegavamo nelle schede del piano triennale dell'informatica – di potere effettuare gli adempimenti processuali da remoto (mi pare che allora si dicesse semplicemente “a distanza”). Acquisiti a sistema i provvedimenti giurisdizionali e gli atti difensivi come documenti nativi digitali, tutto sarebbe stato naturalmente consultabile per via telematica, senza bisogno di conversioni e scansioni. Oggi ci siamo. Gli obiettivi sottesi al concetto di “processo telematico” sono stati sostanzialmente raggiunti in tutte le giurisdizioni; è imminente, dopo quello avanti alla Corte di Cassazione, l'avvio anche del processo costituzionale telematico (che comunque ha avuto le sue anticipazioni, sulla spinta emergenziale, almeno nella parte relativa agli adempimenti processuali e alle comunicazioni).

Come evocato dal titolo di questa tavola rotonda, il percorso normativo è stato però accidentato. Di tale percorso ricorrono nel 2021 due anniversari: il ventennale del DPR 13 febbraio 2001, n. 123, e il decennale del d.m. 21 febbraio 2011, n. 44. Sono due passaggi cruciali nel percorso di avvio del processo civile telematico, che è stato l'apripista degli altri processi.

Il DPR n. 123 del 2001 – le cui basi vennero poste nella sala riunioni, con vista su Castel Sant'Angelo, attigua all'ufficio del Dr. Brescia – fu il primo, e per la verità anche l'ultimo testo normativo che provava a disciplinare organicamente il processo telematico, dal deposito degli atti e dei provvedimenti, alle notifiche, alle comunicazioni e alla consultazione, con un ambito applicativo, questo è un ulteriore, peculiare e non ripetuto aspetto, non limitato a una sola giurisdizione.

Si trattava, per la verità, di un abito cucito su misura per il processo civile, con una clausola finale di esportazione, “in quanto compatibile”, verso le giurisdizioni amministrativa e contabile. Tecnica normativa non particolarmente raffinata ma comunque tesa a un obiettivo ambizioso, e che andrebbe recuperato, della trattazione quanto più possibile unitaria dei temi relativi ai processi telematici. Il DPR n. 123 del 2001, come è noto, non ebbe attuazione. Occorre arrivare al d.m. n. 44 del 2011 per avere un reale avvio del processo civile telematico. Il quadro normativo, peraltro, nel frattempo era completamente mutato, perché era intervenuto l'articolo 4 del decreto legge 29 dicembre 2009, n. 193, che, nel prevedere l'adozione di regole tecniche per l'avvio del processo civile telematico, “*in attuazione*” – e fece scandalo – dei principi stabiliti dal Codice dell'Amministrazione digitale (ovvero, come è noto, il decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82), stabilì altresì che l'adozione di tali regole tecniche avrebbe fatto venire meno l'efficacia del DPR n. 123 del 2001. Questo è un passaggio cruciale, perché qui le strade dei processi telematici si dividono per non riunirsi più. Da questo momento in poi ciascuna giurisdizione comincia a pensare in proprio; inizia la eterogeneità

delle fonti, la complessità interpretativa in un percorso di uscita da una disciplina comune che pure non è stato sempre accurato, meditato, pianificato. Da quel momento in poi, di nuovi testi unitari non se ne sono visti più. In qualche caso il legislatore se li è trovati innanzi, preesistenti, quasi suo malgrado. È stato così, per esempio, quando la legge 12 novembre 2011, n. 183, intendendo favorire l'avvio delle notifiche telematiche – e finalmente riuscendoci, dopo diversi, altri e vani tentativi – le ricondusse nell'ambito della preesistente legge 21 gennaio 1994, n. 53, che disciplinava le notifiche a mezzo del servizio postale da parte degli avvocati con ambito applicativo riferito alla materia civile, amministrativa e stragiudiziale. Il legislatore, in realtà, aveva presente il solo processo civile, e si è trovato innanzi, per l'appunto suo malgrado, le materie amministrativa e stragiudiziale.

È singolare constatare ora, con lo sguardo che solo la prospettiva storica può concedere, come l'avvento della tecnologia abbia fatto venire meno quella reciproca fiducia che i processi cartacei nutrivano e coltivavano. Il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (il c.d. “Codice del processo amministrativo” o “CPA”), tra le altre e specifiche disposizioni di rinvio, ne contiene una di carattere generale (articolo 39) a quelle contenute nel codice di procedura civile, “in quanto compatibili o espressione di principio generali”, nonché, specificatamente, a quelle relative alle “notificazioni degli atti giudiziari in materia civile” dettate dallo stesso “codice di procedura civile e dalle legge speciali”¹. Le norme sul processo costituzionale cartaceo pure hanno una clausola di rinvio a quelle della giustizia amministrativa². Lo stesso è per le norme del processo tributario rispetto al civile³. Una fiducia che è stata salvifica nel processo di innovazione a norme invariate.

¹ In misura ridotta un rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile era contenuto anche nel R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), sia pure limitatamente a “la polizia delle udienze, l'ordine della discussione e delle deliberazioni e la pronunziazione delle decisioni” (articolo 41) e ai casi nei quali era possibile proporre ricorso per revocazione (articolo 46); lo stesso era per la legge 6 dicembre 1971, n. 1034, che rinvia alle disposizioni del codice di procedura civile per quanto concerneva l'interruzione del processo (art. 24), le spese di giudizio (art. 26), il ricorso revocazione (artt. 28 e 36), la notificazione della sentenza (art. 28), il regolamento preventivo di giurisdizione (art. 30).

² Precisamente l'articolo 22, comma 1, della legge 11 marzo 1953, n. 87, rinvia, “salvo che per i giudizi sulle accuse di cui agli articoli 43 e seguenti” e “in quanto applicabili”, alle “norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale”, ovvero al Regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, allora vigente. Rinvio ora da intendersi riferito al Codice del processo amministrativo, adottato con il citato d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

³ In base all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, “I giudici tributari applicano” le norme di quel decreto e, “per quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile”.

Per questa via è stato sostenibile, e infine ammesso dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁴, pur in mancanza di norme regolamentari specifiche, che le notificazioni a mezzo PEC fossero ammissibili anche nel processo amministrativo. Ed è per questa via, per questa reciproca fiducia ereditata dai processi cartacei, che è stato di recente possibile ammettere anche nel processo costituzionale le notifiche a mezzo PEC in ragione del rinvio alle norme della giustizia amministrativa⁵.

I processi telematici, invece, rispetto a quelli cartacei, si sono chiusi. Il nuovo che fa paura, si potrebbe dire⁶.

2. Un precedente da evitare: la parcellizzazione degli interventi normativi per l'attribuzione del potere di autentica ai difensori. Una vicenda è esemplificativa di quello che non dovrebbe accadere: l'attribuzione del potere di autentica ai difensori

È utile ripercorrere i passaggi di tale vicenda non in ottica meramente retrospettiva, ma costruttiva, per capire gli errori e, guardando avanti, evitare di ripeterli.

In origine c'era l'art. 6 della legge n. 53 del 1994, sulle notificazioni da parte degli avvocati a mezzo del servizio postale, secondo cui l'avvocato aveva ed ha, rispetto a tali attività, i poteri dell'Ufficiale giudiziario, dunque pure il potere di autentica. Nel momento in cui, peraltro, sono state introdotte le notifiche a mezzo PEC, il legislatore ha ritenuto che quella disposizione non fosse sufficiente. L'art. 9, comma 1 – *bis*, della citata legge n. 53 del 1994⁷ ha quindi previsto il potere di autentica agli avvocati in relazione alla necessità di provvedere al deposito della copia cartacea di quanto notificato via PEC, e l'articolo 3 – *bis*, comma 2, della stessa legge n. 53 del 1994⁸ ha contestualmente attribuito analogo potere di attestazione per il caso di notifica di copia informatica di originale cartaceo. La legge n. 53 del 1994, l'abbiamo ricordato in precedenza, in base al suo articolo 1, trova applicazione "*in materia civile, amministrativa e stragiudiziale*", ma solo

⁴ Cons. Stato, Ad. Plen. , 19 settembre 2017, sentenza n. 6.

⁵ Corte Cost., 20 novembre 2020, ordinanze nn. 242 e 243.

⁶ In controtendenza deve segnalarsi, sia pure come evento successivo rispetto alla data del presente intervento, l'articolo XV delle regole tecniche del processo costituzionale telematico – contenute nell'allegato A al decreto del Presidente della Corte Costituzionale del 28 ottobre 2021 – in base al quale, "Per quanto non espressamente previsto" dalle menzionate regole tecniche, "si osservano, ove applicabili, le Regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico".

⁷ Comma aggiunto dall'articolo 16-*quater*, comma 1, lett. D), d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

⁸ Articolo inserito dall'art. 16-*quater*, comma 1, lett. d), del citato 179 del 2012.

per “*la notificazione degli atti*”; è allora intervenuto l’art. 16 – *bis*, comma 9 – *bis*, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179⁹, che ha consentito l’estrazione dei duplicati e delle copie (informatiche o cartacee) degli atti presenti nel fascicolo informatico anche fuori dal perimetro delle notificazioni, ma, si badi, solo per il civile.

Regolato (sia pure, come appena ricordato, solo nel civile) il processo di estrazione delle copie in senso “orizzontale” (dal digitale al digitale) o “discendente” (dal digitale al cartaceo), mancava il processo di estrazione in senso “ascendente” (dal cartaceo al digitale)¹⁰. Giunse allora (a ottobre del 2014) la modifica dell’art. 16 – *bis*, comma 2, del d.l. n. 179 del 2012¹¹, che attribuì ai difensori il potere di autenticazione, per atti (e documenti), della copia informatica tratta dal cartaceo, ma, si badi ancora, solo per il processo civile, solo per i depositi, solo per le esecuzioni.

Nel 2015 è così stato introdotto l’articolo 16 – *decies* del d.l. n. 179 del 2012¹², che ha disciplinato un analogo potere di attestazione anche oltre il perimetro delle esecuzioni civili (con esclusione però dei documenti). Parallelamente, l’art. 16 – *undecies* dello stesso d.l. 179 del 2012¹³, nel regolare le modalità di attestazione della copia informatica, quando apposta su un documento separato, ha rinviato alle specifiche tecniche adottate dalla DGSIA del Ministero della giustizia; nel fare ciò, tuttavia, il legislatore non ha adeguatamente considerato che lo stesso art. 16 – *undecies* riferisce il proprio ambito applicativo, tra l’altro, alle disposizioni della legge n. 53/94, testo che, l’abbiamo visto più volte, si applica anche alla materia amministrativa, mentre le specifiche tecniche adottate dalla DGSIA del Ministero della giustizia, cui rinvia la norma primaria, sono una fonte sub-regolamentare valevole solo per il processo civile telematico.

⁹ Comma aggiunto dall’ art. 52, comma 1, lett. a), d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, e successivamente modificato dall’art. 19, comma 1 lett. a), n. 2), d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

¹⁰ Al di fuori del caso specifico previsto dall’articolo 3-*bis*, comma 2, della legge n. 53 del 1994, in precedenza citato nel testo, relativo alla estrazione della copia informatica di un atto analogico ai soli fini della notificazione.

¹¹ Comma modificato dall’ art. 18, comma 4, del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, e, successivamente, dall’ art. 19, comma 1, lett. a), n. 1-*bis*), d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

¹² Articolo inserito dall’ art. 19, comma 1, lett. b), d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

¹³ Articolo inserito dallo stesso art. 19, comma 1, lett. b), d.l. n. 83 del 2015, citato nella nota precedente.

Il processo amministrativo ha poi regolato con propria autonoma disposizione l'attribuzione e l'esercizio del potere di autentica agli avvocati con il decreto legge 31 agosto 2016, n. 168¹⁴. Lo stesso ha fatto la giustizia tributaria, con l'articolo 25-*bis* del D. Lgs 31 dicembre 1992, n. 546¹⁵.

Viene ora da chiedersi: era necessario procedere con in maniera così parcellizzata, per minime porzioni applicative, per ogni singolo ambito giurisdizionale? Non si poteva, invece, e non si potrebbe anche oggi, con una disposizione che faccia venire meno tutte le altre, attribuire un generale potere di autenticazione ai difensori, sia pure finalizzato alle esigenze di notifica e di deposito (per non attribuire loro una impropria qualità di pubblici ufficiali fuori dal perimetro processuale), per tutti i provvedimenti, gli atti e i documenti detenuti in originale o in copia conforme? Ben vengano i nuovi strumenti, illustrati dagli amici e Colleghi Avvocati Carla Secchieri e Giovanni Rocchi, ma anch'essi andranno normati, e lo si dovrà fare con una mentalità diversa per non ritrovarsi ancora nei labirinti del passato.

3. La difficile (e non più rinviabile) ricerca di regole e strumenti comuni per i processi telematici. Conclusioni

Il punto di arrivo di queste brevi riflessioni è consueto per noi che partecipiamo a questi momenti, da anni esposto dall'Avvocatura dello Stato (qui a Capri sin dal 2018, ma in altre, ufficiali occasioni, sin dal 2013), ed è che sarebbe un valore l'armonizzazione delle regole, delle piattaforme e degli strumenti tecnologici. È difficile ma sta diventando imprescindibile – come l'avvio del processo civile telematico avanti alla Corte di Cassazione ha reso plasticamente evidente, e come l'imminente arrivo del processo costituzionale telematico renderà ancora più avvertito – il dialogo tra le piattaforme tecnologiche, la condivisione di dati e documenti.

Affinché il cambiamento sia evolutivo e non involutivo, occorre avere come faro ispiratore l'innalzamento del livello di automazione: nell'ufficio giudiziario, tra gli uffici giudiziari e nelle relazioni con gli utenti esterni. In questo senso occorre, per esempio, necessariamente far evolvere i sistemi informativi verso

¹⁴ Precisamente, l'art. 7, comma 1, lett. b), n. 3), del d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197, ha inserito il comma 2 – *ter* all'articolo 136 del CPA, con cui è stato, per l'appunto, attribuito il potere di autenticazione ai difensori nel processo amministrativo.

¹⁵ Articolo inserito dall'art. 16, comma 1, lett. b), d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2018, n. 136.

forme di cooperazione sistemistica e applicativa. Occorre scaricare l'uomo (sia l'utente interno che esterno) delle operazioni manuali. L'Avvocatura dello stato, che qui ho l'onore di rappresentare insieme all'Avvocato Generale, esprime un'organizzazione complessa, capace di muovere, in questa porzione di anno, 750.000 spedizioni in uscita e 1 milione in entrata. Senza adeguati livelli di automazione, assicurati dalla cooperazione tra i sistemi informatici, appunto, muoiono i sistemi, e con loro l'uomo.

Uniformare le regole, ricordo, non vuol dire uniformare i processi giurisdizionali, ma le norme, in qualche modo tecniche, per le parti che possono essere comuni. Dato per esempio che in un determinato rito si notifica con un certo anticipo, o entro un certo tempo rispetto ad uno specifico evento, la modalità con cui si esegue la notifica ben potrebbe seguire regole comuni.

Considerazioni analoghe si possono svolgere per il momento di esecuzione dei depositi, per le firme, per i registri di riferimento dei domicili digitali, per gli originali, i duplicati e le copie da o verso documenti informatici.

Questi sono proprio i terreni sui quali coltivare una normazione condivisa.

Non ci sono, all'attualità, regole programmaticamente comuni, ma solo embrioni di regole comuni. Si è detto della legge n. 53 del 1994, per le notificazioni telematiche, che si applica, in ambito processuale, solo al civile e all'amministrativo¹⁶; il d.l. n. 179 del 2012 è diventato in qualche imperfetto modo il luogo di raccolta delle disposizioni di rango primario nella materia dei processi telematici, ma solo per il civile, poi esteso in una certa misura all'amministrativo e al contabile. Nell'attuale scenario normativo, la disposizione più "unitaria" e trasversale alle giurisdizioni è l'articolo 2, comma 6, del CAD, che è però un testo normativo in materia di amministrazione e non di giustizia digitale.

Manca e serve, dunque, un testo unico, organico, delle norme sui processi telematici.

Manca e serve, poi, una piattaforma tecnologica comune.

Non siamo soli nella battaglia che ho qui provato a sintetizzare; abbiamo trovato lungo il cammino molti alleati, in questa sala tutti autorevolmente rappresentati, poi altri giovani sostenitori che ne hanno recentemente afferrato la bandiera; risultati concreti, però, occorre ammettere, ancora non se ne vedono.

¹⁶ Il processo tributario si è dato una disciplina autonoma, agli articoli 16 e 16-bis del citato d.lgs. n. 546 del 1992 (il primo come da ultimo modificato dall'articolo 9, comma 1, del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 156, ed il secondo come inserito dall'articolo 16, comma 1, del decreto legge 23 ottobre 2018, n. 119, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2018, n. 136).

Manca anche un luogo nel quale discutere di questo. C'è il convegno di Capri, certo. C'era il tavolo cosiddetto delle "Intermagistrature telematiche", che non è stato più convocato, né rinnovato. Era comunque una iniziativa autonoma, una sorta di autogestione, nell'ambito della quale, ricordo, venne elaborata una bozza di legge delega proprio per l'adozione di norme comuni in materia di informatizzazione dei servizi giudiziari e dei processi telematici. Sarebbe forse utile che si (ri)trovasse un luogo riconosciuto di discussione istituzionale.

Si sta muovendo tutto, si va, secondo il principio *once only*, verso il *data center* nazionale unico delle pubbliche amministrazioni, in materia di autenticazione opera l'identità unica certificata da Spid; è dunque ora che si muovano anche i processi telematici. Occorre partire e farlo insieme. Per andare in un luogo più confortevole, dal punto di vista sia normativo che tecnologico, di quello attuale. Gli strumenti per realizzare tutto questo ci sono, ci sarebbero; occorre la volontà. Parafrasando Marguerite Yourcenar di "Memorie di Adriano", e in qualche modo ricordando, anche qui, il Consigliere Sergio Brescia, cerchiamo di entrare nel nuovo a occhi aperti; senza paura, dunque. Sappiate, per questo, di potere contare sulla ferma volontà, sulla partecipazione e, se necessario, la spinta dell'Avvocatura dello Stato.

Il portale del processo telematico: il punto di vista della avvocatura

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le prime impressioni. – 3. La disciplina del deposito al portale prevista dal Decreto Ristori. – 4. Il deposito della nomina. – 5. La denuncia – querela. – 6. L'atto di opposizione alla richiesta di archiviazione – 7. Malfunzionamenti e interruzioni – 8. Problemi residuali al portale. – 9. Inosservanza delle caratteristiche tecniche degli atti e degli allegati.

1. Introduzione

Il perimetro del mio intervento è tracciato nel titolo – l'impatto nella vita dell'avvocato del processo penale telematico – che non ho voluto interpretare come testimonianza diretta dei problemi, anzi dei comprensibili disagi, che questa rivoluzione ha comportato nella nostra attività professionale, ma in chiave assolutamente costruttiva.

E, poiché nell'immaginario collettivo, ma direi anche nella pratica quotidiana, l'avvocato è identificato come il professionista delle **eccezioni**, spesso, lo riconosco, cavillose, ma in altri casi assolutamente fondate, affinché il mio intervento possa essere, non solo credibile, ma soprattutto utile e interessante anche per voi, darò un taglio pratico alla mia relazione, passando in rassegna le questioni che si sono poste all'attenzione del mondo dell'avvocatura in questi mesi e che, inevitabilmente, saranno sollevate dinanzi all'Autorità giudiziaria nell'immediato futuro.

2. Le prime impressioni

Parto da una premessa necessaria, e cioè che l'art. 24 del Decreto Ristori, poi convertito con alcune modificazioni in legge, era destinato nelle intenzioni del legislatore, stando almeno alla sua **rubrica**, a **semplificare** l'attività degli avvocati e delle cancellerie nella vigenza dell'emergenza sanitaria, rispondendo così alla necessità di limitare quanto più possibile sia gli spostamenti che i contatti con gli uffici giudiziari.

Il legislatore ci ha invece consegnato un sistema, certamente rivoluzionario, se si guarda al passato, e in prospettiva probabilmente più comodo ed efficiente di quello ordinario, ma che **all'inizio ha tradito questo obiettivo**.

Dico questo perché gli avvocati, dall'oggi al domani, e nel pieno della pandemia, hanno trovato le porte delle cancellerie letteralmente chiuse e un sistema, parlo quantomeno del portale, a loro sconosciuto, che non prevede la semplice **possibilità**, ma l'**obbligo del deposito telematico**, in relazione a una serie di atti attraverso i quali si esercita in concreto l'attività difensiva.

Questo ha, nei primi mesi, generato profondo **malumore** nella mia categoria che, come tutte le categorie lavorative italiane, è sempre refrattaria al cambiamento.

Anzitutto, per un problema di tipo culturale, o se vogliamo caratteriale, e cioè perché non si è colta da subito l'enorme potenzialità di un sistema che consente, comodamente seduti davanti al proprio PC, il deposito a distanza, anche dall'altra parte dell'Italia, valorizzando invece in chiave negativa l'aspetto, indiscutibile, dell'aggravio di tempo che la formazione del documento telematico, e soprattutto il rispetto di determinate caratteristiche tecniche, impone.

Secondariamente, dico l'ovvio, perché l'innovazione ha costretto gli avvocati e i cancellieri a confrontarsi **in tutta fretta** con una realtà, come quella telematica – digitale, sconosciuta a molti, in particolar modo ai più anziani. E questa innovazione, badate bene, è stata introdotta **con una discutibile scelta legislativa**, che ha rinunciato a un periodo di sperimentazione tale da consentire l'affiancamento del deposito al portale a quello cartaceo, **come invece è stato previsto per le PEC**. Questo a riprova, laddove ce ne fosse bisogno, che la pandemia è stata l'occasione, **e non già la ragione, dell'introduzione del portale**.

Il terzo motivo di malumore è dovuto al fatto che il portale è rimasto vittima inizialmente di ripetute interruzioni e malfunzionamenti, tradottisi in una vera e propria **impossibilità di accesso al sistema**, che, oltre a generare comprensibili nervosismi, **specie in prossimità della scadenza dei termini previsti dall'art. 415-bis c.p.p.**, non sono stati da subito affiancati da una **norma ad hoc** in grado di spiegare agli avvocati e alle Procure quale fosse la procedura di deposito, alternativa al portale, idonea a garantire ai difensori di rimanere al riparo dalle future eccezioni di inammissibilità.

Le difficoltà del primo periodo hanno interessato anche il deposito a mezzo PEC, che però, a differenza del portale, è sempre stato concepito come un meccanismo alternativo al cartaceo e più agevole nell'uso.

I problemi, lo vedremo più avanti, hanno riguardato essenzialmente, e questo è un tratto comune al portale, la necessità di predisporre atti e allegati **con specifiche tecniche** sconosciute agli avvocati, oltre che al codice, atti che spesso le cancellerie non erano in grado neanche di aprire, perché il loro sistema informatico non era aggiornato.

Io vi porto l'esperienza delle cancellerie a Catania, che non erano in grado di aprire un PDF contenente la lista testi, perché il loro PC non era dotato di un software per la lettura della firma digitale: software che non si poteva neanche installare, in quanto il cancelliere non aveva i diritti di amministratore sul computer.

Tutto questo ha costretto alcune cancellerie a chiedere agli avvocati di depositare un atto con caratteristiche tecniche diverse da quelle consentite, ad esempio non firmato digitalmente. A questo, si aggiunga, in molti Tribunali, la mancata attivazione degli indirizzi individuati con provvedimento DGSIA, gli unici, come sapete, abilitati alla ricezione di un atto con valore legale.

Molti avvocati sprovvisti o colpevolmente poco pratici della materia, spesso compulsati dalle stesse cancellerie, hanno quindi depositato atti rilevanti, penso ad esempio alla lista testimoni o a un'istanza di riesame, facendo ricorso a PEC diverse da quelle indicate dal DGSIA, o comunque formandoli con caratteristiche tecniche non consentite, correndo il rischio di eccezioni di inefficacia o inammissibilità.

3. La disciplina del deposito al portale prevista dal Decreto Ristori

Fatte queste premesse doverose, voglio adesso concentrarmi su alcuni temi che riguardano il deposito mediante portale.

La prima questione, che è prodromica alla comprensione di quanto dirò più avanti, attiene alla **tecnica normativa di selezione** degli atti per i quali è previsto.

Nella sua prima stesura, l'art. 24, comma 1, indicava esclusivamente gli atti elencati dall'art. 415-*bis* c.p.p. Rispetto a questa prima elencazione, dal punto di vista interpretativo, il perimetro sembra abbastanza chiaro. E quindi il portale non riguarda genericamente tutti gli atti provenienti dal difensore **successivi all'emissione dell'avviso**, ma solo quelli che sono espressamente individuati dalla norma e qualificati dal segmento temporale dei 20 giorni.

Lo dico perché, nella mia esperienza, molti colleghi sono incorsi invece nell'errore opposto, cioè di considerare come obbligatorio il deposito al portale per tutti gli atti che seguono l'emissione dell'avviso, compresi quelli successivi alla scadenza dei 20 giorni. Invece, gli atti successivi alla scadenza dei 20 giorni – penso a una proposta di patteggiamento da indirizzare al PM in vista dell'udienza preliminare – seguono il regime di deposito cartaceo o a mezzo PEC.

Il comma 2 dell'art. 24, con una sorta di norma processuale in bianco, ha rimesso poi a uno o più Decreti del Ministro della Giustizia il compito di selezionare gli ulteriori atti per i quali il deposito tramite portale avrebbe dovuto essere – **stando almeno alla lettera della norma** – semplicemente “possibile”.

Possibile. Questo c'è scritto nella norma, che non si presta a letture alternative.

L'art. 1 del Decreto del Ministro Bonafede del 13.1.21 ha invece previsto che il deposito dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, della denuncia, della querela e della relativa procura speciale, della nomina del difensore e della rinuncia o revoca del mandato, anche di parti diverse dall'indagato, avvenga **“esclusivamente”** mediante il portale.

Qui iniziano i primi veri problemi.

Perché questa è stata una scelta discutibile, non soltanto dal punto di vista delle scelte di politica giudiziaria, ma **anche della conoscenza del sistema della gerarchia delle fonti.**

Dico questo, pur non essendo un esperto di diritto pubblico, ma proprio appellandomi ai principi basilari della materia, perché il Decreto Bonafede è con ogni evidenza un **atto amministrativo illegittimo, in quanto contra legem**, prevedendo l'obbligatorietà del deposito al portale, laddove l'art. 24, comma 2, lo aveva immaginato chiaramente come **facoltativo**. Dalla illegittimità consegue dunque, come dirò meglio più avanti, la possibilità per il Giudice penale di disapplicarlo.

Faccio qui una breve digressione, solo per informarvi, essendo la notizia sconosciuta ai più, che la Camera penale di Catania, del cui Direttivo faccio parte, proprio sotto questo profilo di illegittimità, ha impugnato dinanzi al Tar Lazio il Decreto Bonafede ai fini dell'annullamento. La questione è attualmente *sub iudice*.

Non nascondo che questa iniziativa abbia risposto a finalità prevalentemente politiche, essendo la

Camera penale un'associazione privata rappresentativa di interessi di categoria, ma l'accoglimento della questione potrebbe portare in futuro a ridiscutere complessivamente il sistema.

4. Il deposito della nomina

Quanto ho detto sinora consente di allacciarmi al tema che mi sta più a cuore, perché coinvolge **l'atto che per definizione rappresenta il primo requisito di legittimazione per l'esercizio dell'attività difensiva**: la dichiarazione di nomina.

Dall'introduzione del codice di rito, gli avvocati sono sempre stati abituati a una regola, che è chiara nella sua assoluta semplicità, prevista dall'art. 96 del c.p.p., e cioè che la nomina è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente ovvero **consegnata alla stessa dal difensore** o trasmessa con raccomandata.

Questa norma contiene due principi fondamentali. Il primo è che la nascita del rapporto, che ha natura privatistica, tra difensore e assistito non richiede particolari formule sacramentali. Il secondo, il più importante, che vi chiedo di tenere particolarmente a mente, è il **principio di immediatezza**: significa che quel rapporto di natura privatistica deve essere esteriorizzato, quindi portato a conoscenza dell’Autorità procedente, **senza alcun ostacolo**. La logica dell’immediatezza è fin troppo ovvia e non mi soffermo oltre.

Ora, il Decreto Bonafede stabilisce che, **nella sola fase delle indagini preliminari**, la nomina del difensore di una delle parti, e in particolar modo dell’indagato, deve essere obbligatoriamente depositata al portale.

Il Provvedimento del DGSIA del 24 febbraio 2021, che ricordiamolo è **un atto amministrativo**, ha però introdotto una creatura giuridica sconosciuta al codice, imponendone come vedremo una deroga sostanziale sotto diversi profili, creatura che rappresenta un vero e proprio presupposto **in difetto del quale al difensore è impedito depositare la nomina con l’immediatezza richiesta dall’art. 96 c.p.p.**: sto parlando del cosiddetto “atto abilitante”.

Il caricamento al portale dell’atto abilitante è infatti obbligatoriamente richiesto per il deposito della nomina, quando **non è stato ancora emesso l’avviso di conclusioni delle indagini preliminari o notificata la richiesta di archiviazione**.

E che cos’è? È l’atto attraverso il quale il difensore dimostra come ha saputo dell’esistenza del procedimento, e con esso del R.G.N.R. e del nome del Pubblico Ministero: ad esempio, l’istanza *ex* 335 c.p.p., il verbale di convalida del sequestro, la richiesta di proroga delle indagini, etc.

Sul piano pratico, oltre a caricare l’atto abilitante, l’avvocato, a mente dell’art. 7, comma 1, lett. a), per poter essere abilitato a depositare la nomina, deve obbligatoriamente inserire nel portale i “dati richiesti dal sistema” e cioè, per come previsto anche dal “Manuale utente”, **il numero del procedimento e le generalità del Pubblico Ministero titolare del fascicolo**.

Lo traduco in parole più semplici: se il difensore possiede questi dati, ma non ha la disponibilità fisica dell’atto abilitante che dimostra come li ha conosciuti, non può depositare la nomina. Voi direte: peggio per l’avvocato che non è stato diligente nel conservarlo. Purtroppo, questo non dipende sempre dalla diligenza dell’avvocato. E vi voglio fare un esempio, affatto di scuola, per dimostrare cosa intendo dire.

Si immagini che Tizio, già difeso dall’Avvocato Caio nell’ambito di un procedimento del quale abbia avuto notizia all’esito di istanza *ex* art. 335 c.p.p., decida di revocare il mandato e di nominare l’Avv. Serpotta. Il cliente viene al mio studio, portandomi le carte che gli ha consegnato il precedente difensore, tra le quali non c’è alcun atto abilitante. Non c’è, perché il mio predecessore è un pessimo avvocato e non ha avuto cura di conservarlo. Sul frontespizio del fascicolo

del difensore che mi viene consegnato, però, c'è scritto il numero di R.G.N.R. e il nome del Pubblico Ministero, conosciuti legittimamente in forza di quell'atto non conservato. A questo punto, Tizio mi conferisce la nomina, ma io non posso depositarla, se non prima di avere fatto una nuova istanza *ex art. 335 c.p.p.* e averne atteso gli esiti, che in media sapete non arrivano prima di una settimana.

C'è dunque un segmento temporale nel quale è impossibile depositare la nomina. La cosa grave, a mio avviso, non è tanto che questo ostacolo sia stato introdotto con un atto amministrativo, che non ha alcun requisito di legittimazione in una fonte di rango superiore, ma il fatto che, impedendo il deposito tempestivo della nomina, questo meccanismo consente di **neutralizzare tutte le garanzie di libertà per il difensore disciplinate dall'art. 103 c.p.p.**

Continuiamo nell'esempio di cui sopra. Tizio mi ha già conferito la nomina, ma io non ho potuto depositarla in Procura, che quindi non sa della mia esistenza. Nelle more che io abbia ottenuto l'esito del 335 c.p.p., gli investigatori potrebbero sequestrare presso il mio studio carte o documenti relativi all'oggetto della difesa. Oppure, captare una conversazione tra me e il mio assistito, che sarebbe certamente utilizzabile, stando almeno a quella giurisprudenza più rigorosa che ancora la garanzia di inviolabilità alla effettiva formalizzazione della nomina.

Bisogna allora chiedersi quale sia la ragione per la quale viene richiesto l'atto abilitante.

La Camera penale di Catania ha avuto la possibilità di conoscere in esclusiva il pensiero del DGSIA, che è esplicitato a chiare lettere nella memoria difensiva depositata in atti nell'ambito del giudizio promosso dinanzi al TAR, cui ho fatto prima cenno.

La ragione è quella di evitare le cosiddette "*nomine esplorative o preventive*". Si dice: se consentiamo all'avvocato di depositare una nomina senza indicare R.G.N.R. e nome del PM, quindi una nomina generica, qualora venisse respinta perché non c'è un procedimento iscritto a carico del cliente, l'avvocato capirebbe che il suo assistito non è indagato, così violandosi le disposizioni di cui all'art. 335 c.p.p.

Questa è una risposta francamente non accettabile, non tanto per quel rumore di sottofondo che vorrebbe l'avvocato brigare per sapere se il cliente è indagato, ma perché non coglie il vero cuore del problema.

Il tema che a noi sta a cuore non è affatto la nomina esplorativa o generica, rispetto alla quale condividiamo le ragioni del DGSIA. **Perché è chiaro che l'art. 96 non la consente, in quanto la dichiarazione di nomina presuppone sempre e logicamente che un procedimento esista.**

Noi invece contestiamo che non si possa più depositare immediatamente una nomina, pur contenendo la stessa l'indicazione del R.G.N.R., solo perché non accompagnata da un atto che dimostri come abbiamo saputo dell'esistenza del procedimento.

Rispetto a questa ipotesi, le preoccupazioni del DGSIA non hanno letteralmente senso, perché, qualora il numero indicato dal difensore fosse sbagliato, il deposito verrebbe sì respinto, ma il rigetto non consentirebbe di escludere che l'assistito sia indagato in un procedimento con un numero diverso.

Quindi qui non si aggira affatto l'art. 335 c.p.p.

A questo aggiungo un dato ulteriore.

Non si comprende la ragione logico – giuridica per la quale il difensore non possa depositare una nomina, anche in difetto della sola indicazione del nome del P.M.

Tralascio anche qui l'assenza di riferimenti normativi nel codice. Ma prendete il caso, affatto infrequente, in cui una persona viene identificata dalla P.G. e nel relativo verbale c'è solo l'R.G.N.R., senza indicazioni del nome del P.M. Qui, addirittura, io ho un atto *parabilitante*, ma incompleto per ragioni a me non imputabili. Il cliente, volendo revocare il precedente difensore, porta l'atto al nuovo avvocato, lo nomina e questi non la può depositare al portale perché non può indicare il nome del P.M. **Ma qual è la ragione di tutto questo?**

Oppure, considerate il caso che il cliente consegna un'istanza *ex art. 335 c.p.p.* avanzata un anno prima dal precedente legale. Nel frattempo, il fascicolo è stato riassegnato ad altro P.M. Il nuovo avvocato non potrebbe depositare la nomina, e dovrebbe fare una nuova istanza *ex art. 335 c.p.p.*, per ottenere il nuovo nominativo.

Ecco, non trovate che tutte queste siano delle storture che, in nome di non comprensibili esigenze organizzative, pregiudicano in concreto, o quantomeno complicano, l'attività difensiva?

Volendo essere costruttivi. Qual è la soluzione? È semplice: **il sistema deve consentire il deposito di una nomina che contenga semplicemente il riferimento del numero di R.G.N.R., così come è sempre stato in passato.**

Altro tema, connesso col precedente e motivo di sofferenza nell'avvocatura, è questo: **cosa fare nel caso di identificazione con riserva di nomina del difensore.**

Caso di scuola: Tizio viene fermato dai Carabinieri. Sottoposto ad alcol test, risulta positivo. Quindi viene identificato. È notte, non comprende molto di quello che sta succedendo, in più è ubriaco, non conosce un avvocato e **si riserva di nominarlo.**

Il giorno dopo, si presenta al mio studio e intende nominarmi. Se io raccogliessi la nomina, non potrei depositarla al portale, perché non ho ancora R.G.N.R. e il nome del P.M., che ancora non ci sono, in difetto di immediata iscrizione della notizia di reato.

Il cliente dovrebbe allora tornare dalla P.G. e l'Ufficiale dovrebbe redigere un nuovo verbale. Nella mia esperienza, vi dico che un tempo la P.G. era molto

refrattaria a raccogliere la nomina fatta il giorno successivo. La risposta tipo era: abbiamo già trasmesso la notizia di reato in Procura, la depositi lì. Se io andavo in Procura, però, l'impiegato mi rispondeva che la notizia di reato non era ancora stata iscritta. Quindi non accettavano la nomina con l'allegazione del verbale di identificazione, perché non avevano fisicamente dove collocarla.

A Catania, abbiamo risolto il problema in mezz'ora. Così: una direttiva del Procuratore prevede che, nelle 48 ore successive all'identificazione, **la P.G. tratterà il fascicolo e quindi il soggetto potrà dichiarare personalmente la nomina a verbale**. Successivamente, l'eventuale nomina depositata alla P.G. dovrà essere da questa comunque raccolta. La P.G. provvederà a inoltrare poi la nomina alla Procura tramite PEC.

Qual è una soluzione alternativa: **la nomina dell'indagato può essere trasmessa con raccomandata**, creando anche qui, però, un intervallo di tempo tra la formalizzazione e l'effettiva conoscenza da parte dell'Autorità procedente.

Cosa succede se io deposito una nomina al cartaceo?

Non sono mancati casi in cui le cancellerie hanno comunque raccolto la nomina depositata in Procura in formato cartaceo. Ora, ipotizziamo che il Pubblico Ministero, interpretando questo tipo di deposito inefficace, perché non consentito, ometta di notificare al difensore l'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.* e il decreto di citazione diretta a giudizio.

L'avvocato eccepirà ovviamente la nullità. Il Giudice che farà? Io credo che questo sia uno di quei casi che si porrà alla vostra attenzione in futuro e la risposta, a meno di mettere in crisi il sistema alla base, sia una e una sola. Il Decreto Bonafede è un atto amministrativo illegittimo, prevedendo come obbligatorio un deposito che era stata concepito come facoltativo al cartaceo e, in più, non ha la forza e il potere di derogare al codice di rito.

Quindi, se l'atto è illegittimo, **il Giudice può e deve disapplicarlo e ritenere efficace il deposito cartaceo**.

5. La denuncia – querel

Un altro tema controverso riguarda il deposito della denuncia – querela.

Stando alla lettera del D.M. 13.1.21, la denuncia e la querela che l'avvocato deve obbligatoriamente depositare tramite portale è **unicamente** quella per la quale è stata conferita la procura speciale prevista dagli artt. 333 e 336 c.p.p. e disciplinata dall'art. 122 c.p.p.

La norma, infatti, dice: *“la denuncia di cui all'art. 333 del codice di procedura penale, la querela di cui all'art. 336 del codice di procedura penale e la relativa procura speciale”*.

In sostanza, è il caso in cui **l'avvocato redige e sottoscrive in prima persona l'atto.**

Questa ipotesi non va invece confusa con quella, disciplinata dall'art. 337 c.p.p., che riconosce all'interessato la possibilità di redigere la querela personalmente, ma di incaricare un'altra persona al deposito, a condizione però che la sua sottoscrizione sia autenticata. Si tratta dell'ipotesi più frequente nella prassi, perché l'avvocato non vuole mai assumersi il rischio di una denuncia per calunnia e quindi non redige mai l'atto in prima persona.

Quando in calce alla querela redatta e firmata dall'interessato voi leggete frasi del tipo “nomino l'Avvocato Serpotta, che espressamente delego al deposito del presente atto”, non vi trovate quindi di fronte alla procura speciale prevista dall'art. 336 c.p.p., che ha appunto il potere di legittimare l'avvocato a redigere personalmente l'atto secondo i limiti di cui all'art. 122 c.p.p., ma solo a una dichiarazione di nomina, prevista dall'art. 101 c.p.p., che è funzionale a riconoscere al difensore il **potere di autenticare la sottoscrizione, così come riconosciuto dall'art. 39 disp. att., in vista della delega al deposito in favore di un terzo incaricato.**

Ecco, questa seconda ipotesi non può essere compresa tra quelle per le quali il deposito al portale è possibile e obbligatorio, e ciò per il semplice fatto che **non ci troviamo di fronte a un atto del difensore**, l'unico legittimato in questo senso e a cui sono rivolte espressamente le disposizioni normative in rassegna, ma a un atto della parte privata. In questo secondo caso, quindi, si procede nelle forme ordinarie presso l'Ufficio ricezione atti della Procura o dinanzi a qualsiasi Ufficiale di Polizia giudiziaria.

La conferma deriva anche dal manuale utente del portale, che prevede espressamente che, in caso di deposito di denuncia – querela da parte del difensore, è sempre necessaria la presenza della procura speciale, inserita come parte integrante dell'atto stesso o come allegato. La necessità della procura speciale, richiesta solo nell'ipotesi in cui il difensore rediga personalmente l'atto, e non già nel caso in cui sia semplicemente delegato al deposito, chiude dunque il cerchio.

Ho fatto questa lunga premessa, perché diversi Uffici di Procura di altre città d'Italia accedono a una interpretazione estensiva del D.M. del 13.1.21, ritenendo che anche la denuncia – querela per la quale l'avvocato non abbia la procura speciale di cui all'art. 336 c.p.p., ma la semplice delega al deposito di cui all'art. 337 c.p.p., vada depositata al portale.

Al di là del fatto che in questo Paese non si è capaci di scrivere una norma che si presti a una lettura univoca, il problema è che questa seconda interpretazione, contrasta apertamente con il dato normativo e darà il là in futuro ad **eccezioni di improcedibilità.**

Immaginate, ad esempio, che il difensore utilizzi il portale per depositare la querela redatta dalla parte e per cui è stato semplicemente incaricato al deposito,

quindi in difetto di procura speciale a redigerla. Fossi il difensore dell'indagato/imputato **eccepirei che è stata depositata con modalità non consentite dalla legge**, con conseguente improcedibilità dell'azione.

Vi dico chiaramente che, in assenza di regole certe, gli avvocati farebbero bene a non farsi più delegare al deposito. L'unico meccanismo che pone infatti al riparo da future eccezioni è **quello di far depositare personalmente la querela all'interessato**.

In alternativa, l'avvocato delegato potrà depositare l'atto presso l'Ufficiale di polizia giudiziaria. Ciò appare consentito dall'art. 24, che disciplina come obbligatorio il portale **solo per il deposito agli Uffici della Procura**.

6. L'atto di opposizione alla richiesta di archiviazione

L'aspetto forse più tragicomico, passatemi il termine, collaterale alle recenti innovazioni normative, attiene al deposito dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, perché la lettura complessiva della disciplina introdotta sul punto legittima una incertezza interpretativa che non ha precedenti e di cui verrete certamente investiti nell'immediato futuro.

Tralascio la circostanza, prendetela come nota di colore, che il Decreto Bonafede, nel selezionarla come una delle ipotesi per le quali è previsto il deposito obbligatorio al portale, parli di "opposizione all'archiviazione" e non alla richiesta di archiviazione. Ma il Ministro Bonafede faceva l'avvocato civilista e gli perdoniamo questo e molte altre cose ancora.

Al di là della "sgrammaticatura", si deve rilevare che il riferimento esplicito all'art. 410 c.p.p. **rischia anzitutto di tenere fuori dal perimetro applicativo** della previsione l'opposizione alla richiesta di archiviazione presentata a norma dell'art. 411, comma 1 bis, ovvero laddove il P.M. **abbia formulato l'istanza per la particolare tenuità del fatto a norma dell'art. 131-bis c.p.**

Il Decreto Bonafede ha poi aperto un dibattito interno all'avvocatura, perché alcuni colleghi avevano sempre depositato l'opposizione presso la cancelleria del G.I.P.

Stando alla lettura dell'art. 126 disp. att. "il Pubblico Ministero trasmette gli atti al G.I.P. decorsi i 20 giorni dalla notifica della richiesta di archiviazione, oppure prima, se è stata depositata opposizione".

Sembrerebbe ricavarsi quindi che l'opposizione vada depositata presso la segreteria del Pubblico Ministero e quindi al portale.

Troverete però molte sentenze che invece legittimano il deposito al G.I.P. anche dentro l'arco temporale dei 20 giorni, oltre che alla scadenza degli stessi. E questo perché l'opposizione non ha natura di impugnazione, per cui **deve es-**

sere necessariamente presentata presso la cancelleria del giudice che procede e non presso la segreteria del pubblico ministero.

Se quest'ultima interpretazione fosse corretta, e in ogni caso decorsi i 20 giorni dalla notifica della richiesta, l'atto di opposizione andrebbe depositato, non al portale, ma via PEC o in formato cartaceo alla cancelleria del G.I.P.

Il dato però più preoccupante è che il Decreto Bonafede ha di fatto dimenticato che l'opposizione alla richiesta di archiviazione risulta espressamente menzionata dall'art. 24 del Decreto Ristori fra gli atti per i quali è consentito il deposito mediante PEC, in forza del combinato disposto dei commi 4, 6-bis e 6-quinquies.

Qui, emerge un'evidente antinomia: da un lato il Decreto Ministeriale prevede il deposito "esclusivamente" mediante il portale dell'opposizione; dall'altro lato il d.l. n. 137/2020, poi convertito in legge, consente il deposito mediante PEC dello stesso atto.

Ora, qualcuno valorizza una frase di chiusura dello stesso art. 24, laddove si dice che "l'invio a mezzo PEC degli atti previsti dai commi 1 e 2 (quindi anche quelli individuati con Decreto ministeriale) non è consentito e non produce alcun effetto di legge". Questo deporrebbe per la necessità che si proceda al portale.

Altri, invece privilegiano la prevalenza delle disposizioni del Decreto legge, poi convertito, su quelle del Decreto ministeriale, superando la contraddizione nel senso di ritenere comunque consentito il deposito dell'opposizione di cui all'art. 410 c.p.p. sia a mezzo PEC, sia mediante il portale. Questa interpretazione appare corroborata dal tenore letterale del comma 6 quinquies dell'art. 24, d.l. n. 137/2020, il quale ancora oggi (dunque anche a seguito dell'emanazione del D.M. 13 gennaio

2021) prevede espressamente la facoltà (non l'obbligo) del deposito dell'opposizione ex art. 410

c.p.p. mediante posta elettronica certificata: e tale previsione non può ritenersi implicitamente abrogata da una norma di rango inferiore nella gerarchia delle fonti, benché posteriore.

Su questa incertezza interpretativa, a mio avviso, a seconda della tesi alla quale si aderisce, potreste essere chiamati a dare una risposta in futuro, laddove fosse eccepita l'inammissibilità dell'atto di opposizione depositato con modalità non consentita.

Anche in questo caso, per non rischiare, resta ferma la facoltà per la persona offesa di depositare personalmente l'opposizione all'inazione del p.m. in formato cartaceo.

7. Malfunzionamenti e interruzioni

Il portale è rimasto vittima inizialmente di ripetute interruzioni e malfunzionamenti, rispetto ai quali non vi era ancora una norma ad hoc che disciplinava strumenti alternativi di deposito.

Molti di noi si sono ritrovati, per esempio, alla scadenza del ventesimo giorno previsto dall'art. 415-*bis* c.p.p., con un sistema che non era accessibile. Questo ha dato vita a una, passatemi il termine, legislazione suppletiva e di emergenza da parte di alcuni Uffici di Procura, che hanno autorizzato un deposito eccezionale, cartaceo o a mezzo PEC, in luogo di quello al portale, non previsto, anzi categoricamente escluso dalla norma.

Il comma 6 dell'art. 24 testualmente recita:

“Per gli atti di cui al comma 1 e per quelli che saranno individuati ai sensi del comma 2 l'invio tramite posta elettronica certificata non è consentito e non produce alcun effetto di legge”.

Non è una questione puramente teorica.

Immaginate una richiesta di interrogatorio *ex art. 415-bis* c.p.p., depositata a mezzo PEC, in forza di una direttiva del Procuratore che all'epoca lo consentiva, laddove il portale non avesse funzionato. Immaginate ora che il P.M. abbia omesso di procedervi. Il difensore potrebbe eccepire la nullità della richiesta di rinvio a giudizio.

Il Giudice, paradossalmente su deduzione dello stesso P.M. che lo aveva consentito in forza di una direttiva del suo Procuratore, non dovrebbe accogliere l'eccezione di nullità, **perché la richiesta di interrogatorio è stata depositata con modalità non consentite dalla norma.**

Il Decreto dell'aprile del 2021 ha oggi, invece, previsto che il malfunzionamento del portale è attestato dal Direttore generale per i servizi informativi automatizzati, è segnalato sul Portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia e costituisce caso di forza maggiore ai sensi dell'articolo 175 del codice di procedura penale.

Nei casi previsti dal comma 2 bis, fino alla riattivazione dei sistemi, l'autorità giudiziaria precedente può autorizzare il deposito di singoli atti e documenti in formato analogico. L'autorità giudiziaria può autorizzare, altresì, ***il deposito di singoli atti e documenti in formato analogico per ragioni specifiche ed eccezionali.*** Tra i quali, certamente rientra a mio avviso proprio il caso di un malfunzionamento temporaneo non accertabile dal Ministero. Quindi, se io non riesco ad accedere al sistema, faccio uno screenshot del PC e lo allego all'atto depositato via PEC.

8. Problemi residuali al portale

Affronto velocemente alcune questioni residuali che attengono al funzionamento del portale.

La prima è che il portale non consente l'allegazione di file in formato diverso dal PDF. Quindi, video, audio, documenti cartacei non scansionabili, devono necessariamente essere depositati in formato analogico, nonostante l'assenza di una disciplina sul punto.

La seconda è che il sistema non consente di **attestare la natura e il contenuto del documento depositato**. Ad esempio, se io deposito una richiesta di interrogatorio all'esito della notifica dell'avviso di conclusioni indagini, la ricevuta dice semplicemente che ho depositato un allegato.

Questo può essere un problema, nell'ipotesi in cui il P.M. omette di procedervi, perché il difensore che eccepisce la nullità non può provare l'avvenuto deposito della richiesta. È ragionevole ritenere, dunque, che in caso di eccezione sia il P.M. a documentare il tipo di atto depositato.

9. Inosservanza delle caratteristiche tecniche degli atti e degli allegati

Un'ultima tema fondamentale, comune sia al deposito tramite portale, che a mezzo PEC, è quello del destino dell'atto, inteso come atto principale o come allegato allo stesso, che **non rispetti le caratteristiche tecniche previste dai provvedimenti del DGSIA¹**.

¹ Caratteristiche tecniche atti portale.

L'art. 5 del provvedimento del Direttore Generale dei Servizi informatici del 24.2.21, avente esclusivamente ad oggetto il **deposito di atti tramite portale**, distingue tra atto del procedimento e allegati, e testualmente recita:

1. L'atto del procedimento in forma di documento informatico, da depositare telematicamente presso l'ufficio del pubblico ministero, rispetta i seguenti requisiti:

a) è in formato PDF con dimensioni cm 21,00 per 29,70 (formato A4);

b) è ottenuto da una trasformazione di un documento testuale, senza restrizioni per le operazioni di selezione e copia di parti, **non essendo pertanto ammessa la scansione di immagini;**

c) è sottoscritto con firma digitale.

2. I documenti allegati all'atto del procedimento in forma di documento informatico rispettano i seguenti requisiti:

sono in formato PDF con dimensioni cm 21,00 per 29,70 (formato A4);

sono sottoscritti con firma digitale nei casi previsti dalla legge.

3. La nomina, la revoca, la procura speciale, la denuncia e la querela, se depositati come atto principale, sono ammesse anche quando rispettano i requisiti di cui al precedente comma.

La dimensione massima consentita per ciascun deposito di atti ed eventuali allegati è pari a 30 Megabyte.

Se il documento è acquisito attraverso scansione di documento analogico dovrà essere in bianco e nero ed avere una risoluzione pari a 200 dpi (punti per pollice).

Immaginate, ad esempio, che io depositi via PEC una lista testi non firmata digitalmente. Il difensore della parte civile e il Pubblico Ministero hanno tutto l'interesse ad eccepirne l'inammissibilità. Oppure, immaginate che io depositi al portale una richiesta di interrogatorio *ex art. 415-bis c.p.p.*, che non rispetta i requisiti tecnici. In questo caso, il sistema la respinge e la trasmette al cartaceo. Cosa succede se il Pubblico Ministero non effettua l'interrogatorio e il difensore dell'imputato eccepisce la nullità della richiesta di rinvio a giudizio?

In breve, allora, la questione è: quale sanzione nel caso di un atto che non rispetta i requisiti tecnici previsti dal Provvedimento del DGSIA?

La soluzione non è immediata. Io rilevo che, laddove il legislatore ha voluto prevedere una sanzione per il mancato rispetto dei requisiti tecnici dell'atto lo ha fatto testualmente. Ad esempio, in tema di impugnazione, l'art. 24 dice che è inammissibile se l'atto o gli allegati non sono sottoscritti digitalmente. **Nulla si dice** invece per tutti gli altri casi, tanto nei due provvedimenti del DGSIA che disciplinano le caratteristiche tecniche degli atti e degli allegati, quanto nell'art. 24.

Ragionando a contrario, e nel silenzio della norma, dovrebbe quindi potersi dire che l'atto non è suscettibile di sanzione. Altrimenti, si legittima l'introduzione, attraverso una fonte di rango inferiore, di una categoria di invalidità o ammissibilità dell'atto sconosciuta anche al codice.

Caratteristiche tecniche atti PEC.

L'art. 3 del Provvedimento del Direttore Generale dei Servizi Informatici del 9.11.2020, avente esclusivamente ad oggetto il deposito di atti tramite PEC, distingue tra atto del procedimento e allegati, e testualmente recita:

- 1. L'atto del procedimento in forma di documento informatico, da depositare attraverso il servizio di posta elettronica certificata presso gli uffici giudiziari indicati nell'art. 2, rispetta i seguenti requisiti: è in formato PDF;*
è ottenuto da una trasformazione di un documento testuale, senza restrizioni per le operazioni di selezione e copia di parti; non è pertanto ammessa la scansione di immagini; è sottoscritto con firma digitale o firma elettronica qualificata.
- 2. I documenti allegati all'atto del procedimento in forma di documento informatico rispettano i seguenti requisiti: sono in formato PDF; le copie per immagine di documenti analogici hanno una risoluzione massima di 200 dpi.*
- 3. Le tipologie di firma ammesse sono PAdES e CAdES. Gli atti possono essere firmati digitalmente da più soggetti purché almeno uno sia il depositante.*
- 4. La dimensione massima consentita per ciascuna comunicazione operata attraverso l'inoltro di comunicazione alla casella di posta elettronica certificata assegnata all'ufficio per il deposito di atti, documenti e istanze è pari a 30 Megabyte.*

Stando al testo del provvedimento, a differenza degli allegati agli atti depositati tramite portale, per quelli allegati agli atti depositati tramite PEC non vi è una disposizione che imponga espressamente che siano firmati digitalmente.

Fotografia degli applicativi attuali in uso al PCT tra merito e Cassazione

SOMMARIO. 1. La costituzione in Corte del PCT e la partenza del 31 marzo 2021. – 2. Integrazione tra Teams e PCT; udienze telematiche, archivi di sezione; atti trasferiti in Teams e redazione finale in PCT. – 3. Caratteristiche originali del PCT: collocazione sul cloud; condivisione degli atti; navetta relatore-presidente. – 4. PCT e riflessi sull'evoluzione della produttività della Corte (provvedimenti e fasi di lavorazione; il caso dei decreti).

1. La costituzione in Corte del PCT e la partenza del 31 marzo 2021

Con il decreto direttoriale DGSIA del 27 gennaio 2021, pubblicato sulla G.U. del 28 gennaio 2021, n. 22 ed emanato ai sensi dell'art. 221, comma 5, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, a decorrere dal 31 marzo 2021 è stato attribuito il valore legale al deposito telematico degli atti di parte in cassazione.

Si tratta di un regime di solo piena facoltatività – perdurante ad oggi – dei depositi telematici, regola comune sia per gli atti processuali di parte sia per le attività dei giudici, posto che la citata attivazione ha base normativa nella previsione speciale di cui al cit. art. 221 del d.l. n. 34 del 2020, diversamente dal regime invece allestito nei giudizi di merito ai sensi dell'art. 16-*bis* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

Nel frattempo, è stata mantenuta l'efficacia di precedenti Protocolli implicanti dapprima l'invio con PEC, da parte dei difensori (oltre che della Procura generale), degli atti di parte (propri o della controparte) già formati in analogico, secondo una prima intesa del 27 ottobre 2020, seguita dalla proroga di cui all'Aggiunta del 18 novembre 2020 (relativa alle memorie, nei diversi riti) in funzione di una digitalizzazione completa della documentazione già cartacea, così da prevederne il riversamento all'atto di inizio operativo del PCT. Tale ultima attività non ha trovato, nei fatti, completa attuazione.

Il 7 aprile del 2021, subito dopo l'entrata in vigore del PCT, gli stessi sottoscrittori del Protocollo dell'ottobre 2020, hanno sottoscritto una nuova Aggiunta con l'art. 5-bis, stabilendo che le memorie dei difensori potranno essere depositate in

modalità telematiche nelle forme previste dal d.m. 44 del 2011, mentre la Procura generale, in attesa dell'implementazione del PCT (in consegna da 2021), continuerà a trasmettere via PEC alla cancelleria le proprie requisitorie, con l'intesa che le stesse saranno poi inserite nel fascicolo telematico a cura del cancelliere.

Ne è conseguito un sistema che annovera: a) atti interamente trasmessi in PCT; b) atti depositati in cartaceo con produzione successiva di atti trasmessi via PEC ovvero in PCT; c) fascicoli formati interamente su supporti cartacei; d) ampie combinazione delle modalità precedenti, sia con avvicendamenti della stessa parte che delle altre costituite.

2. Integrazione tra Teams e PCT; udienze telematiche, archivi di sezione; atti trasferiti in Teams e redazione finale in PCT

Ne è sorta l'esigenza di un sistema di ordinazione, sia pur di natura provvisoria, che tenga insieme l'avvio del PCT e la convivenza dei diversi regimi. Ad oggi, il monitoraggio sull'utilizzazione del PCT presso la Corte di cassazione si è sviluppato, in modo strutturato dal mese di settembre 2021, unitamente al riscontro su prassi organizzative e relazioni interne alle Sezioni civili già orientate dai Protocolli, nonché supporti in uso per la canalizzazione degli atti processuali delle udienze e, più in generale, disponibilità dei magistrati verso i nuovi strumenti informatici. Si sono impiegati due metodi: l'intervista diretta a magistrati e personale amministrativo; la classificazione filtrata dei dati statistici propri del ciclo produttivo degli atti formati in PCT.

Dalla prima indagine sono emerse differenze di prassi, tra le Sezioni, circa le modalità di raccolta e canalizzazione dei cd. atti successivi (rispetto ai ricorsi e controricorsi) da mettere a disposizione dei magistrati e dunque dei collegi d'udienza, posto che i cd. atti precedenti già erano acquisiti in cartaceo o pervenuti via PEC. L'esigenza deriva, come noto, dalla prevedibile lunga durata del regime misto in cui il PCT opera, facoltativamente per le parti e gli stessi magistrati, permettendosi – per le prime – gli atti oggetto d'invio con supporto cartaceo ovvero tramite PEC (e ricezione in apposite cartelle preindirizzate ai *Teams*© di Sezione). Più recentemente, presso la Sezione sesta e ormai anche le Sezioni ordinarie, il medesimo bisogno di ordinazione riguarda atti nativi telematici, cioè interamente immessi da una o più parti in PCT, senza lavorazione di cancelleria e dunque, come tali, messi a disposizione diretta dei consiglieri, per le assegnazioni, lo spoglio e l'avvio alle udienze. Entrambe le circostanze interrogano sia fattori tecnici (tra cui la velocità, la stabilità di connessione e la completezza del fascicolo informatico), sia fattori organizzativi (essendo entrati in crisi i modelli di preparazione delle udienze e, a regime, l'attività di spoglio).

A seguito di un censimento delle esperienze di maggiore completezza informativa, d'intesa con il CED, è stato creato un programma che consente di riunire gli estremi di tutti gli atti così pervenuti, anche con possibilità di esatta qualificazione e commento da parte del personale in sede di caricamento sul SIC e prima accettazione, così giungendo alla formazione di un documento riassuntivo che dà conto, per ogni udienza, delle diverse provenienze degli atti stessi e, soprattutto, della loro tempestiva sussistenza. Tale utile quadro (un file riepilogativo), aggiornato in prossimità dell'udienza (fino al giorno prima), si affianca alla reperibilità degli atti anche in veste integrale in apposite cartelle del *Teams*® di Sezione create per l'udienza. Il citato modello è stato varato – in versione ordinata con raggruppamento dei fascicoli anche per singolo relatore – nelle Sezioni Unite e Prima civile, solo parzialmente nella Sezione Sesta civile e in forme meno strutturate nelle altre Sezioni.

L'assoluta continuità delle udienze, di regola precedute da precamere di consiglio nei *Teams*® chiusi appositamente creati e seguiti da udienze non partecipate (sempre in Sesta, ma oramai frequentemente alle Sezioni Unite e nelle Sezioni ordinarie, salvo i casi delle udienze pubbliche per le quali sia stata chiesta la discussione da una delle parti costituite o dal Procuratore generale) sta dunque articolando una geografia di raccolta del materiale che mette insieme sia atti cartacei, sia atti pervenuti via PEC o in PCT e che le singole cancellerie provvedono a riorganizzare.

L'utilizzo diretto del PCT, da parte dei magistrati, è dunque:

- a) necessario quando il ricorso è nativo informatico, non essendo ancora stato varato un sistema di supporto di cancelleria, con replica di copie cartacee o dello stesso atto in formato telematico ed essendo infatti il fascicolo costituito da una copertina con i dati essenziali dell'atto, ma senza copie degli atti di parte o della pronuncia impugnata presenti invece in PCT; l'accesso al fascicolo avviene pertanto dopo un'assegnazione al relatore (in Sezione sesta) ai fini di determinare se redigere la proposta *ex art. 380-bis c.p.c.* o se reinviare il fascicolo alla Sezione ordinaria (di appartenenza o ad altra ritenuta di competenza tabellare per materia); presso la Sezione ordinaria (cui il fascicolo telematico pervenga dopo lo spoglio negativo della Sesta) la consultazione del PCT è imposta dalla necessità o di spogliare il fascicolo stesso (cioè di classificarlo, con scheda di repertorizzazione sintetica dei motivi e delle questioni, anche con giurisprudenza rilevante e attribuzione dell'indice ponderale) ovvero di avviarne la trattazione in adunanza camerale (art. 380bis.1 c.p.c.) in alternativa all'udienza pubblica (*ex art. 375 u.co. c.p.c.*, per particolare rilevanza della questione di diritto);

- b) facoltativo in sede di formulazione della proposta *ex artt.* 380-*bis* e 375 co. 1 e 5 c.p.c. (inammissibilità, manifesta infondatezza, manifesta fondatezza del ricorso);
- c) facoltativo per la redazione della pronuncia come ordinanza o sentenza e la sua revisione/firma digitale da parte del presidente del collegio;
- d) facoltativo per la emanazione dei decreti monocratici (presidenziali), essenzialmente di definizione per effetto di rinuncia prima che sia stata fissata udienza (art. 391 c.p.c.) ovvero dei molteplici casi di estinzione secondo discipline speciali (specie in materia tributaria).

3. Caratteristiche originali del PCT: collocazione sul cloud; condivisione degli atti; navetta relatorepresidente

Il PCT non è installato su un dispositivo, bensì accessibile sulla base di una stringa digitabile sul web e dunque attivabile a seguito di una previa registrazione come utente, la consegna di una indicazione di password di ingresso e di un token. Il Desk del consigliere di Cassazione è un'applicazione di tipo desktop, utilizzabile dal computer fisso o portatile dell'utente, disponibile attraverso un'infrastruttura desktop virtuale (VDI). L'applicazione, infatti, è installata all'interno dei server dell'Amministrazione, ma viene eseguita all'interno di una scrivania digitale alla quale possono accedere gli utenti autorizzati e, quindi, previa autenticazione. Questa infrastruttura comporta vantaggi: non è richiesto all'utente di installare, aggiornare e/o sincronizzare applicazioni software sui propri dispositivi e non è necessario eseguire operazioni di download di dati in locale, perché l'applicazione è sempre in esecuzione all'interno della Rete Unica di Giustizia (RUG). Si entra pertanto con le stesse credenziali di accesso al PC d'ufficio, salvo un'autenticazione forte con token OTP per poter operare con effetti direttamente incidenti sul procedimento: dunque autenticazione al desktop remoto con le proprie credenziali ADN inserendo l'account name ADN nel formato "utenti\nome.cognome" e la password ADN.

Le modalità operative sono distinte all'interno di una Sezione Consultazione, mentre un'altra (Sezione Scrivania) permette la memorizzazione di filtri di ricerca, la loro eliminazione, il loro aggiornamento e, da essa, la medesima attività operativa possibile nella prima Sezione.

Si distinguono essenzialmente due modalità redazionali: decreto ed ordinanza, da un lato e sentenza, dall'altro. Entrambe sono presupposte come collegiali. Ancora diversa (e concentrata in capo ai presidenti titolari, con prevista prossima delegabilità ad altri presidenti o consiglieri della Sezione) è invece la modalità 'decreti' di prerogativa monocratica, che si differenzia dai primi due gruppi perché non è intermediata da un'udienza/adunanza.

Il primo gruppo (decreto e ordinanze) è popolato da provvedimenti che possono essere redatti solo dal consigliere già investito, per quella funzione, della qualifica di Relatore/Estensore per il ricorso selezionato, con possibile attività anche prima dell'udienza (ma senza possibilità di accettazione da parte della cancelleria, fino a quando l'udienza non sia stata 'scaricata' sul SIC che a sua volta alimenta la base dati da cui attingono CSC/PCT). Il ciclo consiste nella creazione del provvedimento da parte del Relatore/Estensore, l'invio del provvedimento al Presidente, la controfirma ed il deposito da parte di quest'ultimo. La creazione si può fare in due modalità: pescando direttamente dalla maschera preparata dal PCT (essenzialmente l'intestazione e una serie di dispositivi) oppure, dopo aver proceduto con la prima modalità, sostituendo di fatto il file mediante la funzione 'importa nuovo' che infatti introduce nel PCT un file già lavorato sul dispositivo individuale e così trasferito nel PCT (dove può essere cambiato e completato), dopo averne disposto il deposito in una directory leggibile dal PCT stesso. Di fatto, la prima modalità viene tuttora scartata, per difetto di coordinamento tra dati del SIC e PCT e i consiglieri preferiscono adottare la seconda. Il file è lavorato in word, salvato su un proprio pc virtuale e recuperabile in qualsiasi altro momento, fino alla decisione di farne invio, previa firma digitale, al presidente del collegio.

Scelta la modalità e portata a termine la firma del documento, il provvedimento verrà inviato al Presidente: in realtà la funzione "Firma ed invia al Presidente", per effettuare la navetta, deve passare da una accettazione fisica della cancelleria, non attuabile se non da un operatore presente fisicamente in ufficio sul proprio applicativo CSC che, in alternativa o non fa nulla (e allora il presidente nemmeno sa dell'invio della minuta) oppure la rifiuta (impedendo alla minuta di procedere e così rendendo necessaria la formazione di una nuova minuta). La stessa funzione (invio al Presidente) effettua anche altre operazioni: fa condividere con il presidente la visibilità del provvedimento ed in particolare il file Word sorgente; crea il file PDF che verrà depositato a partire dal file Word sorgente e lo fa firmare al Relatore/Estensore. Il file PDF che verrà depositato viene creato solo tramite "Firma ed invia al Presidente", pertanto tutte le modifiche effettuate dopo l'utilizzo della funzione non sono riportate nel PDF a meno che non venga effettuato un nuovo invio al Presidente, che è utile se il relatore intende modificare la minuta: nel qual caso deve farsela accettare dalla cancelleria, generando un arrivo prioritario sul Desk del Presidente (gli eventi di lavorazione sono sempre in ordine decrescente, a partire dal più recente).

Il Presidente può effettuare più operazioni sul provvedimento: controfirma e deposita il file PDF inviato dal Relatore/Estensore e così deposita il provvedimento nella versione con cui intende sia pubblicato; modifica il file Word sorgente del provvedimento e procede in proprio al deposito, per la relativa

pubblicazione (sul Desk del consigliere arriva un avviso di intervenuta modifica); restituisce il provvedimento al relatore inserendo un commento (passaggio essenziale in caso di modifiche effettuate al file Word sorgente in quanto il file PDF che viene depositato si crea solamente quando il Relatore/Estensore utilizza la funzione “Firma ed invia al Presidente” e senza tale passaggio eventuali modifiche non verrebbero inserite). Per entrambi i redattori l'utilizzo della funzione “Controfirma e deposita” comporta l'apertura di una maschera per il confronto dei dati tra il provvedimento che si sta depositando e i dati strutturati del ricorso.

Il secondo gruppo (sentenze) rimanda ad un provvedimento (di tipo “Minuta Sentenza”) che può essere creato solamente dal Relatore/Estensore di quel procedimento. Il flusso di deposito è differente rispetto a “Decreto” e “Ordinanza” in quanto il provvedimento non verrà inviato al Presidente per la controfirma ma depositato direttamente dal Relatore/Estensore, generando questa volta la firma con una corrispondente visualizzazione sul provvedimento finale. Il Presidente non potrà modificare il testo della “Sentenza” che sarà pertanto lo stesso della “Minuta sentenza” specificata nella parte inferiore del cd. dettaglio. È stata però chiesta la estensione della possibilità di navetta come per le ordinanze.

Il Magistrato, prima di effettuare la firma ed il deposito, potrà consultare la minuta in questione utilizzando la funzione “Visualizza PDF”: se poi il Presidente non può depositare la “Sentenza” poiché la “Minuta sentenza” contiene delle parti da modificare, occorrerà segnalare al relatore la necessità di depositare una nuova “Minuta sentenza” ed attendere l'accettazione del deposito da parte della cancelleria. Infatti, la “Sentenza” viene creata automaticamente a partire dall'ultima “Minuta sentenza” accettata dalla cancelleria in ordine di tempo. Quando il Presidente decide che la “Sentenza” è corretta e pronta per essere depositata, è necessario utilizzare la funzione “Firma e deposita”. Verrà quindi proposta all'utente la maschera di verifica della conformità dei dati tra il provvedimento che si sta depositando e i dati strutturati del fascicolo.

La funzione SCRIVANIA, come detto, permette al Magistrato che ha effettuato l'accesso al Desk di consultare tutti i ricorsi a cui è associato interrogando direttamente la base dati del SIC Civile, effettuare operazioni su tali ricorsi e salvare i filtri impostati in un filtro personalizzato come per quanto riguarda la sezione “Consultazione”. In aggiunta a tali caratteristiche in questa specifica sezione sarà possibile utilizzare ed eliminare i filtri personalizzati salvati.

La consultazione quotidiana del lavoro da fare è stata impostata nel progetto PCT quale imperniata su un allarme (visualizzato da una campanella), ma con il grave limite di non permanenza dopo la prima digitazione che rimanda al procedimento in cui è avvenuto un evento d'interesse del consigliere, non permettendo l'attuale versione di ricordare l'evento stesso oltre la prima digitazione. In attesa di un'implementazione di tale task, lo stesso scopo è stato conseguito

aggirando il limite e valorizzando i filtri della Sezione scrivania, cioè memorizzando stringhe di ricerca permanenti (ad es. ricerca per relatore e data udienza, minute depositate e presidente, periodo e sezione, ecc.).

4. PCT e riflessi sull'evoluzione della produttività della Corte (provvedimenti e fasi di lavorazione; il caso dei decreti)

L'evoluzione di utilizzo del PCT ha a sua volta richiesto continui interventi di filtro sul dato statistico, per plurime ragioni, tra cui, le più rilevanti, l'instabilità dell'applicativo – specie nei primi mesi – in molte fasi cruciali della pubblicazione (solo parzialmente risolte a seguito della consegna delle nuove schede da parte del Ministero) e dunque frequenti blocchi del procedimento, da un lato, nonché l'utilizzo di alcuni provvedimenti come base sperimentale per le verifiche di tenuta del PCT e materiale didattico nei corsi per presidenti di sezione e di collegio, oltre che consiglieri. Sono anche stati compiuti interventi volti a ridurre la lentezza di download dei file, permettendone il prelievo a firma depurata e, di recente, con file in formato zip, pur permanendo criticità rilevanti nella relativa apertura dell'intero fascicolo, ciò pregiudicando – allo stato – la consultazione degli atti ove l'assegnazione, come nella Sesta sezione o nella Sezione ordinaria, non sia già funzionale ad un'udienza bensì alla solo eventuale formazione della proposta o, rispettivamente, allo spoglio.

La circostanza conferma che la consegna iniziale del PCT al 31 marzo 2021, non essendo avvenuta – per constatazione diffusa – previa sufficiente verifica delle funzionalità e aggiungendosi, poi, al non rispetto sostanziale del cronoprogramma già definito con la Corte di cassazione, hanno determinato un assetto gestionale ibrido, senza cioè la definizione iniziale completa di un autentico ambiente informatico gestionale. I consiglieri e i presidenti, in modo crescente rispetto alla cancelleria, debbono confrontarsi a tutt'oggi con un autentico continuo cantiere non solo per le evoluzioni migliorative del programma, com'è consuetudine di qualsiasi applicativo, ma proprio per la sua definizione primaria operativa. La sommatoria delle addizioni praticate infatti, a seguito di numerosissimi ticket chiesti dagli utenti della Corte e richieste di modifica provenienti dagli stessi tecnici del CED, ha evidenziato sia limiti inadempitivi o di fraintendimento esecutivo delle schede già progettate, sia carenze del vero e proprio progetto. Il risultato organizzativo, oltre a connotare il citato regime misto (cartaceo-informatico), sollecita il varo di un metodo interno di mutamento e adattamento delle funzioni assegnate al personale amministrativo, non potendo le inefficienze del PCT essere sopperite mediante l'approccio diretto ed integrale dei magistrati agli atti nativi informatici, difettando – come detto – la loro canalizzazione più matu-

ra in un sistema-contenitore che sia più complesso, classificato al suo interno e dunque fruibile. In ciò, la ‘funzione preparatoria delle udienze’, di spettanza del personale amministrativo, deve essere aggiornata a prestazioni di filtro, riordino e aggregazione divenendo altrimenti l’attività giurisdizionale totalmente assorbita e condizionata da un’impropria pre-gestione degli atti, affidata ai magistrati e sostitutiva di una gestione qualificatoria prima svolta dalle cancellerie e, allo stato, non assolta dal PCT.

Al netto, comunque, di errori di sistema e di dati ragionevolmente estranei ad una base omogenea, i risultati di produzione appaiono lusinghieri già per il crescente apporto sostitutivo del PCT rispetto alla fase finale della pronuncia di cassazione per come intermediata dalla doppia accettazione della cancelleria. Ciò ha indotto a suggerire il monitoraggio – con lanci settimanali – di tutte le fasi di lavorazione essendo ora i passaggi appunto quattro: redazione-consegna della minuta; accettazione della cancelleria; revisione/correzione del presidente del collegio; accettazione finale della cancelleria, con valore di pubblicazione del provvedimento *ex art.* 133 c.p.c. In realtà, questa più esatta scomposizione non ha influito sulla tempistica del ciclo dei provvedimenti interamente lavorati in PCT che infatti, su 1.042 esiti completi al 30 novembre 2021, segnala una durata di soli 55 giorni (pari al 55% di meno dell’omologo ciclo delle pronunce su base assoluta della intera Corte di cassazione al 31 ottobre 2021, pari a 122 giorni: 42 per deposito minuta; 34 per revisione/firma del presidente; 46 per pubblicazione).

I singoli fattori di lavorazione sono peraltro per un verso positivi, considerando 17 giorni di media in tutta la Corte per il deposito della minuta da parte del relatore e soli 6 per la firma digitale del presidente. Ad essi, tuttavia, si accompagnano 2 giorni di media per la prima accettazione di cancelleria e 30 giorni per la pubblicazione finale, conseguente cioè alla seconda accettazione da parte della cancelleria. Si è proposto che la prima accettazione sia espunta o semplificata nel PCT, essa ora impedendo – ove non fisicamente attuata dal personale di cancelleria presente in Ufficio – lo stesso avvio della ‘navetta’ tra relatore e presidente del collegio. La seconda accettazione, a sua volta, riflette un dato critico dell’organizzazione delle cancellerie, nonostante il PCT abbia ridotto considerevolmente gli adempimenti finali del residuo controllo amministrativo. Si segnala altresì che un limite strutturale ai citati passaggi di cancelleria è costituito sia dal non allineamento dei turni di lavoro del personale reperibile rispetto all’attività svolta sul PCT dai magistrati, sia dall’attuale perdurante non attivazione, ad opera del Ministero, degli accessi in VPN o comunque da remoto all’omologo applicativo (CSC), tuttora non attuato, sia dal numero assai limitato presso le cancellerie delle figure professionali abilitate alle accettazioni previste in PCT (specie per la pubblicazione). Va aggiunto, come elemento di criticità, l’assenza di un servizio di assistenza tecnica diretta presso i locali della Corte da

parte dell'impresa fornitrice e, soprattutto, la limitatezza dei relativi orari di help desk da remoto (mancando una reperibilità – telefonica o via mail – corrispondente alle possibilità di utilizzo del PCT da parte dei magistrati).

Quanto all'utilizzazione del PCT nelle Sezioni e nelle Sottosezioni della Sezione Sesta, la sua diffusione, inevitabilmente destinata ad incidere sui modelli organizzativi, non è omogenea, così come la risultante statistica sopra riferita è il frutto di tempistica più o meno estesa ma riflettente essenzialmente le precedenti prassi sezionali più che le nuove abitudini informatiche dei singoli collegi di magistrati.

Un rilevante contributo alla più diffusa adozione di prassi conformi e condivise nella lavorazione in PCT, almeno della fase che va dall'udienza alla consegna dei provvedimenti, è l'effetto diretto dei corsi di formazione, iniziati contestualmente alla prima consegna del PCT (con intervento diretto anche del Ministero), proseguiti poi in autonomia in Corte e ripetuti da ottobre 2021 per i presidenti di collegio, con programmazione fino a dicembre 2021 per i consiglieri, nella collaborazione tra CED e UIC (con distinzione tra 'primi utilizzatori' ed 'utenti esperti'). Mentre la ulteriore riduzione della durata del processo sarà permessa, come frutto del confronto di un recente Gruppo di lavoro costituito dal Primo Presidente presso la V Sezione civile tributaria, sia dalla lavorazione in PCT dei decreti di estinzione sia dalla emersione di consistenti lotti di corrispondenti decreti già pronti per la pubblicazione ma, in quanto non preceduti da udienza e però già definiti per la mera pubblicazione del cancelliere, giacenti presso le cancellerie e parte dell'ampia pendenza della citata Sezione, così essi influenzando non positivamente il relativo dato sia di produttività che di durata del contenzioso.

Altro fattore di riduzione della durata del processo è legato all'entrata definitiva in esercizio delle modifiche ovvero manutenzioni già richieste al PCT. Tra queste, come dato generale, si segnala il superamento del deficitario raccordo, più volte segnalato, tra i dati del SIC e la preimpostazione delle intestazioni dei provvedimenti, allo stato del tutto insoddisfacente. Così come va superata la rigidità della 'navetta' tra relatore e presidente di collegio nella lavorazione della sentenza (a differenza delle ampie possibilità operative sulle minute delle ordinanze). La consegna poi solo recente e parziale, ad ottobre 2021 e rispetto al cronoprogramma già fissato al maggio 2021, delle funzioni salienti per la Sesta sezione civile solo con gradualità potrà mettere a frutto propri risultati virtuosi, a mano a mano che vi sarà il rilascio delle più ampie modifiche chieste per lo stesso avvio della fase finale del procedimento, con l'inoltro della proposta del relatore *ex art. 380-bis c.p.c.* e l'anticipazione, anche da parte della cancelleria, della formazione del ruolo d'udienza.

La prospettiva di un regime duale di lavorazione complessiva dei fascicoli – in parte in cartaceo e in parte in forma digitale, ma con ampie reversioni incrociate stante la facoltatività dell'uso del PCT – evidenzia la proficuità, ove incoraggiata, della convergenza delle Sezioni della Corte verso modelli organizzativi che permettano un agile accesso agli atti, utilizzando in modo proporzionato tutti i supporti messi a disposizione dell'amministrazione, dunque e per ora anche le piattaforme di lavorazione negli attuali *Teams*® di Sezione. In un assetto definitivo, tuttavia, anche il PCT non potrà che essere arricchito da tutti i contributi che via via verranno a definirsi sugli atti in ingresso, così da costituire lo strumento più efficiente per una programmazione indirizzata delle trattazioni. Va dato atto che la mancata previsione normativa di un perimetro redazionale degli atti pari a quello, previsto per il Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 13-ter All.2, norme di attuazione, del decreto legislativo n. 104 del 2010 (e significativamente coevo all'adozione del codice del processo amministrativo), costituisce un limite di evoluzione del PCT in termini di agevole consultazione e organizzazione del materiale a video.

L'attuale versione del PCT, inoltre, non permette tuttora e appieno l'utilizzo di un eventuale indice ipertestuale, con il passaggio diretto ad uno dei paragrafi in cui l'atto di parte sia suddiviso e dei link ipertestuali, per poter visualizzare e consultare immediatamente, con un semplice rinvio, il documento citato nell'atto e allegato nella busta telematica (link intrafascicolare). È vero che la norma di riferimento (decreto Min. Giust. 21 febbraio 2011, n. 44) prescrive l'accettazione di *documenti informatici allegati all'atto del processo privi di elementi attivi*. La circostanza, pur non escludendo link a siti esterni ma solo macro e campi variabili (per non eludere le preclusioni processuali delle rispettive difese e il contraddittorio) e senz'altro estendendosi oltre gli allegati anche agli atti veri e propri, di fatto è stata intesa (e praticata) in senso più restrittivo, così svuotando l'applicazione della regola introdotta con il D.M. 8 marzo 2018 n. 37, in tema di liquidazione delle spese legali in base ai parametri forensi (D.M. 55/2014), che, modificando l'art. 4 del D.M. 55/2014, al comma 1bis, prevede che <<il compenso determinato tenuto conto dei parametri generali di cui al comma 1 è di regola ulteriormente aumentato del 30 per cento quando gli atti depositati con modalità telematiche sono redatti con tecniche informatiche idonee ad agevolare la consultazione o la fruizione e, in particolare, quando esse consentono la ricerca testuale all'interno dell'atto e dei documenti allegati, nonché la navigazione all'interno dell'atto>> .

La questione più rilevante concerne infatti i fascicoli nativi digitali che, specie nella attuale Sezione sesta ovvero quando comunque pervenuti alla Sezione ordinaria, siano privi di un adeguato spoglio. Tanto più che la legge delega di riforma del processo civile (Dd.I. 1662 AS e AC 3289) rafforza la necessità di una

funzione preparatoria e sinteticamente illustrativa del contenuto del ricorso e del controricorso così da indirizzarne in modo appropriato e tempestivo l'attribuzione e la programmazione decisoria. In questo, il PCT è destinato ad integrarsi, come ambiente di lavoro, tra le modalità di relazione organizzativa proprie dell'imminente Ufficio per il Processo, ove esso decolli ristrutturando proprio le predette fasi di classificazione, individuazione dei temi rilevanti e dei contrasti interpretativi, giungendo ad una mappatura completa del nuovo contenzioso, in funzione di nuclei di gestione preparatoria delle udienze che associno la visione degli atti a più persone, oltre che al futuro relatore e dunque ampiamente prima che sia posta in agenda la vera e propria udienza, anche considerando il nuovo istituto acceleratorio e la funzione potenzialmente definitoria della proposta di provvedimento negativo.

Digitalizzazione della Giustizia e Ufficio del processo

SOMMARIO: 1. Ringraziamenti. – 2. L'Avvocatura di Stato. Gli sviluppi durante la pandemia. – 3. La giustizia e il Piano Nazionale Ripresa e Resilienza. – 4. Riflessioni sull'organizzazione degli uffici del processo. – 4.1. Sviluppo delle norme sulla giustizia amministrativa. – 5. Prospettive e possibili sviluppi positivi sotto diversi profili nell'ottica del miglioramento del servizio giustizia. – 5.1. Esperienze dirette.

1. Ringraziamenti

Innanzitutto, desidero rivolgere un vivo ringraziamento agli Organizzatori e, in particolare, alla Dottoressa Antonella Ciriello, per avere chiesto all'Avvocato Generale dello Stato di svolgere un intervento nel corso di questa interessantissima Giornata di studi.

2. L'Avvocatura di Stato. Gli sviluppi durante la pandemia

Per la posizione che ricopre nell'ordinamento nazionale, l'Avvocatura dello Stato rappresenta un punto nodale del sistema giustizia e, quindi, da un lato, sull'attività propria della difesa erariale si riflettono le modalità di svolgimento dei processi; dall'altro, l'attività stessa viene svolta in via di collaborazione istituzionale e di leale collaborazione processuale sia nei confronti dei Giudici, sia nei confronti degli Avvocati del libero foro.

Nel sistema italiano, infatti, l'Avvocatura dello Stato svolge le funzioni di assistenza, di consulenza e difesa in via esclusiva e organica le Amministrazioni Statali in tutte le loro articolazioni, degli Organi Costituzionali, delle Autorità Amministrative Indipendenti e delle Regioni a statuto speciale.

L'Avvocatura costituisce, quindi, un osservatorio privilegiato, a tutto campo, delle problematiche – sotto ogni angolazione e sotto ogni sfaccettatura – che interessano la politica dello Stato attraverso una visione completa della giurisprudenza di tutti gli organi giurisdizionali, nazionali e sovranazionali, di fronte ai quali questi problemi sono sollevati; in un'ottica di trattazione integrale e interdisciplinare.

L'Avvocatura dello Stato, come ho già osservato in precedenti occasioni, ha approfittato dell'emergenza epidemiologica come una sorta di "stress test", che ha fatto accelerare il processo di digitalizzazione interno, che ha consentito di lavorare perfettamente da remoto e, quindi, di non pregiudicare la produttività nemmeno nei momenti di maggiore difficoltà, coniugando lo svolgimento della prestazione professionale e, perciò, dei compiti istituzionali con la tutela della salute del singolo e dell'Istituto.

Abbiamo, perciò, continuato a lavorare senza soste a Roma e nelle Sedi Distrettuali e abbiamo dato ogni supporto alle Amministrazioni difese anche con l'interpretazione delle prime norme emergenziali, inevitabilmente frammentarie, che, in presenza di una situazione epidemiologica mai sperimentata prima, avevano bisogno di continue chiarificazioni sui termini vigenti, sulle norme da applicare anche *ratione temporis*, sulle modalità delle prime udienze da remoto.

L'impegno costante e la piena collaborazione degli Avvocati e Procuratori dello Stato e del Personale amministrativo dell'Avvocatura dello Stato hanno consentito di trasformare la situazione emergenziale in un fattore di accelerazione della digitalizzazione e della dematerializzazione, sperimentando modelli virtuosi di gestione dell'attività professionale e di riorganizzazione del lavoro condivisa anche con le Associazioni sindacali di categoria in un'ottica di efficienza e di efficacia dell'attività defensionale anche in chiave deflattiva del contenzioso.

È diminuito, quindi, in modo significativo l'utilizzo del cartaceo e si è determinato un significativo incremento dell'attività telematica.

Si è creato, dunque, uno stretto rapporto tra questo incremento anche sul versante del processo telematico e la speculare modifica del sistema organizzativo per governare i flussi in arrivo e in uscita.

3. La giustizia e il Piano Nazionale Ripresa e Resilienza

Particolare rilievo assume – alla luce delle previsioni contenute nel PNRR – la questione "giustizia", che occupa il primo posto, insieme con la P.A., delle riforme, definite "orizzontali" o "di contesto".

Si tratta, quindi, di una riforma d'interesse trasversale a tutte le Missioni del Piano, consistente in innovazioni strutturali dell'ordinamento, idonea a migliorare l'equità, l'efficienza e la competitività e, con esse, il clima economico del Paese.

Il Piano ne individua due: la riforma della pubblica amministrazione e la riforma del sistema giudiziario.

Binomio che rappresenta in modo chiaro il rapporto biunivoco che lo caratterizza e il rapporto di interconnessione e di reciproca influenza che lo lega.

L'individuazione di un fattore di rallentamento della crescita dell'Italia nei ritardi della giustizia, in particolare, di quella civile, e l'individuazione della riforma della giustizia civile stessa come strutturale, porta a delineare la riforma della giustizia come una delle importanti quattro riforme di contesto, con il dichiarato obiettivo "di affrontare i nodi strutturali del processo civile e penale e rivedere l'organizzazione degli uffici giudiziari."

Ormai è un dato di fatto dal quale partono tutte le riflessioni di sistema che gli ostacoli agli investimenti nel Paese risiedono anche – ovviamente non soltanto – nella complessità e nella lentezza della Giustizia. Quest'ultimo aspetto mina la competitività delle imprese e la propensione a investire nel Paese: il suo superamento impone azioni decise per aumentare la trasparenza e la prevedibilità della durata dei procedimenti civili e penali. La lentezza dei processi, seppur ridottasi, ne va dato espressamente atto, è ancora eccessiva e deve essere maggiormente contenuta con interventi di riforma processuale e ordinamentale. A questi fini è necessario anche potenziare le risorse umane e le dotazioni strumentali e tecnologiche dell'intero sistema giudiziario.

Va sottolineato che il sistema della giustizia italiana è caratterizzato da solide basi e dalle garanzie di autonomia e di indipendenza e da un alto profilo di professionalità dei magistrati.

Sono, dunque, previste tre tipologie di azioni: le riforme orizzontali, le riforme abilitanti e le riforme settoriali.

La digitalizzazione è un abilitatore trasversale ad ampio spettro, profilo ben colto proprio nel titolo dell'odierna Giornata di studi.

4. Riflessioni sull'organizzazione degli uffici del processo

In questa Giornata di studi siamo chiamati a riflettere, in particolare, sugli Uffici del processo nel settore della giustizia ordinaria e di quella amministrativa; struttura già prevista in via sperimentale dall'art. 16-*octies*, comma 1, del decreto – legge n. 179/2012 (articolo è stato inserito dal decreto – legge n. 90/2014), "*Al fine di garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*"; il comma 2 stabilisce poi che a dare attuazione a tale disposizione siano "*Il Consiglio Superiore della Magistratura e il Ministro della giustizia, nell'ambito delle rispettive competenze*".

Le misure organizzative sono state dettate con D.M. 1° ottobre 2015, mentre per il concreto funzionamento degli uffici vengono in rilievo le linee guida adottate dal CSM con delibera del 18 giugno 2018 e con circolare del 15 maggio 2019.

Delle due, segnalo qui la prima, che registrava lo stato di scarsa attuazione dell'istituto, le difficoltà logistiche ed organizzative e provava a dettare alcune linee di indirizzo, muovendo dai compiti che, in concreto, sono stati affidati nel contesto in cui l'Ufficio ha avuto attuazione e relativi a "l'aumento di produttività e la riduzione dell'arretrato", entrambi strettamente connessi e funzionali al rispetto della durata ragionevole del processo.

Accanto a questi obiettivi, emerge lo scopo di ottenere un miglioramento della qualità del servizio nei rapporti con l'utenza e il migliore utilizzo degli strumenti informatici e telematici, mentre più rara è l'indicazione dell'obiettivo della creazione di un archivio giurisprudenziale (44% delle Corti e 18% dei Tribunali che hanno costituito l'Ufficio per il processo) e quello di una più esatta elaborazione dei dati statistici (19% delle Corti e 14% dei Tribunali).

La relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 116/2017 ha evidenziato la volontà del legislatore di creare una struttura tecnica, partecipata anche dal personale amministrativo, in grado di affiancare il Giudice nei suoi compiti e attività, istituendo uno staff al servizio del Magistrato e dell'Ufficio, idonea a modificare il lavoro del singolo Giudice e dell'Ufficio giudiziario nel suo complesso pure in termini qualitativi, prendendo a modello anche le esperienze di Paesi stranieri ove tale figura è da tempo presente (Austria, Olanda, Polonia Francia, USA). L'obiettivo finale, come chiarito esplicitamente dal decreto-legge n. 90/2014 citato, è quello di "garantire la ragionevole durata del processo".

4.1. Sviluppo delle norme sulla giustizia amministrativa

Nell'ambito della giustizia amministrativa, la disposizione genetica si individua nell'articolo 53-ter della legge n. 186/1982 (articolo inserito dal decreto-legge n. 168/2016) che prevede la costituzione, "A supporto dell'attività dei magistrati amministrativi", di "strutture organizzative interne degli uffici di segreteria del Consiglio di Stato, del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, dei Tribunali amministrativi regionali, denominate "ufficio per il processo".

Lo stesso articolo prevede, altresì, che "i compiti e l'organizzazione dell'ufficio per il processo" siano individuati dal "regolamento di organizzazione di cui all'articolo 53-bis".

Tale regolamento è stato adottato con DPCS 29 gennaio 2018, che, all'articolo 26, comma 4, attribuisce all'ufficio del processo i seguenti compiti: a) analisi delle pendenze e dei flussi delle sopravvenienze; b) organizzazione delle udienze tematiche e per cause seriali; c) compilazione della scheda del fascicolo di causa, indicante la materia e l'esistenza di precedenti specifici; la compilazione della scheda può essere limitata a determinate tipologie di affari, individuate per materia o per anno di iscrizione dell'affare, secondo i criteri fissati dal Presidente

o suo delegato, come individuato al comma 3, sentiti i magistrati affidatari; d) assistenza ai giudici nelle attività preparatorie relative ai provvedimenti giurisdizionali, quali ricerche di giurisprudenza, di legislazione, di dottrina e di documentazione; e) individuazione di questioni su cui si siano delineati o possano delinearsi contrasti di giurisprudenza; f) per l'espletamento dei propri compiti, come elencati nel presente comma, utilizzo ed eventuale rielaborazione dei dati forniti dall'ufficio statistica del servizio dell'informatica, anche su richiesta del Presidente o suo delegato, come individuato al comma 3; g) raccolta di materiale e documentazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario; h) preparazione di report sui procedimenti in corso e di sintesi delle decisioni emesse finalizzata alla loro divulgazione, anche in raccordo con l'ufficio studi; i) ogni altro compito, rientrante in quelli per legge assegnabili ai tirocinanti, utile al perseguimento del primario obiettivo di smaltimento dell'arretrato”.

Da ultimo, poi, l'articolo 11 del decreto-legge n. 80/2021 citato ha dettato disposizioni per il reclutamento di personale da destinare agli Uffici del processo nell'ambito delle due giurisdizioni coinvolte, così accendendo nuovamente i fari su uno “strumento” che si era andato, per la verità, progressivamente appannando.

Sia pure con autonomi percorsi normativi, le realtà delle due giurisdizioni sembrano giungere ai medesimi approdi, rappresentando, in entrambi i casi, l'Ufficio del processo il tentativo di realizzare obiettivi non sempre tra loro omogenei, a cavallo tra l'analisi e la revisione organizzative dei flussi di lavoro all'interno dell'ufficio giudiziario, da una parte, e, dall'altra, di una gestione collegiale, di staff, del lavoro del Giudice (in tal senso si muove l'apertura verso figure come quelle dei tirocinanti).

5. Prospettive e possibili sviluppi positivi sotto diversi profili nell'ottica del miglioramento del servizio giustizia.

Per cogliere appieno queste potenzialità, tuttavia, appare necessario che gli uffici si aprano alle realtà esterne; se è vero che è previsto il coinvolgimento dei tirocinanti, questi ultimi, a ben vedere, sono chiamati per osservare o seguire le vicende del mondo giustizia con un punto di vista che diventa, inevitabilmente, esso stesso interno. Sarebbe, invece, utile aprirsi al confronto, al dialogo con la realtà e il punto di vista di chi è destinatario del servizio: Avvocati e loro tramite, i Cittadini.

Mi permetto di segnalare questo come aspetto importante e, in concreto, poco potenziato di una struttura che corre il rischio di essere un centro di analisi solo di pratiche e procedure interne, a volte di supporto al lavoro del Magistrato,

che, tuttavia, non considera mai, o troppo poco, se non per la buona volontà di chi voglia autonomamente farsene carico, le aspettative, i bisogni e (perché no?) i consigli di chi accede all'ufficio giudiziario e ai sistemi informatici (che sono, poi, l'attuale e principale modalità di accesso a un ufficio giudiziario che, per l'attuale contingenza epidemiologica, è necessariamente divenuto più virtuale che fisico) per fruire del servizio.

Gli Uffici del processo potranno, dunque, sfruttare al meglio le loro indubbe potenzialità (anche avendo riguardo all'individuazione, allo studio e all'estensione delle “*best practice*”) se potranno aprirsi stabilmente e istituzionalmente (non per estemporanee iniziative individuali), al mondo esterno, iniziando dalla realtà degli avvocati, nelle sue varie articolazioni (Avvocatura dello Stato, altre Avvocature Pubbliche, Avvocatura del libero foro), e non solo a loro, perché ci sono anche i Consulenti tecnici; senza dimenticare i Cittadini, ovvero i destinatari ultimi di tutta la complessa impalcatura normativa, tecnica, organizzativa e tecnologica che si chiama “Giustizia”.

L'esigenza segnalata si fa tanto più avvertita nella prospettiva dell'utilizzo degli strumenti informatici.

L'introduzione degli strumenti informatici, infatti, di per sé impone la revisione dei flussi di lavoro; una informatizzazione che si limiti a replicare lo schema di lavoro cartaceo, convertendolo in digitale, reitera e, in qualche caso, addirittura, esalta inefficienze, mancanze, “colli di bottiglia”; nel settore della giustizia, poi, a complicare il quadro accade che, a volte, il processo telematico convive con quello tradizionale cartaceo (è stato così nel civile di merito – e per i giudizi iniziati prima della pandemia, per effetto della quale, come è noto, tutto è diventato obbligatoriamente telematico, lo sarà ancora per anni – innanzi alla giurisdizione amministrativa, ora anche innanzi alla Corte di cassazione). La gestione mista, a risorse e organizzazione invariate, è un potenziale, ma che può tramutarsi in fattore di produzione di inefficienza, di disservizi, di entropia. Lo stesso strumento informatico, spesso concepito avendo presente il modello cartaceo, rischia di avere usabilità ridotta, non intuitiva, che può persino portare a “rimpiangere” l'immediatezza e la facilità d'uso e di consultazione degli strumenti tradizionali.

Noi dell'Avvocatura possiamo dirlo “*causa cognita*”, in primo luogo perché siamo direttamente impegnati in un processo di profonda revisione del nostro sistema informativo e ci stiamo, dunque, misurando con queste tematiche (dematerializzazione, transizione digitale visto e firma digitali degli atti e dei pareri), che impongono anche un cambiamento di mentalità e un processo complesso di riorganizzazione con il supporto degli Avvocati e Procuratori dello Stato, del Personale amministrativo e degli informatici; in secondo luogo, perché proprio il nostro sistema informativo ha necessità di dialogare con tutte le diverse piattaforme informatiche di ciascun plesso giurisdizionale (fattore di complessità che,

mi sento di ricordare, solo la nostra organizzazione, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, è chiamata ad affrontare), sicché abbiamo un punto di osservazione su ciascuna di esse.

Nella evidenziata prospettiva, l'introduzione, o meglio, il rafforzamento recentemente pensato da legislatore per l'Ufficio del processo – intervenendo, tra l'altro, anche sul profilo delle risorse di personale – è una leva che, se orientata efficacemente all'analisi e alla revisione dei flussi e degli strumenti di lavoro, può consentire il recupero di una organizzazione efficiente; c'è, però, un problema di competenze da non sottovalutare, perché occorrerebbero, forse, accanto ai ruoli tradizionali (Magistrati, Cancellieri, Tecnici informatici), anche specialisti nella organizzazione del lavoro, oggi non contemplati se non in misura assolutamente residuale (il Ministero della giustizia molti anni fa avviò un reclutamento di personale così inquadrato, anche se non mi sembra che quel profilo professionale abbia avuto grande seguito presso la pubblica amministrazione).

Va, inoltre, considerato che la revisione non può limitarsi ai flussi interni, ma deve necessariamente aprire ai flussi da e verso l'esterno; pertanto, viene in considerazione, anche sotto tale profilo, il ruolo, appunto, dell'utenza esterna, intesa nel suo senso più ampio (Avvocati, Patrocinanti in genere, Praticanti, Consulenti, Cittadini). Non si può non ascoltare anche quel punto di vista, non si può non orientare la revisione dei flussi e degli strumenti di lavoro nell'ottica anche delle relazioni (che poi ora sono eminentemente “transazioni telematiche”) con gli utenti esterni; di qui la già segnalata necessità, ora non prevista, di un loro coinvolgimento nell'ufficio del processo. Per sperimentare modelli virtuosi di collaborazione con gli *stakeholders* non solo istituzionali anche in chiave deflattiva del contenzioso.

5.1. Esperienze dirette

Ricordo che nella fase di avvio della parziale obbligatorietà dei depositi telematici civili (nel triennio 2014 – 2016), il Ministero della giustizia costituì un utile strumento partecipativo, denominato “Tavolo permanente per l'avvio del processo civile telematico”, che si sviluppò anche con dei collegati tavoli normativi per lo studio e l'analisi di proposte di intervento, per l'appunto, normativo. Al di là della dichiarata sua “permanenza”, l'organismo non è stato più convocato, una volta terminata la fase di vero e proprio avvio del processo telematico civile.

Nel processo amministrativo è, invece, prevista dall'articolo 7, comma 7, del già citato decreto-legge n. 168/2016 (che ha istituito, come si è visto l'ufficio del processo) “una commissione di monitoraggio” aperta in una certa misura anche alle realtà esterne, e segnatamente, alle associazioni specialistiche maggiormente rappresentative, ma non, invece, all'Avvocatura dello Stato, ed è un *vulnus* for-

male che andrebbe colmato. Anche questo organismo, in via di fatto e di questo si deve dare atto, aperto anche all'Avvocatura dello Stato, ha svolto un ruolo nella fase di avvio del PAT, ma non in quella successiva.

Esperienza analoga si è avuta anche nel processo tributario; in tutte queste vicende è però mancato, a me pare e se posso permettermi un rilievo costruttivo, un adeguato presidio e una sede di confronto proprio nella fase di monitoraggio. Forse gli Uffici del processo, aggiornati nella loro composizione, potrebbero evolvere in questa direzione.

Mi permetto, anzi, di auspicare che possano essere costituiti, così integrati, gli Uffici del processo per tutte le giurisdizioni, magari pure con la previsione di una Consulta nazionale dei processi telematici in chiave di correlazione e di interscambio reciproci.

Penso, e mi riferisco espressamente, a tavoli permanenti, ampi e aperti, ma al tempo stesso operativi, evitando organismi pletorici o di mera rappresentanza.

Un'occasione eccezionale, pressochè unica per finalizzare le risorse economiche adattandole alle singole necessità, modellandole e utilizzandole secondo le necessità concrete. Un equilibrio possibile. Obiettivi possibili. Che potremo raggiungere lavorando tutti insieme per lo scopo comune, che è anche quello della maggiore efficienza, perché una giustizia più veloce ed efficiente è un valore positivo anche per la pubblica amministrazione.

La rilevanza del principio di non contestazione ai fini dell'improcedibilità *ex art. 369 c.p.c.* in ambiente digitale

SOMMARIO: 1. Premessa: il nuovo orizzonte di senso della “nomofilachia informatica”. – 2. Il continuum con la giurisprudenza del recente passato. – 3. Il principio del raggiungimento dello scopo. – 4. Le questioni relative alla procedibilità del ricorso per cassazione. – 5. Conclusioni.

1. Premessa: il nuovo orizzonte di senso della “nomofilachia informatica”

L'esperienza della Corte di cassazione maturata in ambito di processo civile telematico (PCT) ha mostrato, almeno fino ad oggi, una peculiarità di fondo, che ha influito in modo anche significativo sull'adozione di talune scelte ermeneutiche su questioni processuali. Difatti, nonostante che il PCT non fosse realtà operativa per il processo civile di legittimità, la Cassazione si è trovata investita della soluzione di problematiche giuridiche relative al PCT e, quindi, chiamata ad enunciare principi di diritto interferenti non soltanto con il processo analogico di legittimità, ibridato telematicamente in alcuni limitati aspetti (comunicazioni di cancelleria, notifiche degli atti di parte, modalità di deposito di atti già nativi digitali), ma anche sul PCT dei gradi di merito.

Dal 31 marzo scorso, però, la Cassazione è entrata ufficialmente nel circuito del PCT e questo evento non potrà assumere una valenza neutra su come verrà a modularsi, nel prossimo futuro, anche lo svolgimento dei compiti che l'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario affida istituzionalmente al giudice di legittimità, ossia quelli di assicurare “l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge” e “l'unità del diritto oggettivo nazionale”.

Ciò che, in sintesi, chiamiamo nomofilachia.

Occorrerà il giusto tempo di rodaggio perché sotto il profilo dell'efficienza e stabilità del sistema infrastrutturale il PCT di legittimità possa funzionare in modo del tutto soddisfacente; ci auguriamo che questo rodaggio si esaurisca in tempi ragionevoli, così da consentire anche il passaggio dal regime di facoltatività del deposito degli atti di parte a quello della obbligatorietà, che si presta ad essere il più coerente rispetto alla morfologia stessa del giudizio di cassazione, che presenta, rispetto al giudizio di merito, una indubbia semplicità strutturale.

Ma quel periodo di rodaggio servirà anche per metabolizzare, da parte dei giudici di legittimità, il passaggio da un rito a vocazione essenzialmente analogica ad un rito a centralità digitale. Passaggio che segna, anzitutto, una rivoluzione simbolica, la quale non potrà che plasmare in modo nuovo la percezione complessiva del contesto – quello processuale – in cui si realizza quotidianamente l'esercizio della giurisdizione.

Dunque, anche in Cassazione il PCT è divenuto “carne viva”, non più realtà mediata e questo darà all'espressione “nomofilachia informatica” un nuovo orizzonte di senso.

È, quella “informatica”, una particolare declinazione della nomofilachia, che ha avuto modo di affermarsi, per l'appunto, ancor prima che il PCT di legittimità fosse una realtà e che si è potuta realizzare in ragione di una lettura dell'assetto processuale “dato” – dunque, un assetto calibrato non solo formalmente, ma anche culturalmente sulle norme del codice di rito e non su quelle di settore – in chiave sistematica e secondo una interpretazione evolutiva che si è avvalsa, essenzialmente, dei principi, anche sovranazionali, che governano il processo civile.

Tuttavia, si prospetta – come detto – un nuovo orizzonte di senso per la “nomofilachia informatica”, sebbene questo specifico contesto non possa prescindere dalla linfa vitale alla quale ha attinto la giurisprudenza sinora formatasi, con essa, quindi, dovendosi anche confrontare.

Si può, dunque, prefigurare un *continuum* tra recente passato e futuro prossimo nella giurisprudenza della Cassazione in materia di PCT e tanto perché il percorso è segnato dalla stessa funzione e dal *quomodo* (che non è solo “modalità”) di formazione dell'interpretazione nomofilattica.

Questa non vive di astrattismi, ma è sempre relativa al caso oggetto della lite.

Il principio di diritto è la regola del caso concreto, quella alla quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi nella risoluzione della specifica controversia. Di qui, anche l'attenuarsi della contrapposizione, a volte troppo sopravvalutata, tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*.

Il piano dell'interpretazione della legge non è, infatti, scisso dalla vicenda storica che viene portata dinanzi al giudice, ma da essa è alimentato.

Tutto ciò, ovviamente, vale anche per l'interpretazione della legge processuale; anzi, per essa, in ragione proprio della particolare conformazione dei poteri del giudice di legittimità, il contatto con la realtà storica della controversia è apprezzabile con ancor maggiore forza e penetrazione.

Nella verifica dell'*error in procedendo* la Cassazione è anche giudice del “fatto processuale” e, quindi, entra nel vivo del processo, di come si è svolto, coniugando direttamente l'interpretazione della norma di rito con l'attività processuale in concreto realizzatasi.

Sicché, l'entrata in vigore del PCT di legittimità ha reso possibile (o meglio, renderà possibile da oggi in poi) la diretta cognizione, a tutto tondo, di un particolare fatto processuale – intimamente legato all'informatizzazione del processo – dapprima conosciuto essenzialmente “in vitro”, così da consentire una interpretazione della norma processuale ancora più consapevole rispetto alla realtà normata e ad essa maggiormente aderente.

Dunque, un nuovo orizzonte di senso per la c.d. “nomofilachia informatica”.

Ciò, per le ragioni anzidette, non significherà di per sé svalutazione della giurisprudenza già formatasi in materia; il valore nomofilattico degli orientamenti giurisprudenziali pregressi andrà semmai depurato da incertezze interpretative (o anche da abbagli, come a volte è capitato e non lo si può nascondere) ovvero rimeditato se necessario, proprio in virtù di quella diretta cognizione e consapevolezza che colma la distanza precedente.

2. Il continuum con la giurisprudenza del recente passato

In una sintetica ricognizione della giurisprudenza che ha reso comunque possibile questa prima fase della “nomofilachia informatica”, l'attenzione sarà concentrata sulle decisioni delle Sezioni Unite (n. 22438 del 24 settembre 2018 e n. 8312 del 25 marzo 2019) che hanno reinterpretato l'istituto della procedibilità del ricorso per cassazione, regolato dall'art. 369 c.p.c., ascrivendo peculiare rilievo al principio di non contestazione in ambito processuale, nel contesto però di altri cooperanti principi, che la stessa giurisprudenza della Cassazione aveva già messo a fuoco nell'affrontare talune problematiche giuridiche

relative al processo civile telematico.

Anzitutto, il principio del raggiungimento dello scopo, ma non da solo, perché vengono in risalto i presidi costituzionali e sovranazionali del “giusto processo” e, con essi, la stessa problematica delle fonti del processo in modalità telematica, in quel dialogo complesso tra codice di rito e norme, non solo di rango primario, che dettano discipline peculiari tra loro interagenti.

Interazioni che, del resto, hanno trovato rilievo nella stessa giurisprudenza della Cassazione, sebbene non sempre in modo organico.

Una visione d'insieme, tuttavia, si rinviene nella sentenza n. 22871 del 10 novembre 2015 in tema di sottoscrizione della sentenza con firma digitale a norma dell'art. 15 del d.m. n. 44/2011.

In quell'occasione si è ritenuto di poter “salvare” dalla nullità (si evocava, addirittura, la categoria dell'inesistenza), per mancanza di sottoscrizione (ovviamente autografa) necessaria in base al combinato disposto di cui agli artt. 132, secondo comma, n. 5, e 161, secondo comma, c.p.c., le sentenze redatte in for-

mato elettronico dal giudice e recante la sua firma digitale, in quanto equiparata alla sottoscrizione autografa in base ai principi del d.lgs. n. 82 del 2005 (codice dell'amministrazione digitale: CAD), resi applicabili al processo civile dall'art. 4 del d.l. n. 193 del 2009, convertito dalla l. n. 24 del 2010.

Equiparazione resa ancor più netta dalla normativa successiva, ossia tramite l'art. 16-*bis*, commi 9-*bis* e 9-*octies*, del d.l. n. 179 del 2012, all'esito delle modifiche recate dal d.l. n. 90 del 2014 e dal d.l. n. 83 del 2015, quali disposizioni che presuppongono l'esistenza di un provvedimento del giudice inserito nel fascicolo informatico e, dunque, sottoscritto con firma digitale.

Tuttavia, proprio l'ulteriore evoluzione normativa sembra aver complicato il problema della ordinazione delle fonti.

In primo luogo, il fatto che la disciplina di rango primario e sub – primario risente necessariamente delle disposizioni dettate dalle fonti di livello eurounitario, con il preciso obiettivo di uniformare determinate materie comuni al mercato interno. Ne accenna la citata sentenza del 2015, ma, in particolar modo, assume un ruolo centrale nell'economia della *ratio decidendi* del principio espresso dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 10266 del 27 aprile 2018, sulle firme digitali in formato “Cades” o “Pades”, il Regolamento UE 910/2014 (e-IDAS), che stabilisce le condizioni per il riconoscimento reciproco in ambito di identificazione elettronica, nonché le regole comuni per le firme elettroniche, l'autenticazione su *web* ed i relativi servizi fiduciari per le transazioni elettroniche.

È, quindi, una trama di rinvii e di rimandi che davvero rendono il significato di come la “nomofilachia informatica” si sia trovata, in precondizioni non affatto favorevoli, a governare un habitat impegnativo.

E di ciò ne è prova, in guisa di peculiare cartina di tornasole, proprio la questione della procedibilità del ricorso per cassazione, la cui soluzione non rimaneva astratto esercizio di logica giuridica, ma opzione determinante effetti radicali sulla controversia, come quelli che derivano dalla sanzione dell'improcedibilità dell'atto di impugnazione adottata dal giudice di legittimità, quale esito, non di merito, che chiude definitivamente la vicenda del processo.

3. Il principio del raggiungimento dello scopo

In siffatto contesto, il principio del raggiungimento dello scopo ha costituito, dunque, il filo conduttore del percorso giurisprudenziale intrapreso dalla Cassazione sul PCT.

Esso ha avuto modo di affermarsi chiaramente con la sentenza n. 9772 del 12 maggio 2016, secondo cui, anche prima della disciplina introdotta dal d.l. n. 83 del 2015 – che modificando l'art. 16-*bis* del d.l. n. 179/2012 (convertito, con

modificazioni, nella legge n. 221/2012) recante la disciplina ordinaria sul deposito degli atti processuali con modalità telematiche nell'ambito dei procedimenti civili, aveva consentito il deposito anche degli introduttivi –, il deposito per via telematica non dava luogo a nullità, bensì a mera irregolarità, là dove detto deposito, tramite generazione della ricevuta di avvenuta consegna, avesse avuto esito positivo e così da raggiungere il proprio scopo.

Il principio è stato enunciato in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ma poi è stato esteso anche ad altri atti introduttivi; ad es. – con l'ordinanza n. 1717 del 23 gennaio 2019 – al reclamo avverso decisione del Tribunale dei minorenni.

Due sono i profili che, della citata sentenza n. 9772/2016, occorre mettere in evidenza.

Il primo, relativo alla lucida individuazione del principio cardine di strumentalità delle forme desumibile dal combinato disposto degli artt. 121 e 156 c.p.c., per cui esse, lungi dal perseguire un valore e fine autoreferenziali, sono dettate per la realizzazione dell'obiettivo che la norma disciplinante la forma dell'atto intende conseguire. Di qui, pertanto, il raggiungimento dello scopo cui l'atto è preordinato impedisce di dare rilievo al vizio dello stesso, in quanto il processo deve essenzialmente tendere ad una pronuncia di merito.

Il secondo profilo, anch'esso di rilievo peculiare, riguarda l'affermazione secondo cui anche in "ambiente telematico" lo scopo del deposito dell'atto processuale è quello della presa di contatto tra la parte e l'ufficio giudiziario e della messa a disposizione di esso alle altre parti.

In tal modo non solo si è dato risalto alla necessaria triangolarità in cui si risolve il "giusto processo", ma è stata pure disinnescata quella opzione ermeneutica, fatta propria da una certa giurisprudenza di merito, secondo cui il deposito telematico avrebbe avuto anche lo scopo, essenziale, di veicolare le richieste della parte al giudice mediante un supporto smaterializzato e decentralizzato. Opzione che, peraltro, aveva portato ad affermare (con conseguente declaratoria di inammissibilità rese in numerose decisioni di merito) che tra i requisiti essenziali dell'atto processuale digitale figurano anche gli *standard* tecnici per il confezionamento e, tra questi, i c.d. formati.

Va precisato che la citata sentenza delle Sezioni Unite n. 10266/2018, sulle firme digitali in formato "Cades" o "Pades", non ha affrontato, *ex professo*, la questione dell'operatività della sanatoria per raggiungimento dello scopo per violazione delle specifiche tecniche, ritenendola assorbita nella affermata utilizzabilità di entrambi detti formati.

Tuttavia, già le stesse Sezioni Unite, con la sentenza n. 7665 del 18 aprile 2016, avevano ritenuto che la notificazione a mezzo PEC di un controricorso in formato ".doc", anziché ".pdf", come stabilito dall'art. 19-*bis* del provvedimento

del direttore SIA del 16 aprile 2014, in quanto la controparte non aveva dedotto alcun specifico pregiudizio all'esercizio del diritto di difesa, fosse da reputarsi sanata per raggiungimento dello scopo.

Il principio è stato successivamente ribadito (tra le altre, da due ordinanze del 2018, la n. 14042 e la n. 14818) nel caso di notificazione a mezzo PEC irrispettosa della prescrizione, dettata dall'art. 19-ter del citato provvedimento dell'aprile 2014, sull'indicazione del nome del file contenuto nell'attestazione di conformità di una copia informatica.

L'ordinanza n. 14042 del 1° giugno 2018 ha, peraltro, enunciato il principio, di portata più generale, per cui la violazione di specifiche tecniche dettate in ragione della mera configurazione del sistema informatico, non può mai comportare la invalidità degli atti processuali compiuti, qualora non vengano in rilievo la violazione del diritto di difesa o altro pregiudizio per la decisione finale, ma al più, una mera irregolarità sanabile in virtù proprio del principio di raggiungimento dello scopo.

4. Le questioni relative alla procedibilità del ricorso per cassazione

Questa direttrice di orientamento ha rappresentato certamente l'*humus* fertile che ha alimentato la maturazione dapprima della decisione delle Sezioni Unite n. 22438/2018 e poi della decisione, sempre delle Sezioni Unite, n. 8312/2019, rispettivamente sulle questioni, sostanzialmente analoghe, della procedibilità, ai sensi dell'art. 369 c.p.c., del deposito di copia analogica del ricorso nativo digitale e della sentenza redatta in formato telematico notificati a mezzo PEC, in assenza tuttavia di attestazione del difensore di conformità all'originale telematico, ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter, della legge n. 53 del 1994, oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa.

Questioni sulle quali si era venuto ad affermare un indirizzo più restrittivo, incline alla soluzione dell'improcedibilità.

Quell'*humus* si è poi arricchito di ulteriori piani di riflessione che proprio una interpretazione in chiave evolutiva e sistematica ha fatto convergere verso la soluzione poi adottata: si tratta, come ho già accennato, dei piani, intersecantesi, dei principi fondamentali della giurisdizione e delle fonti di regolazione della materia processuale implicata.

La realtà processuale – come detto – registrava la presenza di un giudizio, quello di legittimità, in cui l'impianto della disciplina era (e lo è stato sino al 31 marzo 2021), radicalmente ancorato a modalità analogiche e dove, nel proprio ambito, non si faceva applicazione (salvo minime eccezioni) delle regole del PCT.

Un processo, dunque, dove la formazione digitale del ricorso e della sentenza e il loro deposito in copia analogica autenticata certamente non trovavano ancoraggio nel combinato disposto degli artt. 365 e 369 c.p.c., quali norme mai modificate nella loro originaria e risalente formulazione.

Eppure già la giurisprudenza che aveva adottato un indirizzo meno liberale aveva avvertito l'esigenza di rendere coerente, per quanto possibile, questa distanza tra discipline differenti, così da ritenere ammissibili quei presupposti (ossia il deposito di atti nativi digitali o formati telematicamente) e questo in base già ad una prima interpretazione evolutiva in consonanza con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, che, proprio in ambito sovranazionale, ha trovato coerente sponda nel principio di "non discriminazione" (quanto ad effetti giuridici) del documento digitale dettato dall'art. 46 del regolamento UE n. 910 del 2014 (eIDAS).

Di qui, l'ulteriore passo compiuto dalle Sezioni Unite secondo una prospettiva convergente con l'esigenza di consentire la più ampia espansione, nel perimetro di tenuta del sistema processuale, del diritto fondamentale di azione (e, quindi, anche di impugnazione) e difesa in giudizio (art. 24 Cost.), in coerenza proprio con il principio "obiettivo" dell'effettività della tutela giurisdizionale, alla cui realizzazione coopera, in quanto principio "mezzo", il giusto processo dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.), in una dimensione complessiva di garanzie che rappresentano patrimonio comune di tradizioni giuridiche condivise a livello sovranazionale (art. 47 della Carta di Nizza, art. 19 del Trattato sull'Unione europea, art. 6 CEDU).

Il che, ovviamente, non poteva che dare spazio ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità che devono guidare eventuali restrizioni del diritto della parte all'accesso ad un tribunale – e quindi le sanzioni processuali radicali come l'improcedibilità –, ascrivendo rinnovata vitalità al principio cardine di "strumentalità delle forme" degli atti del processo e, quindi, del raggiungimento dello scopo.

Assumono, quindi, primazia i principi immanenti al "giusto processo", che non possono comunque essere recessivi rispetto alle forme e alle modalità, contingenti, nei quali il processo stesso viene ad essere configurato in base all'esercizio, ragionevole, della discrezionalità di cui gode il legislatore nel plasmarne gli istituti (tra le molte, Corte cost., sentenze n. 243 del 2014 e n. 216 del 2013).

E ovviamente deroghe non sono consentite nel caso del processo telematico, sebbene esso sia venuto ad acquisire, in misura sempre crescente, il ruolo di strumento duttile e funzionale in un'ottica di semplificazione ed efficienza del c.d. servizio giustizia.

Una breve riflessione a margine.

Giova, infatti, dare ancora maggiore rilievo ai concetti appena espressi prendendo spunto da una delle più recenti decisioni della Corte costituzionale sul processo civile telematico, la sentenza n. 75 del 2019.

Con questa decisione è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 16-*septies* del d.l. n. 179 del 2012 nella parte in cui prevedeva che la notifica eseguita con modalità telematiche, la cui ricevuta di accettazione è generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24, si perfeziona per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione dell'anzidetta ricevuta.

Era stato proprio il "diritto vivente" ad imporre quella lettura della norma – in sostanza, il divieto per il notificante di provvedere alla notifica telematica dopo le ore 21 –, che la Corte costituzionale ha ritenuto irragionevole e vulnerante il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ritenendo applicabile anche in questo caso la regola generale di scindibilità soggettiva degli effetti della notificazione.

Particolarmente significative sono le affermazioni del Giudice delle leggi, perché l'irragionevolezza o meglio l'irrazionalità intrinseca della norma vivente è stata colta proprio nel fatto che essa veniva a sterilizzare le virtualità del presupposto che ne conformava indefettibilmente l'applicazione, ossia quelle del sistema telematico di notificazione degli atti.

In altri termini, il *vulnus* che l'art. 16-*septies*, nella portata ad esso ascritta dal "diritto vivente", recava al pieno esercizio del diritto di difesa – segnatamente, nella fruizione completa dei termini per l'esercizio dell'azione in giudizio, anche nella sua essenziale declinazione di diritto ad impugnare –, era apprezzabile proprio nell'aver fatto venire meno quell'affidamento che il notificante riponeva nelle potenzialità tutte del sistema tecnologico (affidamento ingenerato dallo stesso legislatore immettendo tale sistema nel circuito del processo), il cui pieno dispiegamento avrebbe invece consentito di tutelare e ciò senza pregiudizio del destinatario della notificazione.

Dunque, lo iato irrazionale tra *nomos* e *techne* che il "diritto vivente" aveva determinato è stato ricomposto attraverso il riconoscimento delle potenzialità proprie del sistema tecnologico, ma nell'alveo imprescindibile dei valori del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Tornando *in medias res*, proprio su questi principi/valori si è mossa la "nomofilachia informatica" espressa dalle sentenze del 2018 e del 2019, facendoli interagire con una pluralità di fonti – il codice di rito, la normativa di settore del PCT e la normativa generale del d.lgs. n. 82 del 2005 – attribuendo rilievo eminente a quest'ultima, intesa non solo come piattaforma regolativa di chiusura – secondo quanto previsto dell'art. 2 dello stesso d.lgs. n. 82/2005, modificato dal d.l. n. 179 del 2016 –, ma anche come criterio finalistico di orientamento.

È in questo contesto, quindi, che viene attribuito rilievo centrale al mancato disconoscimento, da parte del controricorrente destinatario della notificazione del ricorso nativo digitale o della sentenza redatta in formato telematico, della

conformità di detta copia all'originale telematico, in applicazione dell'art. 23, comma 2, del CAD stesso.

La saldatura interpretativa è operata anzitutto con la giurisprudenza più risalente (addirittura richiamando una decisione delle Sezioni Unite del 2 febbraio 1976, n. 323) che aveva già avuto modo di sterilizzare la sanzione dell'improcedibilità, ai sensi dell'art. 369 c.p.c., del deposito del ricorso in copia informale qualora non vi fossero dubbi sulla sua conformità all'originale.

Ebbene quella saldatura si fa presente nell'interpretazione in senso evolutivo, adottata dalle più recenti Sezioni Unite, del superamento delle ragioni per cui quegli stessi precedenti (e poi la giurisprudenza più restrittiva sul deposito del ricorso nativo digitale e della sentenza redatta in formato telematico), avevano predicato come ostative della possibilità di far valere la non contestazione della controparte ai sensi dell'art. 2719 c.c.

La certezza della conformità della copia all'originale – si diceva – non può essere data dalla mancata contestazione di controparte perché si tratta di verifica ad essa sottratta (indisponibile), per essere riservata (stante la rilevanza pubblicistica degli interessi) alla Corte di cassazione, non essendo del resto la parte stessa comunque in possesso dell'originale del ricorso e, quindi, impossibilitata ad operare la stessa valutazione di conformità.

Questo apparato argomentativo è stato ritenuto non dirimente una volta mutata la forma dell'atto, ossia consolidatosi il passaggio da quella analogica a quella digitale.

Dunque, secondo una linea comune e di continuità tra la decisione del 2018 e quella del 2019, avendo la prima tracciato il sentiero poi ribadito dalla seconda, si viene ad escludere la sanzione dell'improcedibilità ove il controricorrente non abbia disconosciuto, ai sensi del citato art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 82 del 2005, la conformità della copia informale all'originale notificatogli; con il corollario che, in caso di disconoscimento o in caso di parte rimasta soltanto intimata, il ricorrente ha l'onere di depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio.

Il percorso seguito dalle due sentenze, come detto, è comune e ha dato vita ad una osmosi concettuale tra due piani operanti nello stesso contesto (ricorso e sentenza), che la sentenza n. 8312 del 2019 ha ricondotto ad unità, rilevando che sia per il ricorso, che per la sentenza “contano principalmente due elementi, la conformità all'originale e la tempestività del deposito”, essendo entrambi, anche “in ambiente di ricorso analogico e di norme processuali calibrate su tale forma di atto”, presi in considerazione, ai fini della procedibilità il ricorso, sia come “atti processuali (ovviamente di valenza diversa), sia con riguardo all'attività rappresentata dal relativo deposito, nella necessaria ricerca di un punto di equilibrio,

che consenta di bilanciare la esigenza funzionale di porre regole di accesso alle impugnazioni con quella a un equo processo, da celebrare in tempi ragionevoli”.

Il contesto, dunque, è quello, affatto peculiare, del giudizio di cassazione, in cui l'impianto e lo svolgersi della relativa disciplina processuale è – *recte*: era fino al 31 marzo scorso – ancorato ad una dimensione analogica degli atti (salva l'eccezione delle comunicazioni di cancelleria).

Ed è un contesto che già di fatto, prima ancora che giuridicamente, giustifica l'inserimento nel circuito processuale della collaborazione del depositante dell'atto e del controricorrente, ai fini di verifiche di conformità (involgenti sia il ricorso nativo digitale, che la sentenza estratta dal fascicolo informatico) che erano oggettivamente precluse alla Corte in quel momento storico.

Proprio nel dare rilievo al mancato disconoscimento, da parte del controricorrente destinatario della notificazione, della conformità di detta copia all'originale telematico è la stessa sentenza del 2019 a riconoscere che la decisione del settembre 2018 aveva già operato decisamente una interpretazione innovativa dell'art. 23, comma 2, del CAD, intendendo tale disposizione come “norma di chiusura” in base al duplice presupposto: della impossibilità per la Corte di effettuare la verifica diretta sull'originale nativo digitale;

a) della possibilità della parte destinataria dell'atto processuale nativo digitale, sottoscritto con firma digitale, di poterne operare, o meno, il disconoscimento rispetto alla copia analogica che non sia stata autenticata dal difensore autore dell'atto notificato, in quanto in possesso proprio del suo originale.

In tal senso, viene superata la configurazione tradizionale del citato art. 23, comma 2, quale norma dalla valenza meramente probatoria e confinata in un rapporto meramente privatistico, che si riteneva, quindi, inapplicabile in sede di verifiche come quelle in esame, che hanno implicazioni pubblicistiche e non sono nella disponibilità delle parti.

Tale approdo ermeneutico si è reso possibile proprio perché operante – come più volte ripetuto – sul terreno già fertile del principio cardine di “strumentalità delle forme” degli atti del processo, secondo una lettura particolarmente attenta ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità, di matrice soprattutto sovranazionale, i quali devono orientare eventuali restrizioni del diritto della parte all'accesso ad un tribunale, senza indulgere ad “inutili formalismi”, ma operando per dare concretezza al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Ma questa operazione ermeneutica coerenziatrice va anche letta come implementazione dello spazio vitale della funzione nomofilattica, perché viene a rafforzare lo statuto del “precedente” nell'ottica valoriale della certezza giuridica e, dunque, rendendolo affidabile criterio e misura della prevedibilità riguardo alla decisione dei casi futuri.

5. Conclusioni

Il descritto contesto impone di affrontare, tra le altre, una sfida impegnativa per la c.d. “nomofilachia informatica”, che – come già in parte evidenziato – viene posta dalla pluralità delle fonti di produzione del diritto di settore (incluso il livello eurounitario), che interagiscono tra loro, esibendo peraltro un diverso rango: primario, secondario, tecnico, quest’ultimo espressione anche di determinazioni amministrative (ad es., i decreti direttoriali del Ministero della Giustizia), la cui posizione, peraltro, è spesso frutto di interventi settoriali e non coordinati, secondo un disegno non sempre armonico, ma dettato sovente da contingenze e urgenze.

Invero, lo stesso CAD, sebbene venga evocato come corpo omogeneo di disposizioni di fonte legislativa con valenza di disciplina generale e di principio, affida la propria attuazione alle c.d. “regole tecniche”, ossia ad una disciplina operativa di dettaglio, che, oggi, dopo la modifica dell’art. 71 del medesimo Codice, introdotta dal d.lgs. n. 217 del 2017, sono dettate sotto forma di “Linee guida”, adottate non più in forma regolamentare (con decreto del Presidente del consiglio o di un Ministro delegato), ma direttamente dall’Agenzia per l’Italia Digitale (AgID), divenendo efficaci non più dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (dove è solo previsto che si dia notizia della loro adozione), bensì dopo la pubblicazione nell’apposita area del sito Internet istituzionale dell’AgID. Ciò che apre ulteriormente alla discussione di come sussumere le “Linee guida” nell’ambito di una gerarchia delle fonti del diritto.

La giustificazione di fondo di tale assetto la si rinviene nel fatto che la flessibilità regolativa della normativa sub-primaria si presenta congeniale all’evoluzione tecnologica di natura prettamente informatica che il sistema del PCT non può ignorare.

Il che, se da una parte consente davvero la flessibilità, per altro verso, come è facile intuire, risulta un fattore di complicazione nell’ambito della regolazione del processo.

Sono i nostri filosofi contemporanei (Severino, Galimberti) ad ammonirci che la tecnologia non è asettica e neutrale, ma fa politica.

Affermazione questa che acutissimo e insigne giurista, come Natalino Irti, ha tradotto evidenziando che privilegiare, secondo una visione prospettica e di risultato, l’una o l’altra opzione regolativa che si affidi anche alla tecnica diventa una “questione di potere”.

Così nel nostro campo: diventa “questione di potere” rendere una certa scelta tecnica (prendiamo ad es. le tipologie di errore nel deposito telematico dell’atto digitale) impediente o meno dell’intervento del giudice all’interno del circuito della verifica processuale.

Nel contesto del PCT, dove fonti che non sono la legge vengono abilitate a regolare aspetti non certo irrilevanti del processo civile, non sembri ultronea la precisazione (che è dato trarre dalla più volte citata sentenza delle Sezioni Unite del settembre del 2018) per cui è necessario che siano i principi generali della legge processuale ad assumere il ruolo privilegiato di fonte interpretativa condizionante la portata della disciplina settoriale.

In altri termini, occorre davvero che la “nomofilachia informatica”, in dialogo con la dottrina (ma anche con le altre giurisdizioni in un’ottica di semplificazione e di armonizzazione della disciplina dei processi telematici: passaggio anche questo necessario e da effettuare in tempi stretti), rifletta seriamente su un’*actio finium regondorum* che misuri con certezza ambiti competenziali e spazi di intervento attraverso la stella polare del “giusto processo regolato dalla legge”, secondo quanto predicato dal secondo comma dell’art. 111 Cost., che deve orientare in modo forte le “regole del gioco”, per non rendere evanescente il nucleo indefettibile del diritto inviolabile della difesa in giudizio.

CAPITOLO 2

UNO SGUARDO SULLE ALTRE GIURISDIZIONI

PCT e PAT a confronto: analogie e differenze nella normativa di riferimento e prospettive di riforma

SOMMARIO: 1. Criticità dei “processi amministrativi telematici”. – 2. La struttura del PAT: rapporti con le norme del PCT. – 3. Applicabilità delle disposizioni del PCT a cui il PAT non rinvia espressamente. – 4. Disposizioni tecnicamente compatibili. – 5. Istituti tecnicamente incompatibili: sottoscrizione processuali con firma CADES anziché PADES; la cd “procura ai tempi del Covid”. – 6. Proposte di riforma. – 6.1. Introduzione di linee guida uniformi. – 6.2. Introduzione di norme primarie comuni. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Criticità dei “processi amministrativi telematici”

Come è noto, una delle principali critiche che viene rivolta ai “processi amministrativi telematici” è quella di costringere gli operatori del diritto, e in particolare gli avvocati, a barcamenarsi non soltanto tra sistemi informativi caratterizzati da modalità di funzionamento diverse, ma altresì tra discipline normative, sia di rango primario che secondario, caratterizzate da differenze in taluni casi significative anche ai fini degli esiti processuali (si pensi, ad esempio, all’inadempimento dell’ordine di integrazione del contraddittorio, comunicato al difensore a mezzo PEC; alla sottoscrizione del ricorso introduttivo con tipologia di firma digitale difforme a quella prevista dalle regole tecniche; alla notificazione effettuata ad indirizzo PEC del controinteressato non presente in pubblici elenchi e così via via scorrendo).

Se infatti nel momento in cui fu “immaginato” dal D.P.R. 13/02/2001, n. 123 (Regolamento recante disciplina sull’uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti) il processo telematico, pur nella sua fase assolutamente embrionale, era ispirato dall’idea che poche regole in materia di formazione, trasmissione e notificazione degli atti con modalità informatiche nonché di procura alle liti potessero essere validamente dettate con riguardo a tutte le richiamate giurisdizioni, la storia successiva ha dimostrato una tendenza, via via sempre più accentuata, alla diversificazione non solo delle modalità tecnologiche adottate o comunque adottabili, anche in deroga al CAD, dalle regole

tecniche proprie di ciascun plesso giurisdizionale – confermato dall'art. 2, comma 6 del d.lgs. 07/03/2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale), ai sensi del quale “le disposizioni del presente Codice si applicano al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico” – ma, altresì, anche della disciplina normativa di riferimento.

Si può dire che, allo stato attuale dell'arte, l'unica disposizione “telematica” che nasce già ab origine con ambito applicativo rivolto indistintamente a tutte le giurisdizioni è quella di cui all'art. 3-*bis* della l. 21/01/1994, n. 53, in materia di notificazioni telematiche a mezzo PEC; analogamente, è stato espressamente dettato con ambito applicativo rivolto a tutte le giurisdizioni il nuovo comma 1-*ter* all'art. 16-*ter* del d.l. 179 del 2012, che come è noto introduce un meccanismo di sostituzione per quelle amministrazioni che continuassero a rendersi inadempienti agli obblighi di comunicazione per il registro PP.AA.. In tal caso, la notificazione alla pubblica amministrazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale è validamente effettuata, a tutti gli effetti, al domicilio digitale indicato nell'elenco previsto dall'articolo 6-*ter* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (IPA Indice delle Pubbliche Amministrazioni).

Va segnalato che il d.l. n. 76/2020 attribuisce alla Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati (DGSIA) del Ministero della Giustizia il potere/dovere di emanare, entro novanta giorni dalla data di pubblicazione del decreto in commento e quindi entro il 15 ottobre 2020, le specifiche tecniche per l'attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 16, comma 12, del decreto-legge n. 179 del 2012 e quindi per adeguare il registro PP.AA., già presente nel portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia, affinché possa ricevere e contenere gli indirizzi PEC della pubblica amministrazione corrispondenti ai propri organi o articolazioni anche territoriali, con effetti destinati ad esplicarsi anche nell'ambito della Giustizia Amministrativa.

Per il resto, le disposizioni dei “processi telematici” sono da rinvenire in specifiche regolamentazioni dettate, per ciascun plesso giurisdizionali, da apposite norme primarie e secondarie.

2. La struttura del PAT: rapporti con le norme del PCT

Per quanto riguarda il processo amministrativo telematico (PAT) – la cui disciplina è quasi completamente racchiusa nel Decreto-Legge 31 agosto 2016, n. 168, convertito con l. 197/2016, che ha riscritto l'art. 136 c.p.a. oltre ad alcune norme delle norme tecniche di attuazione del c.p.a. (art. 13 ss. All.2) – sono state dettate specifiche disposizioni che non trovano perfetta corrispondenza in ana-

loghe disposizioni di rango primario del processo civile telematico: si pensi ad esempio all'obbligo positivamente sancito non solo del deposito ma anche della sottoscrizione con firma digitale di tutti gli atti del processo (art. 136 comma 2-*bis* c.p.a.); al dovere di attestazione di conformità non solo degli atti ma anche dei documenti di causa (art. 136 comma 3-*ter* c.p.a.); all'obbligo di pubblicazione di tutte le sentenze sul sito web dell'amministrazione (art. 56 CAD); all'obbligo dei difensori – prima sospeso, a fronte del dilagare della pandemia Covid-19, e sostituito con la spedizione a mezzo del servizio postale e quindi eliminato con la legge 25 giugno 2020, n. 70 che ha abrogato il comma 4 dell'articolo 7 del d.l. n. 168/2016 – di depositare, sostanzialmente a pena di inammissibilità secondo l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, almeno una copia cartacea del ricorso e degli atti difensivi (che non trovava corrispondenza, per il PCT, nell'art. 16-*bis*, comma 9, del Decreto – Legge 179/12, convertito in l. 221/2012, il quale prevede solo la possibilità per il Giudice di ordinare il deposito di copia cartacea di singoli atti e documenti “per ragioni specifiche”, oltre alle misure organizzative da adottarsi da parte del Ministro della giustizia stabilisce misure organizzative per l'acquisizione anche di copia cartacea degli atti depositati con modalità telematiche, nonché per la riproduzione su supporto analogico degli atti depositati con le predette modalità, nonché per la gestione e la conservazione delle predette copie cartacee.

Esistono, naturalmente, talune norme inizialmente dettate per il PCT che sono state successivamente espressamente estese dal legislatore anche alla giustizia amministrativa: tra queste, ad esempio, prima ancora dell'entrata in vigore del PAT (il 1° gennaio 2017), l'art. 42 del d.l. 24/06/2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), in materia di Comunicazioni e notificazioni per via telematica nel processo amministrativo, ha stabilito espressamente che le disposizioni di cui ai commi 4, 6, 7, 8, 12 e 13 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, si applicano anche nel processo amministrativo.

3. Applicabilità delle disposizioni del PCT a cui il PAT non rinvia espressamente

Vi sono invece alcune disposizioni specificatamente dettate da norme primarie per il processo civile telematico di cui non vi è traccia nelle disposizioni che disciplinano il processo amministrativo.

Tra le disposizioni più recenti, ad esempio, si ricorda l'art. 37-*bis* del d.l. 16/07/2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale),

ai sensi del quale “al fine di favorire una celere evasione delle richieste di liquidazione dei compensi spettanti al difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato e al difensore d’ufficio ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, le istanze prodotte dal giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono depositate presso la cancelleria del magistrato competente esclusivamente mediante modalità telematica individuata e regolata con provvedimento del direttore generale per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia”.

Ciò comporta il problema, di rilievo tutt’altro che teorico, della possibilità di invocare l’applicazione al Processo amministrativo telematico di disposizioni espressamente dettate per il PCT, in virtù del c.d. “rinvio esterno” di cui all’art. 39 comma 1 c.p.a., ai sensi del quale *“Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”*.

Anticipo sin d’ora che, a mio avviso, il primo limite all’invocabilità della disciplina dettata per il PCT al PAT è quello della “compatibilità”, che va verificata innanzitutto con riferimento alle peculiarità specifiche dei sistemi informativi di ciascuna giurisdizione.

4. Disposizioni tecnicamente compatibili

Nulla quaestio, dunque, se l’applicabilità di disposizioni dettate per il processo civile non implica problemi di compatibilità tecnica.

Un problema interpretativo si è posto, ad esempio, con riferimento alla possibilità di individuare anche nel processo amministrativo, così come nel processo civile (cfr. *ex multis*, di recente, Cass. civ. Sez. I Sent., 03/02/2021, n. 2460; Cass. civ. Sez. Unite Sent., 28/09/2018, n. 23620) ai sensi dell’art. 16-*sexies* del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 221 del 2012, come modificato dal d.l. n. 90 del 2014, conv. con modif. dalla l. n. 114 del 2014, la PEC del difensore risultante dal ReGIndE, seppur non indicata in atti, quale suo “domicilio digitale” anche ai fini delle notificazioni processuali (possibilità ritenuta ammissibile dal parere reso dall’Ufficio Studi del Consiglio di Stato del 7 marzo 2018, rinvenibile nella sezione Documentazione, cartella Processo Amministrativo Telematico del sito web istituzionale della G.A.; in tal senso, v. anche Cons. giust. amm. Sicilia, 08/02/2021, n. 92; Cons. Stato Sez. IV, 04/09/2019, n. 6089). La risposta affermativa, infatti, quanto al processo civile è stato rinvenuta dalla giurisprudenza della Cassazione avuto riguardo al fatto che l’art. 125 c.p.c. – diversamente che l’art. 40 c.p.a., che nulla stabilisce al riguardo – prevede l’indicazione della P.E.C. del di-

fensore nel ricorso “ad ogni effetto di legge” (quindi, non soltanto ai fini delle comunicazioni). Differentemente, l’art. 136 comma 1 c.p.a., nella sua originaria formulazione, richiede(va) l’indicazione della PEC di un difensore (e non “del” difensore) ai soli fini delle comunicazioni processuali. È indubbio che la soluzione proposta in tal caso non pone problemi di conflittualità o adeguamento tecnologico del S.I.G.A. ed è pertanto, sotto tale profilo, “indolore” (se non per gli avvocati che non abbiano inteso indicare nel ricorso la PEC ai fini delle notifiche, perché affezionati alla tradizionale modalità della notificazione cartacea).

5. Istituti tecnicamente incompatibili: sottoscrizione processuali con firma CADES anziché PADES; la cd “procura ai tempi del Covid”

Più problematica, invece, la possibilità di ricorrere al c.d. “rinvio esterno” quando ciò implichi problemi di “compatibilità” con il sistema informativo. Sotto tale luce, ad esempio, ad avviso di chi scrive, avrebbe dovuto essere affrontata l’annosa questione della ammissibilità nel processo amministrativo (v. ad es. Cons. Stato Sez. III, 05/02/2018, n. 744) della sottoscrizione degli atti processuali con firma Cades anziché con Pades (come richiesto dalle vigenti specifiche tecniche allegate al d.P.C.S. 28 dicembre 2020), perché se è vero che entrambe le firme sono ammesse dal Regolamento eIDAS (Regolamento UE n. 910/2014, Commissione europea 2015/1506 dell’8 settembre 2015), è altrettanto vero che non si tratta di effettuare valutazioni giuridiche della validità della firma quanto di verificare la compatibilità della stessa alla luce delle soluzioni tecniche adottate dal sistema informativo di riferimento (per la soluzione circa l’equivalenza “giuridica”, v. Cass. S.U. n. 10266 del 27 aprile 2018), secondo cui secondo cui le firme digitali di tipo CADES e di tipo PAdES sono valide ed efficaci anche nel processo civile di Cassazione, senza eccezione alcuna. Entrambe, infatti, sono ammesse ed equivalenti, sia pure con le differenti estensioni <*.p7m> e <*.pdf>, alla luce di quanto disposto dal diritto dell’Unione europea e dalle norme, anche tecniche, di diritto interno).

Analogo problema di “compatibilità” è stato ad esempio previsto dal legislatore, nella disciplina dell’emergenza con riferimento alla tematica della regolamentazione (non prorogata), della c.d. “procura ai tempi del Covid”: come noto, l’art. 83 commi 20-ter e 21 del Decreto Legge n. 18/2020, come convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 (Nuove misure urgenti per contrastare l’emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare) ha previsto che:

“Fino alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale in materia di prevenzione del contagio da COVID-19, nei

procedimenti civili la sottoscrizione della procura alle liti può essere apposta dalla parte anche su un documento analogico trasmesso al difensore, anche in copia informatica per immagine, unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità, anche a mezzo di strumenti di comunicazione elettronica. In tal caso, l'avvocato certifica l'autografia mediante la sola apposizione della propria firma digitale sulla copia informatica della procura. La procura si considera apposta in calce, ai sensi dell'articolo 83 del codice di procedura civile, se è congiunta all'atto cui si riferisce mediante gli strumenti informatici individuati con decreto del Ministero della giustizia.

21. Le disposizioni del presente articolo, in quanto compatibili, si applicano altresì ai procedimenti relativi alle giurisdizioni speciali non contemplate dal presente decreto – legge, agli arbitrati rituali, alle commissioni tributarie e alla magistratura militare”.

Tale norma, infatti, non è stata prevista, con riferimento alla giustizia amministrativa, dal successivo art. 84, ponendosi quindi il problema del rinvio esterno a quanto previsto dal PCT. Ma, soprattutto, la questione si è posta di recente con riferimento alla possibilità di fare applicazione nel processo amministrativo dell'art. 23, co. 9-bis, d.l. 28/10/2020, n. 137, conv. in legge con l. 18 dicembre 2020, n. 176”, così da consentire anche nella giustizia amministrativa la possibilità per i difensori di avvalersi di una modalità relativa all'estrazione di copie di provvedimenti giurisdizionali munite di formula esecutiva analoga a quella introdotta per la giustizia ordinaria, eventualmente attraverso le funzionalità del “portale dell'avvocato”.

La risposta, a mio avviso, è senz'altro negativa, in primis per questioni di “incompatibilità” del sistema, oltre che per la considerazione che il rinvio esterno non può operare a fronte di una diversa disciplina specificatamente dettata.

Giova, al riguardo, riportare il testo del comma 9-bis del citato art. 23 del d.l. n. 137/2020, inserito dalla legge di conversione 18 dicembre 2020, n. 176, che al riguardo così recita:

“9-bis. La copia esecutiva delle sentenze e degli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria di cui all'articolo 475 del codice di procedura civile può essere rilasciata dal cancelliere in forma di documento informatico previa istanza, da depositare in modalità telematica, della parte a favore della quale fu pronunciato il provvedimento. La copia esecutiva di cui al primo periodo consiste in un documento informatico contenente la copia, anche per immagine, della sentenza o del provvedimento del giudice, in calce ai quali sono aggiunte l'intestazione e la formula di cui all'articolo 475, terzo comma, del codice di procedura civile e l'indicazione della parte a favore della quale la spedizione è fatta. Il documento informatico così formato è sottoscritto digitalmente dal cancelliere. La firma digitale del cancelliere tiene luogo, ai sensi dell'articolo 24, comma 2, del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82,

del sigillo previsto dall'articolo 153, primo comma, secondo periodo, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368. Il difensore o il dipendente di cui si avvale la pubblica amministrazione per stare in giudizio possono estrarre dal fascicolo informatico il duplicato e la copia analogica o informatica della copia esecutiva in forma di documento informatico. Le copie analogiche e informatiche, anche per immagine, della copia esecutiva in forma di documento informatico estratte dal fascicolo informatico e munite dell'attestazione di conformità a norma dell'articolo 16-undecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, equivalgono all'originale”.

Tale disposizione prevede, in estrema sintesi, la “possibilità” che la copia esecutiva – in luogo della tradizionale apposizione della formula esecutiva in modalità cartacea, sia su un originale cartaceo che sulla copia analogica di un provvedimento originale digitale –previa istanza da depositare in modalità telematica, della parte a favore della quale fu pronunciato il provvedimento sia rilasciata in forma di documento informatico sottoscritto dal cancelliere e che, in tal caso, il difensore o il dipendente di cui si avvale la pubblica amministrazione per stare in giudizio possano estrarre direttamente dal fascicolo informatico il duplicato e la copia analogica o informatica della copia esecutiva in forma di documento informatico che, munita dell'attestazione di conformità a norma dell'articolo 16-undecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, equivarrà all'originale.

In tal caso, all'applicabilità del “rinvio esterno” osta il fatto che il comma 2-ter dell'art. 136 del c.p.a. riserva specificatamente alle segreterie degli uffici giudiziari della G.A. “*il rilascio della copia autentica della formula esecutiva ai sensi dell'articolo 475 del codice di procedura civile*”.

La previsione di una norma espressamente dettata in materia di rilascio di copie munite di formula esecutiva nel codice del processo amministrativo, infatti, esclude in radice, la possibilità di operare un rinvio esterno alla suindicata disposizione del codice di procedura civile, espressamente dettata per il rilascio e l'estrazione di copie esecutive di sentenze e altri provvedimenti del giudice civile (come del resto dimostrato anche dal fatto che la disposizione contempla l'apposizione della formula esecutiva anche su un provvedimento del Giudice nativo in modalità analogica, ciò che nel processo amministrativo è vietato espressamente dall'art. 136 comma 2-bis c.p.a., secondo cui tutti i provvedimenti del Giudice sono obbligatoriamente emanati in forma di provvedimenti nativi digitali).

In ogni caso, anche le ulteriori condizioni espressamente previste dal legislatore per l'applicazione del c.d. rinvio esterno, comunque non ricorrono nel caso in esame.

Escluso infatti che l'art. 23 comma 9-*bis* del d.l. 137/2020, nella parte in cui attribuisce ai difensori la possibilità di estrarre copia del provvedimento munito di formula esecutiva direttamente dal fascicolo informatico, costituisca espressione di un principio generale o comunque strumento per colmare una lacuna della legge processuale amministrativa (quanto alla necessità di verificare puntualmente la sussistenza di tale presupposto, in materia di processo telematico, v.ad es., Consiglio di Stato, Sez.IV, ord.di rimessione n. 4211/2014) quanto alla "compatibilità" di tale disposizione con il processo amministrativo, trattandosi di disposizione in materia di processo telematico, la stessa va valutata con riferimento al complessivo insieme delle disposizioni primarie e secondarie che disciplinano il processo amministrativo telematico, ivi comprese quelle dettate dal DPCS del 28.12.2020 (Regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti). Tali disposizioni attualmente non contemplano la possibilità per i difensori di estrarre direttamente dal fascicolo informatico copie di provvedimenti muniti di formula esecutiva, ma solo quella di poterne (eventualmente) richiedere ed ottenere il rilascio a mezzo PEC, previo pagamento del diritto di copia.

Ove ce ne fosse ulteriore bisogno, l'inapplicabilità dell'art. 23 comma 9-*bis* del d.l. 137/2020 al processo amministrativo telematico è, infine, smentita da una lettura sistematica dei vari commi della medesima norma e precisamente:

- dal comma 10, che espressamente sancisce l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 23, nonché quelle di cui all'articolo 221 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, anche ai procedimenti relativi agli arbitrati rituali e alla magistratura militare ma solo "in quanto compatibili";
- dal comma 10-*ter*, che espressamente prevede, con esplicito riferimento al processo amministrativo, una modifica all'articolo 190 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.P.R. n. 115/2002, prevedendo al comma 1-*bis* che "Nel processo amministrativo le modalità di pagamento telematico dei diritti di copia sono quelle previste nelle forme e con le modalità disciplinate dalle regole tecniche del processo amministrativo telematico, con decreto del Presidente del Consiglio di Stato".

Del resto, l'impostazione secondo cui la "compatibilità" delle norme in materia di processo telematico vada considerata "in concreto", anche con riferimento allo stato attuale e alle prospettive di sviluppo futuro dei sistemi informativi di ogni specifico plesso giurisdizionale (giustizia ordinaria, amministrativa, tributaria etc.) è stata seguita dal legislatore anche con riferimento all'applicazione delle norme del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 07/03/2005, n. 82 e

ss.mod.), che in materia di processo telematico riconosce – in considerazione delle peculiarità dei sistemi informativi delle diverse giurisdizioni – ampi margini di autonomia a ciascun plesso giurisdizionale circa le “scelte telematiche” da effettuarsi al proprio interno (v.art. 2 comma 6 del CAD, ai sensi del quale le “Le disposizioni del presente Codice si applicano al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico”).

È per tale motivo che, nel susseguirsi di leggi speciali che hanno interessato in questi ultimi anni l’evoluzione del processo telematico, il legislatore, ha sempre avuto una particolare attenzione nel specificare l’ambito applicativo delle disposizioni via via introdotte, andando le norme ad incidere sullo svolgimento del processo con modalità telematiche, in un settore che presuppone, volta per volta – oltre alle scelte e alla vision dei diversi plessi giurisdizionali in materia di sviluppo del processo telematico e di ambito applicativo dello stesso – anche una approfondita analisi dello stato di avanzamento dei sistemi informativi coinvolti.

6. Proposte di riforma

Tuttavia, i tempi potrebbero essere maturi per riflessioni comuni a tutte le giurisdizioni che, pur tenendo conto delle inevitabili specificità dei rispettivi sistemi informativi (e, quindi, delle Regole tecniche di riferimento), possano portare all’introduzione sia di “linee-guida” di orientamento che di norme primarie “comuni”, rilevanti per tutte le giurisdizioni.

6.1. Introduzione di linee guida uniformi

Sotto il primo aspetto penso, ad esempio, all’introduzioni di linee-guida uniformi per l’oscuramento delle sentenze, specie ad istanza di terzi, alla luce dell’art. 17 del Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali n. 679/2016 — il quale prevede il diritto all’oblio e alla cancellazione, approfondendo e precisando il diritto alla cancellazione di cui all’articolo 12, lettera b), della direttiva 95/46/CE, “a richiesta” e “per motivi legittimi”, salvi gli indicati obblighi di deindicizzazione dei motori di ricerca (tematica, quest’ultima, ancora immune da interventi normativi, dopo la proposta di legge, non recepita, di modifica dell’ art. 52 del d.lgs. n. 196/2003 effettuata con l’art. 62 dello Schema di decreto contenente il nuovo Codice dell’amministrazione digitale (c.d. riforma “Madaia”), tematica affrontata dal Segretario generale della g.a. con circolare n. 12743 del 04/09/2019; per la definizione di “documento informatico” utilizzabile nel processo telematico, alla luce delle ultime Linee-Guida Agid del 12 settembre 2020, tenuto conto delle nuove tecnologie (v.ad es. la recente problematica della

interpretazione della cartella di dropbox come “mezzo di trasmissione” piuttosto che come “documento informatico”, T.A.R. Lazio, sez.1 *quater* n. 03836/2021); all’individuazione di parametri comuni per l’accesso al fascicoli di soggetti non costituiti (c.d. “istanza di visibilità”), pacificamente ammessa nel processo civile telematico per la parte che intenda intervenire nel processo (ad es., quando occorra presentare opposizione a decreto ingiuntivo da parte del debitore non ancora costituito, oppure quando vi sia un creditore che deve depositare un intervento in un’esecuzione immobiliare), per legittimi motivi difensivi che devono essere evidenziati e purchè il difensore sia munito di procura. Va evidenziato, al riguardo, che nel PCT è pacifico che l’istanza di visibilità, con relativi allegati, vada presentata alla cancelleria che, una volta valutata la stessa, nega o concede l’accesso per il termine volta per volta stabilito; diversamente, nel PAT a fronte di analogo procedimento descritto dall’All.2 alle specifiche tecniche, l’orientamento giurisprudenziale più diffuso nella G.A., come vedremo, è quello secondo cui sull’istanza di visibilità occorra una pronuncia del Giudice (così interpretandosi il riferimento all’Ufficio Giudiziario, richiamato nell’art. 18 comma 8 All.2 d.P.C.S 28 dicembre 2020, sebbene tale comma si riferisca alla sola richiesta delle parti e non a quella del difensore munito di procura, a cui si riferisce il comma 3 dello stesso articolo 18).

6.2. Introduzione di norme primarie comuni

Sotto il secondo profilo, sicuramente merita una riflessione non limitata alla fase della emergenza Covid, dell’introduzione di una norma a regime volta a consentire il c.d. rilascio della “procura a distanza” – prassi, questa, da tempo sostenuta dagli avvocati amministrativisti, sulla scia di un orientamento giurisprudenziale secondo cui ai fini dell’autentica della firma non occorre anche attestare che sia apposta in presenza del difensore (Corte di Cassazione, sezione I, 4 luglio 2014, sentenza n. 15348) ed esigenza ribadita anche dall’Unione degli Avvocati Amministrativisti, che risulta essersi attivata contestualmente alla conversione del Decreto legge 28/2020 per richiedere un aggiornamento dell’art. 84 che prevedesse la possibilità di trasmissione telematica e autentica a distanza.

Ma, ancora più impellente, è a mio avviso necessario un ripensamento della tradizionale formulazione della disposizione di riferimento per quanto riguarda l’accesso al fascicolo processuale (cartaceo), dettata dall’art. 76 disp.att.c.p.c. (Potere delle parti sui fascicoli), applicabile al processo amministrativo per effetto del richiamato rinvio esterno di cui all’art. 39 comma 1 c.p.a., ai sensi del quale *“Le parti o i loro difensori muniti di procura possono esaminare gli atti e i documenti inseriti nel fascicolo d’ufficio e in quelli delle altre parti e farsene rilasciare copia dal cancelliere, osservate le leggi sul bollo”*.

Come è noto la disposizione è stata così modificata dall'art. 7, d.l. 7 ottobre 1994, n. 571, convertito, con modificazioni, con l. 6 dicembre 1994, n. 673, rispetto alla formulazione precedente che prevedeva "Le parti o i loro difensori regolarmente costituiti possono esaminare gli atti e i documenti inseriti nel fascicolo d'ufficio e in quelli delle altre parti e farsene rilasciare copia dal cancelliere, osservate le leggi sul bollo".

È evidente che l'ambito applicativo di questa disposizione – la cui interpretazione ha portato ad opinioni differenti anche nell'ambito della giustizia amministrativa, con riferimento ai soggetti legittimati all'accesso al fascicolo informatico, ritenendosi da alcuni che l'accesso possa essere consentito, malgrado la modifica della norma, solo ai difensori costituiti e non anche ai difensori muniti di procura, anche sostanziale come inteso da una parte del Foro, o alle parti pubbliche e private in proprio (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III 00080/2021 che ammette l'accesso al difensore del controinteressato non costituito, munito di procura; T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I Decr., 18/02/2019, n. 296, che ricorda come oltre ai soggetti espressamente contemplati nell'art. 76 disp.att, l'art. 17 delle regole tecniche del PAT ammettano l'accesso al fascicolo anche ai terzi che intendano effettuare intervento nel processo, ma solo previa autorizzazione del Giudice; T.A.R. Lazio, seconda ter, n. 319/2021 che nega accesso al difensore munito di procura che intenda accedere a fascicolo connesso; T.A.R. Napoli, sez. VI, n. 00209/2021, che nega accesso a difensore munito di procura che ha rappresentato la necessità di prendere visione del fascicolo, al fine di predisporre la sostituzione del precedente difensore che ha rinunciato al mandato; T.A.R. Napoli, sez. IV, n. 00107/2021, che nega accesso a difensore munito di procura al fine di valutare intervento ad opponendum, sul presupposto che solo le parti (rituali) possono avere accesso al fascicolo; contra, Cons.St., n. 2604/2020, n. 7202/2019 e CGARS, decreti presidenziali n. 25 del 17 maggio 2018 e n. 32 del 21 giugno 2018, ritengono invece che l'art. 17, comma 3, d.P.C.M. n. 40/2016 – ora, d.P.C.S – 28 dicembre 2020 – costituisca una disposizione regolamentare in contrasto con le norme processuali primarie (...) – necessiterebbe di un chiarimento alla luce delle nuove modalità tecnologiche che in linea astratta consentono agevolmente non più al solo difensore ma direttamente alla parte (ivi compresa quella pubblica) un più agevole accesso al fascicolo di causa tenuto in modalità elettronica, così da stabilire una volta per tutte a quali soggetti sia consentito accedere eventualmente anche con modalità automatizzate, e a chi ciò sia consentito solo previa autorizzazione del Giudice; senza considerare che la tradizionale definizione dell'accesso mal si attaglia all'estensione del fascicolo informatico, nel quale non sono contenuti solo atti e documenti, ma anche informazioni che rimanevano estranee al tradizionale fascicolo cartaceo (si pensi, ad esempio, all'orario del deposito telematico o ad es agli avvisi di inammissibilità o improcedibilità resi in udienza al difensore *ex*

art. 73 c.p.a), con conseguenti problemi della eventuale limitazione dell'accesso della parte in proprio ai solo atti e documenti, con esclusione delle informazioni relative all'espletamento del mandato da parte del proprio difensore.

7. Osservazioni conclusive

Infine, in considerazione dell'ormai consolidata prassi giurisdizionale dell'integrazione del contraddittorio per pubblici proclami con mera pubblicazione nel sito web dell'amministrazione (inaugurata con ord.9598/2013, Tar Lazio sez.III bis), e non in Gazzetta Ufficiale, adottata anche dal Giudice del Lavoro, potrebbe essere giunto il momento di codificare tale soluzione anche attraverso una modifica dell'art. 151 c.p.c., che tenga conto dell'obbligo di pubblicazione dei bandi di concorso sui siti istituzionali delle amministrazioni ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 14/03/2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. d.lgs. n. 33/2013), sicchè, anche per ragioni di uniformità dei contenuti, non vi è più ragione per riconoscere valore legale esclusivamente alla tradizionale pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Le presenti opinioni sono espresse a titolo personale e non impegnano in alcun modo l'amministrazione di appartenenza.

Giustizia digitale tributaria: il punto sul PTT e prospettive di sviluppo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'intervento del Consiglio d'Europa. – 3. Applicazioni di giustizia predittiva. – 4. Una modalità di giustizia predittiva: la statistica giudiziaria. – 5. Il ruolo delle nuove tecnologie nelle indagini statistiche. – 6. Giustizia predittiva e decisione della causa. – 7. Prevedibilità delle decisioni come corollario del principio di uguaglianza. – 8. I vantaggi della giustizia predittiva. – 9. Conclusioni.

1. Premessa

Il tema della giustizia predittiva è ormai da alcuni anni al centro del dibattito giuridico, sotto vari livelli, normativo, dottrinale e giurisprudenziale. Ricordo la trilogia dei seminari Leibniz per la logica del diritto svoltisi presso l'Accademia nazionale dei Lincei in Roma tra il 2018 e il 2019 conclusisi con il seminario del 5 luglio 2019 sulla Decisione Robotica.

Seminari di studio ove, con la partecipazione di studiosi di diritto e di discipline scientifiche, si sono analizzati i rapporti tra diritto e matematica evidenziandone le connessioni e i limiti. Tuttavia, più in generale, il tema è sotto la costante attenzione di vari operatori del diritto, ivi incluso il Consiglio di Presidenza della giustizia tributaria che ha avuto modo e occasione di approvare un progetto finalizzato allo sviluppo e all'implementazioni di banche dati nonché all'introduzione di sistemi di giustizia predittiva nel nostro ordinamento.

Ma cosa si intende per giustizia predittiva?

Si intende comunemente la possibilità per un operatore di prevedere l'esito delle controversie.

In alcuni casi, tale possibilità è collegata all'uso di algoritmi o formule matematiche; in altri casi, essa si fonda su indagini di tipo statistico, il cui risultato rappresenta il probabile esito del giudizio, sulla base della soluzione adottata dalla giurisprudenza in casi simili già risolti.

Il diritto può essere costruito come una scienza, che trova la sua principale ragione giustificativa nella misura in cui è garanzia di certezza: il diritto nasce per attribuire certezza alle relazioni umane, tramite una complessa attribuzione di diritti e doveri.

2. L'intervento del Consiglio d'Europa

La predittività fondata su formule algebriche o matematiche ha radici lontane e presenta alcune specifiche problematiche.

Sul tema è intervenuto il Consiglio d'Europa (COE), che, attraverso la sua Commissione europea per l'efficienza della Giustizia (CEPEJ), nella seduta plenaria n. 31 del 3-4/12/2018, ha adottato la "*Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e loro sviluppo*", ponendo dei paletti sulla possibile estensione dei sistemi predittivi nell'ambito delle diverse comunità nazionali.

Il Consiglio d'Europa ha, tra l'altro, richiamato la necessità che lo sviluppo dell'intelligenza artificiale in funzione predittiva rispetti i diritti fondamentali stabiliti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (CEDU) e dalla Convenzione sulla tutela dei dati personali, in particolare i diritti all'accesso alla giustizia, alla parità delle armi, al contraddittorio ed al processo equo, in armonia con i principi dello Stato di diritto, segnatamente quelli della autonomia, indipendenza ed imparzialità dei giudici¹.

La giustizia predittiva fondata su formule matematiche non consente alle parti di articolare il contraddittorio oralmente e non consente al giudice di orientare la propria decisione in senso innovativo rispetto alla giurisprudenza esistente.

3. Applicazioni di giustizia predittiva

Nel secondo significato, il ricorso al risultato di indagini statistiche per la formulazione di giudizi è un metodo ampiamente utilizzato nel nostro ordinamento.

Un esempio è quello dell'utilizzo delle tabelle del Tribunale di Milano, per la determinazione del danno non patrimoniale. Si tratta di tabelle fondate sul calcolo della media dei risarcimenti già effettuati in un certo arco di tempo, in una determinata area geografica, con opportuni correttivi e, per effetto della rilevanza riconosciuta ad esse dalla giurisprudenza di legittimità, nello svolgimento della sua funzione nomofilattica, hanno trovato ampia applicazione nella determinazione dell'ammontare del risarcimento del danno nella giurisprudenza italiana, salva in ogni caso la possibilità di discostarsi da esse con espressa motivazione. Le ragioni che hanno spinto all'individuazione di un sistema unico sono rap-

¹ La Commissione ha pubblicato in data 21 aprile 2021 la proposta "*Laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts*" (COM(2021) 206 final) la quale elenca, tra le tecniche ed approcci di I.A., anche i sistemi di "Deep Learning" (cd. apprendimento profondo), tecnicamente connotati dalla "*black box*" e forieri pertanto delle conseguenti problematiche in tema di trasparenza, laddove utilizzati in procedimenti amministrativi.

presentate dall'esigenza di evitare distinzioni nel calcolo dei risarcimenti, evitare divaricazioni eccessive tra vari uffici e, quindi, nella prevedibilità e calcolabilità dell'ammontare del risarcimento. Le esigenze di "certezza" e di "prevedibilità" delle decisioni sono state ritenute tanto meritevoli da giustificare, in definitiva, il sacrificio del principio del libero convincimento del giudice.

La questione della giustizia predittiva non è meramente teorica. Si pensi, esemplificativamente, al tema della responsabilità dell'avvocato, dove è dirimente individuare cosa sarebbe accaduto, in termini di decisione giudiziale, laddove l'avvocato avesse posto in essere l'azione processuale in concreto non espletata: in questo caso, è la giustizia predittiva che può venire in soccorso.

In seguito a un processo, che si concludeva nel 1931² con il rigetto della domanda risarcitoria per mancanza di prova del danno e del nesso di causalità, promosso dal cliente contro il proprio difensore per omessa proposizione dell'appello, ne derivò un dibattito dottrinale: un autore³ assunse una posizione critica chiedendo di risolvere il problema mediante un procedimento basato sul calcolo statistico delle probabilità, cioè verificando quali sono in astratto le probabilità che un appellante ha, secondo la statistica giudiziaria di quella Corte di Appello, di vedere accolto il suo appello; un'altra ricostruzione dottrinale⁴ assunse una posizione opposta concludendo per la "deficienza di prova: se il danno non è provato, il risarcimento deve essere negato". La prima posizione – espressa da Calamandrei – ci conduce agli albori della giustizia predittiva e ci fa comprendere quale sia l'importanza della predizione non solo nei sistemi a precedente vincolate, ma anche nei sistemi di *civil law*.

Ma applicazioni della giustizia predittiva si incontrano in diversi ambiti.

Pensiamo al BIM *business innovation modeling*, si tratta di strumenti ingegneristici che possono incidere anche sulle modifiche da apportare alle opere e sul relativo prezzo (riferimenti al BIM ci sono nel codice dei contratti pubblici e all'art. 6 dedicato al collegio consultivo tecnico del d.l. n. 76 del 2020). Si tratta di un istituto studiato anche come strumento di *dispute avoidance* in quanto finalizzato a evitare la sospensione dell'opera, facendo riferimento alla prevedibile e preferibile soluzione, anche in chiave giudiziaria, della disputa tecnica.

² Cass. civ., sez. III, 10 febbraio 1931, n. 495, in *Foro it.*, 1931, I, p. 628 ss., con nota di Parrella, *Colpa del procuratore e stima preventiva della lite e in Riv. dir. proc. civ.*, 1931, 2, II, p. 260, con nota di Calamandrei, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, secondo cui all'omessa interposizione dell'appello "può far carico il rimborso delle spese invano all'uopo anticipategli, ma non il danno incerto ed eventuale desunto da una stima preventiva dell'esito della lite".

³ Calamandrei, *op. ult. cit.*

⁴ F. CARNELUTTI, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2, II, p. 57.

Possiamo ancora indicare a titolo esemplificativo: l'utilizzo di algoritmi nell'attività provvedimentale della p.a. (numerosi sono ormai i procedimenti nei quali si utilizzano metodi matematici e informatici per svolgere l'attività provvedimentale; pensiamo alla selezione dei titoli inseribili nelle procedure che prevedono l'inserimento meccanico delle domande, si tratta di provvedimenti di esclusione dalla partecipazione ad un concorso dei soggetti che non riescono in questo modo a inserire la loro domanda all'interno della piattaforma – in questo modo si è svolta la procedura di mobilità dei docenti organizzata dal Ministero dell'istruzione⁵); l'attività di *due diligence* negli acquisti societari dove appare fondamentale comprendere gli effetti delle eventuali controversie societarie sul bilancio della stessa società.

4. Una modalità di giustizia predittiva: la statistica giudiziaria

Il tema della giustizia predittiva viene oggi sviluppato, in misura prevalente, seguendo un'impostazione statistico-giurisprudenziale: si verificano i precedenti giurisprudenziali ed in base a questi si prevedono le decisioni future.

In questa direzione militano alcuni progetti dei Tribunali italiani, oltre a realtà che vanno consolidandosi in altri Paesi (Francia, *in primis*); tra i più noti progetti non italiani, vi è Predictive: la Predictice – società specializzata in *legal tech* – ha messo a disposizione uno strumento di carattere informatico che avvalendosi di algoritmi di calcolo permette di prevedere la probabilità di orientamento decisionale del giudice. La base dati sulla quale l'algoritmo viene applicato è costituita dalle decisioni delle Corti di appello e dalle decisioni della Cassazione.

La tesi della previsione su base statistica-giurisprudenziale presenta diverse criticità: ha una portata limitata ai soli casi in cui ci siano numerosi precedenti,

⁵ Il riferimento è al “filone giurisprudenziale” che si è registrato nel 2019/2020 sulla procedura di mobilità dei docenti, nell'ambito dal piano straordinario di assunzioni di cui alla legge 107/2015 (cd. buona scuola). Le assegnazioni ministeriali dei docenti presso le sedi di servizio erano state gestite mediante un algoritmo – elaborato da fornitori terzi – poi rivelatosi fallace nei risultati, poiché gli interessati erano stati trasferiti in province più lontane da quelle scelte con priorità in sede di partecipazione alla procedura, benché nelle province di elezione i posti fossero rimasti vacanti. L'illegittimità dell'utilizzo dell'algoritmo è stata accertata proprio in considerazione della mancanza di trasparenza che lo connotava, tale da precludere la comprensione del suo meccanismo di funzionamento e conseguentemente della decisione finale fondata su tale elaborazione automatica. Si segnala, in particolare anche per i precedenti ivi citati, Cons. Stato Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, con commento di R. MATTERA, *Processo – decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 4, 809; A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 3, 366; M. TIMO, *Algoritmo – Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, 2020, 5, 1190

così da escludersi i casi più complessi relativi alle novità normative, non ancora oggetto di stratificati orientamenti giurisprudenziali; non è in linea con il nostro sistema che è di *civil law* e non di *common law*, con la conseguenza che qualsiasi giudice può legittimamente discostarsi da un precedente; vi è il rischio di standardizzazione della decisione e di reiterazione degli errori.

Deve quindi necessariamente essere accompagnato da una serie di garanzie: verificabilità dei meccanismi e dei dati utilizzati e controllo a posteriori della decisione.

In linea teorica, anche se più complesso da realizzare, sarebbe preferibile un modello deduttivo (previsione su base algoritmico-normativa tramite combinazione di dati).

Ciò che davvero rileva ai fini dell'applicazione di una data norma al caso concreto, non è il numero di precedenti giurisprudenziali ma il corretto utilizzo del sillogismo giudiziario e del procedimento interpretativo individuato dal legislatore all'art. 12 delle disp. prel c.c.

L'algoritmo è una sequenza predeterminata di operazioni per giungere ad un risultato e l'art. 12, descrivendo i criteri da utilizzare per pervenire ad un determinato risultato ermeneutico, descrive esso stesso un algoritmo.

L'algoritmo può essere descritto come una sequenza di istruzioni ordinate in modo preciso e chiaro al fine di trasformare dati di partenza (input) in un qualche risultato (output), il quale va poi "scritto" in un codice con uno dei linguaggi informatici disponibili, perché possa funzionare concretamente in una macchina. Nell'area più generale degli algoritmi, si distinguono, da un lato, "*gli algoritmi deterministici*", in cui tutte le istruzioni, gli input e gli output attesi, nonché i passaggi necessari richiesti per produrre il risultato i criteri sono forniti *ex ante* dal programmatore, i quali presentano una logica lineare e, salvo difetti di progettazione o funzionamento, dovrebbero essere leggibili *ex post*; dall'altro, "*gli algoritmi non deterministici*" in cui la macchina ha un margine di autonomia, con livelli diversi a seconda del modello algoritmico utilizzato. Seconda una delle più accreditate definizioni di I.A. tale "autonomia", che a sua volta presuppone anche una interazione con l'ambiente, è ciò che distingue un sistema "intelligente"⁶.

⁶ G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2020, pp. 3-13.

Nella nomenclatura attuale, per "*black box*" si intende il massimo livello di opacità che contraddistingue alcuni sistemi di I.A., tale da rendere imperscrutabili, anche agli occhi degli stessi programmatori e sviluppatori, il loro meccanismo di funzionamento e il percorso seguito nella elaborazione degli input (dati) per arrivare ai risultati.

In sostanza, si configura una *black box* quando non è possibile comprendere "l'iter logico" seguito dalla macchina per raggiungere l'obiettivo assegnato; il che, sotto il profilo giuridico,

I sistemi non deterministici e, quindi, quelli di Deep Learning portano, pertanto, alle estreme conseguenze il tendenziale disallineamento tra l'elaborazione informatica complessa di dati e il ragionamento giuridico, poiché in essi il "modello" viene costruito a posteriori dalla macchina che, quasi invertendo il metodo scientifico moderno che dalla ipotesi giunge alle tesi, individua, nella mole di dati a disposizioni, schemi ricorrenti, *pattern*, regolarità statistiche; la decisione è pertanto fondata sui dati e non vi è una spiegazione "ragionevole" del risultato perché il sistema non è geneticamente costruito per dare motivazioni.

già pare contenere la soluzione, nel senso della incompatibilità, al problema della trasparenza dell'attività amministrativa, laddove un sistema di I.A. che si presenti come una "scatola nera" venga utilizzato nell'ambito del procedimento a supporto della determinazione finale. D'altra parte, anche in senso evocativo, la "black box" richiama immediatamente, e per contrapposizione, la più nota e risalente metafora dell'amministrazione come "casa di vetro" che, applicata alla decisione destinata ad incidere su posizioni giuridiche soggettive, si articola nell'obbligo della motivazione, ovvero proprio nell'obbligo di dar conto dell'iter logico seguito, rendendo palesi le ragioni sottostanti le scelte dell'azione amministrativa. La *black box*, però, non caratterizza tutti i sistemi di A.I., ma, allo stato dello sviluppo scientifico attuale, in particolare quelli di cd. Deep Learning. Il richiamo ai sistemi di Deep Learning – e quindi della black box che li connota – è espressamente contenuto nella articolata definizione legislativa del sistema di I.A. che emerge dall'art. 3 punto 1 della proposta di Regolamento della Commissione dell'U.E. del 21 aprile 2021 secondo la quale esso consiste in un "*software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I e che può, per una data serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare risultati quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono*".

La denominazione è stata coniata, come è noto, dal matematico John McCarthy nel 1956, nell'ambito di un seminario che si svolse presso il Dartmouth College di Hanover, nel New Hampshire. La "congettura" di base su cui si svolsero i due mesi di studio tra autorevoli esponenti della fisica, della matematica, dell'ingegneria informatica, era quella secondo cui "ogni aspetto dell'apprendimento, o qualsiasi altra caratteristica dell'intelligenza umana, possa in linea di principio essere descritto con precisione tale che sia possibile costruire una macchina per simularlo". La natura ingannevole della comparazione tra intelligenza umana ed artificiale è stata poi evidenziata dagli stessi protagonisti del workshop di Dartmouth, comunque oggi identificato come la data di nascita ufficiale dell'I.A. come autonomo campo disciplinare delle scienze informatiche. A prescindere dalla ancora misteriosa conoscenza dei meccanismi di funzionamento dell'intelligenza umana, una netta demarcazione è stata efficacemente indicata da Roger Penrose, Premio Nobel per la Fisica 2020, secondo cui, a differenza delle macchine, che "*costituiscono un insieme di regole logiche coerenti, ma necessariamente incompleto poiché fondate su assiomi non derivabili automaticamente, la mente umana intuisce la "verità" dei concetti di fondo, è capace di comprendere ciò che conosce, e di farsi una rappresentazione del mondo perché la vera "intelligenza richiede comprensione. E la comprensione richiede consapevolezza*"; capacità non presente ad oggi in nessuna macchina. Cfr. Incontro fra Roger Penrose e Emanuele Severino tenutosi al Centro Congressi Cariplo di Milano il 12 maggio 2018 <http://www.vita.it/it/article/2020/10/06/roger-penrose-lintelligenzaartificiale-non-esiste/156896/>

La decisione fondata su regole giuridiche segue invece un modello normativo prestabilito che è rappresentato a monte dalla fattispecie astratta – la quale peraltro presenta quasi sempre profili di ambiguità e viene interpretata con risultati non univoci – e che viene applicato nel “caso concreto” sulla base delle informazioni raccolte, al fine di adottare una decisione che sia ragionevole e intellegibile.

5. Il ruolo delle nuove tecnologie nelle indagini statistiche

La perdita della certezza del diritto e le difficoltà che si riscontrano in relazione alle interpretazioni giudiziarie sono anche causate dalla crisi della fattispecie variamente sottolineata in dottrina (su tutti N. Irti) e al ruolo assunto, nel nostro ordinamento, dalle clausole generali, dai principi e dai valori.

Il tema è ovviamente strettamente legato alla calcolabilità del diritto e, quindi, presenta uno specifico significato in relazione al rapporto tra diritto ed economia⁷,

⁷ PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente e nomofilachia*, Roma 31 ottobre 2017, sottolinea che l'esigenza di certezza del diritto si declina nella sua calcolabilità e nella prevedibilità delle decisioni dei giudici: “calcolabilità del diritto e prevedibilità delle decisioni dei giudici. In ciò si declina l'esigenza di certezza del diritto”). Patroni Griffi, nell'evidenziare il formarsi del c.d. diritto giurisprudenziale, osserva che nel diritto amministrativo la situazione è ancora più complicata: “a) *perché storicamente il giudice amministrativo ha contribuito a “creare” il diritto amministrativo, a regolare i rapporti tra cittadino e potere pubblico, a dettare regole di comportamento ai poteri pubblici attraverso l'effetto conformativo della sentenza, a creare situazioni soggettive tutelabili. Certo, oggi la fase creativa, pretoria, è recessiva a seguito della positivizzazione in legge dei principi giurisprudenziali; ma è altresì vero che “per paradossale che possa sembrare” oggi il ricorso ai principi e alla sistemazione degli istituti in categorie “è reso necessario non dall'assenza di indicazioni normative, ma dall'eccesso e dalla contraddittorietà di queste”. È indubbio che il giudice amministrativo, ancor più di quello civile, utilizza modelli normativi aperti e ricorre a clausole generali molto più di frequente del giudice civile, anche se – come si è detto – anche nel diritto civile, e segnatamente nel settore dei contratti e dell'illecito, il ricorso a modelli normativi aperti induce sempre più anche quel giudice ad adottare analoghe tecniche di tutela;*

b) *la poca prevedibilità della decisione del giudice amministrativo risente anche dalla imprevedibilità del potere pubblico, conseguenza del regredire della legalità sostanziale e del definirsi in progress dell'interesse pubblico in concreto perseguito;*

c) *lo stesso ordinamento europeo risente sempre più dell'influsso creativo del giudice; un po' per la scarsa rilevanza, che oggi rasenta la crisi, delle istituzioni europee rappresentative (e questa è la patologia), ma molto perché il noto meccanismo triangolare che guida l'azione della Corte di giustizia, che trasforma le tradizioni costituzionali comuni in principi di diritto europeo, rende le sentenze della Corte – come si diceva – vere e proprie fonti del diritto, ben al di là del valore loro attribuito come precedente (quand'anche vincolante); meccanismo – si badi – che “pesca” prevalentemente negli orientamenti delle Corti nazionali e si riversa negli ordinamenti nazionali dopo la loro “selezione” ad opera della Corte di giustizia.*

nonché all'istituto dell'*overruling* e all'esigenza di tutela dell'affidamento dei consociati.

Una volta accettata la possibilità per il giudice di formulare un giudizio facendo ricorso al risultato di indagini statistiche, ci si può chiedere se l'uso delle nuove tecnologie possa incidere – e in che modo – su tale processo.

L'amministrazione della giustizia ha tratto grandi vantaggi dall'uso dell'informatica e delle nuove tecnologie per migliorare la propria efficienza e le proprie performances al servizio dei cittadini. Ne sono esempi negli ultimi anni l'introduzione dei sistemi di comunicazione e notifiche telematiche, l'avvio dei processi civile, amministrativo e tributario telematici.

L'industria 4.0, dal canto suo, ha sviluppato alcuni sistemi di automazione industriale, diretti a integrare alcune nuove tecnologie produttive, per migliorare le condizioni di lavoro, aumentare la produttività e la qualità produttiva degli impianti; in due settori, in particolare, si sono concentrate le ricerche del mondo dell'industria: l'analisi dei big data e l'internet delle cose. Il primo settore riguarda la possibilità di effettuare ricerche su quantità di dati di enormi proporzioni, grazie alle aumentate capacità degli strumenti di elaborazione e di calcolo; il secondo fa riferimento all'attività di interconnessione tra più sistemi in uso ad una azienda; i sistemi vengono messi nelle condizioni di interagire, di rendere automatiche alcune operazioni di routine, di velocizzare alcuni processi aziendali, senza l'intervento dell'uomo o con un intervento meramente marginale.

Se riflettiamo sulla circostanza che oggi disponiamo di archivi giudiziari digitalizzati sempre più grandi e di banche dati giurisprudenziali di notevoli proporzioni e di computer sempre più potenti, in grado di elaborare ricerche sempre più complesse in poco tempo e con sempre maggiore precisione e che è possibile far interagire tra loro, ci rendiamo conto del grande aiuto che può derivare dall'uso delle nuove tecnologie alla attività di ricerca finalizzata alla individuazione della "soluzione prevedibile" di una controversia.

In altri termini, l'analisi di una casistica sempre più estesa di casi concreti, attraverso il collegamento delle diverse banche dati esistenti e l'utilizzo di elaboratori sempre più potenti e performanti, può garantire un patrimonio di conoscenze che nessun giurista singolarmente, è in grado di possedere. In altri

Tutto questo magmatico diritto giurisprudenziale, che mette in serio pericolo valori quali la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni, come tradizionalmente intesi, e, in ultima analisi, il principio di pari trattamento di fronte alla legge, costituisce la ragione più forte che è alla base dell'esigenza di individuare meccanismi volti ad attenuare questo pericolo, pur prendendo atto della ineludibilità, nei suoi aspetti fisiologici, di una quota-parte di formazione giurisprudenziale del nostro ordinamento".

termini, si può affermare che lo sviluppo delle nuove tecnologie, applicato alla grande quantità di dati oggi disponibili, consente la massima espansione e valorizzazione del concetto di giustizia prevedibile.

Il corretto funzionamento di tale attività tecnologicamente evoluta, tuttavia, è legata a due condizioni fondamentali; la prima è che i dati su cui lavorare siano inseriti correttamente, in quanto l'errata impostazione dei dati di partenza non può che riflettersi sulla bontà del risultato. La seconda è che basilare, alla fine, è la valutazione soggettiva dell'interprete, legata alla sua sensibilità, al suo bagaglio di conoscenze, alla sua inclinazione; in definitiva, al rispetto del principio del suo libero convincimento.

6. Giustizia predittiva e decisione della causa

In che modo lo sviluppo delle nuove opportunità offerte dal progresso tecnologico può incidere sulla stessa possibilità di produrre decisioni da parte della macchina (giustizia predittiva).

La fase della decisione della causa, consistente nella lettura degli atti, nella loro comprensione, nell'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale, nella meditazione necessaria ad assumere la determinazione finale, nella stesura del provvedimento, sono tutte attività umane che ben difficilmente possono essere affidate alla macchina.

Tuttavia, tutto il settore di decisioni che investono il corretto utilizzo delle procedure telematiche (ad esempio, tempi e modalità di trasmissione e deposito degli atti, irregolarità formali prescritte dalle specifiche tecniche; nuove ipotesi di irregolarità-nullità-sanabilità), da un lato, si presta ad un auspicabile tentativo di forte predeterminazione delle decisioni, sulla base della giurisprudenza ormai formatasi sul punto; dall'altro, richiede che tale predeterminazione venga stabilita in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, in ossequio dei principi di uguaglianza e di salvaguardia del diritto di difesa e per l'attuazione di un giusto processo (artt. 3, 24 e 111 Cost.).

In questo senso, per quanto riguarda il processo amministrativo telematico, il Sistema informativo della Giustizia Amministrativa (S.I.G.A.) esplica anche funzionalità automatizzate per il controllo della regolarità, anche fiscale, degli atti e dei documenti depositati da ciascuna parte, subordinando all'esito positivo di tale controllo con riferimento alla firma digitale le operazioni di acquisizione e registrazione.

Con il d.p.c.m. 16 febbraio 2016 n. 40, sono state così introdotte le norme tecnico-operative che consentono al sistema informatico procedure automatiche di controllo della regolarità formale degli atti e dei documenti prodotti nell'ambito del processo amministrativo telematico, subordinando all'esito positivo di tale

controllo “*le operazioni di acquisizione e registrazione*” di tali atti e documenti. Il tutto, senza l'intervento del giudice.

E non mancano, in altri Paesi, esperienze che già affidano al computer il compito di risolvere cause caratterizzate da aspetti ripetitivi, cause semplici e di modesta entità, dove sia sufficiente la mera allegazione del fatto e la produzione documentale e l'opposizione dell'intimato sia rara.

7. Prevedibilità delle decisioni come corollario del principio di uguaglianza

La prevedibilità delle decisioni costituisce un valore ormai riconosciuto nel nostro ordinamento, in quanto espressione e presupposto del principio di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo.

Il rispetto di tale valore rende la motivazione del provvedimento più aderente al dettato normativo dell'art. 118 disp. att. c.p.c., come modificato con l. n. 69/2009, in base al quale “La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi” e disposizione di tenore analogo si rinviene anche nel codice del processo amministrativo.

La concreta percezione del valore della stabilità delle decisioni, della prevedibilità delle stesse, quale fattore che contribuisce alla corretta impostazione dei valori della civile convivenza, ha indotto alcuni uffici giudiziari a promuovere iniziative in tal senso, nell'ambito delle “buone prassi”.

Tra le norme di legge che incentivano il lavoro di fissazione dei precedenti conformi, incoraggiano l'attività di raccolta e divulgazione degli stessi, ai fini di garantire la stabilità delle decisioni e la prevedibilità delle stesse, merita di essere ricordato anche l'art. 40 d.lgs. n. 545/1992, che prevede l'istituzione, presso ciascuna commissione tributaria regionale, di un ufficio del massimario “*che provvede a rilevare, classificare e ordinare in massime le decisioni della stessa e delle commissioni tributarie provinciali aventi sede nella sua circoscrizione*”. Le massime così raccolte, oltre ad alimentare la banca dati nazionale, vanno a costituire il massimario regionale, strumento molto importante, perché consente di conoscere le decisioni delle commissioni nell'ambito regionale e di ipotizzare – in linea di massima – l'esito delle controversie in tale contesto territoriale.

8. I vantaggi della giustizia predittiva

I vantaggi della giustizia predittiva, intesa in entrambi i sensi sono numerosi. Effetti positivi si rinvergono, come già evidenziato, nella certezza e nella

calcolabilità del diritto che costituiscono diretta espressione della tutela dell'affidamento dei consociati.

L'*overruling*, pur con i suoi limiti teorici, ha ricevuto applicazione nella giurisprudenza. Come noto, si tratta del mutamento della precedente interpretazione della norma processuale da parte dell'organo nomofilattico che porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza o una preclusione prima escluse, di modo che l'atto compiuto dalla parte, o il comportamento da questa tenuto secondo l'orientamento precedente, risultino irrivalenti per effetto ed in conseguenza diretta del mutamento dei canoni interpretativi. In una sentenza (la n. 13620 del 2012), la Corte di cassazione, pur convenendo sull'inesistenza della regola dello *stare decisis* nel nostro ordinamento, parla di una direttiva immanente per cui non ci si possa discostare da un orientamento della Corte senza forti e apprezzabili ragioni giustificatrici. Sul c.d. *prospective overruling* si possono segnalare alcune pronunce giurisprudenziali: Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13⁸, secondo cui, tra l'altro "*L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modularne la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni: a) un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche*"; Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755⁹, in cui, rilevata l'illegittimità del piano faunistico venatorio regionale, piuttosto che annullarlo (così eliminandole – pur insufficienti – misure protettive per la fauna), il giudice amministrativo ne ha accertato la illegittimità statuendo al contempo l'obbligo di procedere entro dieci mesi all'approvazione di un nuovo piano faunistico, in conformità alla motivazione di accoglimento del ricorso. In questo caso la pronuncia si è dichiaratamente ispirata al principio di effettività della tutela onde evitare che l'annullamento potesse paradossalmente pregiudicare la posizione della associazione ambientalista ricorrente, anche se vittoriosa, rammentando che «la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale»; la sentenza della

⁸ In *Foro it.*, 2018, III, 145, con nota di CONDORELLI, in *Foro amm.*, 2017, 2377, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 373, con nota di FOLLIERI, in *Riv. giur. urbanistica*, 2018, 123, con nota di ROSSA, in *Rass. avv. stato*, 2018, 1, 134, con note di VITULLO, MUCCIO, e in *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, 130.

⁹ In *Urb. e app.*, 2011, 927, con nota di TRAVI; *Riv. neldiritto*, 2011, 1228, con nota di RONCA; *Guida al dir.*, 2011, fasc. 26, 103 (m), con nota di LORIA; *Giornale dir. amm.*, 2011, 1310 (m), con nota di MACCHIA; *Giur. it.*, 2012, 438 (m), con nota di FOLLIERI; *Riv. giur. ambiente*, 2011, 818 (m), con nota di DE FEO, TANGARI; *Dir. proc. amm.*, 2012, 260, con nota di GALLO, GIUSTI; *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2012, 566, con nota di AMOROSO, ANNUNZIATA.

sesta sezione ha suscitato un ampio dibattito dottrinale, nel quale sono emerse in genere posizioni critiche¹⁰; la possibilità di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento è stata esclusa da Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4¹¹. Tale pronuncia, chiamata a decidere una fattispecie in cui si è negato che il g.a. possa convertire, d'ufficio, la domanda di annullamento in tutela risarcitoria, ha ritenuto espressamente (ai §§ 6 – 8), di non poter recepire i principi elaborati dalla sentenza della VI sezione n. 2755 del 2011; dopo aver rammentato che la giurisdizione amministrativa di legittimità è una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo, ha anche precisato che non è “consentito al giudice, in presenza dell’acclarata, obiettiva esistenza dell’interesse all’annullamento richiesto, derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, al principio della domanda”¹². In ogni caso, a partire da Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144¹³ si è affermato che, per configurare il c.d. prospective overruling (istituto creato nel diritto nordamericano degli anni trenta proprio per mitigare gli effetti della naturale retroattività dei revirement delle corti supreme) e quindi per attribuire carattere innovativo, con decorrenza *ex nunc*, all’intervento nomofilattico, occorra la concomitante presenza dei seguenti tre presupposti: l’esegesi deve incidere su una regola del processo; l’esegesi deve essere imprevedibile ovvero seguire ad altra consolidata nel tempo

¹⁰ Cfr. MACCHIA, *L’efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 1310; FOLLIERI, *L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 438; GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, e GIUSTI, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 260; TRAVI, *Accoglimento dell’impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell’atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 927; BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l’azione di annullamento amputata dell’effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1128; CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 428; DIPACE, *L’annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273).

¹¹ In *Foro it.*, 2015, III, 265, con nota di TRAVI nonché in *Urb. e app.*, 2015, 917, con nota di MANGANARO, MAZZA LABOCETTA; *Giur. it.*, 2015, 1693 (m), con nota di COMPORZI; *Guida al dir.*, 2015, fasc. 20, 92, con nota di MASARACCHIA; *Foro amm.*, 2015, 2206 (m), con nota di SILVESTRI; *Corriere giur.*, 2015, 1596, con nota di SCOCA; *Dir. proc. amm.*, 2016, 173, con nota di TURRONI.

¹² Nello stesso senso, sia prima che dopo, v. Ad. plen. 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI; Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, id., 2015, III, 265, con nota di TRAVI.

¹³ In *Foro it.*, 2011, I, 3343, con nota di CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, nonché in *Corr. giur.* 2011, 1392, con commenti di CONSOLO, CAVALLA e DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all’errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell’affidamento, tipi di overruling*.

tale da considerarsi diritto vivente e quindi da indurre un ragionevole affidamento; l'innovazione comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa. Sulla valenza inderogabilmente retroattiva della esegesi di norme di carattere sostanziale anche in presenza di un *overruling*, si veda Cass. civ., sez. V, 18 novembre 2015, n. 23585: “La regola secondo cui, alla luce del principio costituzionale del giusto processo, le preclusioni e le decadenze derivanti da un imprevedibile *revirement* giurisprudenziale non operano nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente sul precedente consolidato orientamento attiene unicamente al profilo degli effetti del mutamento di una consolidata interpretazione del giudice della nomofilachia in ordine a norme processuali. Il sopravvenuto consolidamento di un nuovo indirizzo giurisprudenziale su norme di carattere sostanziale che in astratto consentirebbero la riforma di una precedente decisione non può quindi giustificare la rimessione in termini invocata dalla parte onde superare il giudicato formale formatosi per la mancata tempestiva impugnazione di una sentenza”.

Gli sviluppi suaccennati hanno portato all'idea di una governabilità algoritmica nel campo della giustizia, basata sul postulato dell'uniformità delle decisioni rese in situazioni *a priori* comparabili. Si è pensato, così, di offrire strumenti di supporto alla decisione utilizzabili nella sfera giurisdizionale: ne è una riprova la comparsa dei sistemi cd. di «*legaltech*», che offrono ai professionisti nuovi servizi (ricerca di un'informazione giuridica adeguata, valutazione e prevedibilità delle decisioni, etc.).

Vi sono però dei rischi legati all'utilizzo degli algoritmi o della giustizia basata su indagini statistiche. Fondamentale e centrale, in questo caso, è il ruolo della motivazione e, collegato ad esso, la possibilità di conoscere i dati e di accedere ad essi (quindi eventualmente anche al codice sorgente). In realtà il codice sorgente e i dati immessi contribuiscono a formare la motivazione del provvedimento.

In parallelo è fondamentale che sia poi possibile ricorrere ad un giudice, il quale possa esaminare la questione, verificare il corretto funzionamento dell'algoritmo e, in ogni caso, adottare una soluzione differente. Per il giudice, la libertà può essere descritta così: dopo un attento esame degli atti e delle tesi difensive delle parti, spetta a lui condurre ed esporre liberamente la sua analisi, pervenendo a una decisione assunta nel rispetto di un *corpus* di regole e valori che stanno a fondamento del suo ufficio.

Contestualmente appare fondamentale che qualunque sistema garantisca e riconosca l'importanza crescente dei diritti fondamentali e lo stesso art. 1 dello statuto dei diritti del contribuente prevede che “Le disposizioni della presente legge, in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali”.

9. Conclusioni

La giustizia predittiva e la decisione robotica in alcune circostanze possono essere un valore, non possiamo fermare l'evoluzione digitale e l'innovazione. La calcolabilità del diritto è un dato idoneo addirittura a incidere sul PIL di un paese e sulle scelte degli investimenti ma ancora più forte l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali e l'intervento del controllo umano.

La controllabilità e la tracciabilità erano già state indicate tra i sette requisiti fondamentali per un'IA affidabile contenuti nelle Linee Guida Etiche del 2019 (intervento e sorveglianza umani, robustezza tecnica e sicurezza, riservatezza e *governance* dei dati, trasparenza, diversità non discriminazione ed equità, benessere sociale e ambientale, *accountability*), i quali costituiscono i pilastri sui cui è stata elaborata la proposta di Regolamento del 21 aprile 2021. In particolare, in relazione al requisito della trasparenza, la Commissione, facendo proprie le conclusioni del Gruppo di Esperti nominati ad aprile del 2018 confluite nelle Linee Guida, aveva indicato tre livelli di garanzia minimi di trasparenza: a) la tracciabilità, intesa come la documentazione e registrazione delle decisioni adottate dai sistemi di intelligenza artificiale e dell'intero processo di elaborazione della decisione; b) la spiegabilità "*per quanto possibile*" del processo decisionale degli algoritmi, adattata alle persone coinvolte; c) la comunicazione, adeguata al caso concreto, delle capacità e dei limiti del sistema di I.A., al fine di garantire la consapevolezza da parte degli utenti che essi stanno interagendo con un sistema di I.A.

Forse uno spazio maggiore per forme di giustizia predittiva, decisione robotica e utilizzo di algoritmo potrebbero trovarsi, pur sempre sotto il controllo umano, nella fase precedente l'introduzione del giudizio, quindi nella mediazione. Lo sviluppo di algoritmi, l'utilizzo degli stessi, l'analisi del precedente, potrebbero essere uno stimolo per sviluppare sistemi di riforma della giustizia tributaria.

Pensare ad esempio ad una mediazione obbligatoria, per alcune cause sulle quali utilizzare algoritmi o strumenti innovativi di giustizia predittiva, può costituire un mezzo per porre la giustizia tributaria all'avanguardia del sistema giudiziario e per testare la funzionalità di tali meccanismi in una fase anteriore all'introduzione del giudizio, purché: siano rispettati gli obblighi in materia di riservatezza e protezione dei dati personali; l'attività sia svolta da una persona fisica con la dovuta diligenza, indipendenza e imparzialità, nel quadro di una procedura efficiente ed equa; permanga un controllo umano; vi sia un'adeguata e competente selezione degli "input". D'altro canto, come ha scritto Jean Carbonnier "Il diritto è troppo umano per aspirare all'assoluto della linea retta".

La Stratificazione normativa e la necessità di una razionalizzazione delle scelte tecnologiche e regolamentari: La “nuova” udienza da remoto del processo amministrativo tra oralità, celerità, efficienza ed esigenza di razionalizzazione delle norme tecniche

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nuova udienza da remoto nel processo amministrativo. – 3. Oralità e udienza da remoto.

1. Premessa

Com'è a tutti noto, l'art. 111 Cost. nei suoi primi due commi, sancisce espressamente il principio del “*giusto processo*” regolato dalla legge, evidenziando ciascuno dei caratteri essenziali che lo compongono: contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, (l'*audiatur et altera pars*), terzietà e imparzialità del giudice, ragionevole durata; è altresì a tutti noto che tali principi, di cui l'oralità e la pubblicità delle udienze costituiscono corollario fondamentale, quale conseguenza necessaria del fondamento democratico del potere giurisdizionale, esercitato in nome del popolo italiano, ancor prima della modifica della norma costituzionale di cui alla l. cost. n. 2/1999, sono sempre stati immanenti nell'intero sistema costituzionale; del resto è risaputo come l'oralità rappresentasse già un canone tipico della dinamica processuale dell'antica Roma, come testimonia lo stesso Cicerone nelle sue orazioni, a partire dalla Pro Cluentio.

Al di là del baluardo “*interno*” costituzionale, il principio del giusto processo e della necessità dell'oralità della trattazione e della pubblicità delle udienze, in quanto espressione di civiltà giuridica, è prevista da tempo anche in convenzioni internazionali, quali *in primis* la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (art. 6) e ratificata con la legge 4 agosto 1955 n. 848, il patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 e ratificato con legge 25 ottobre 1977 n. 881 (art. 14), i protocolli sullo statuto della Corte di giustizia.

Coerentemente, tutte le leggi processuali nazionali hanno mantenuto o introdotto la regola della pubblicità delle udienze (si pensi ad esempio a quanto previsto dall'art. 128 c.p.c., dall'art. 87 comma 1 c.p.a. dall'art. 91 Codice di giustizia contabile – d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174)pur con talune eccezioni, peraltro molto limitate, che comunque non scalfiscono l'essenziale unità del principio, da considerare indefettibile in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare.

Così, ad esempio, tra le eccezioni alla regola della pubblicità dell'udienza, peraltro giudicata non irragionevole dalla Corte Costituzionale¹, può annoverarsi quanto previsto dall'art 33 comma 1 del d.l.vo 546 del 1992 (Codice del processo tributario), a norma del quale *“la controversia è trattata in camera di consiglio salvo che almeno una delle parti non abbia chiesto la discussione in pubblica udienza, con apposita istanza da depositare nella segreteria e notificare alle altre parti costituite”* almeno dieci giorni liberi prima della data fissata per la trattazione.

Con specifico riguardo al processo amministrativo, va rammentato quanto espressamente previsto dall'art. 87 commi 2 e 3 c.p.a, recante la disciplina dei riti camerati.

In questo quadro generale è intervenuto recentissimamente il Legislatore che, con l'art. 17, comma 7, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, recante «Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia» (in Gazz. Uff. 9 giugno 2021, n. 136), convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2021, n. 113, ha, tra l'altro, dettato, in virtù del combinato disposto del comma 4-bis dell'art. 87 c.p.a. e dell'art. 13-quater disp. att. c.p.a., una nuova disciplina della trattazione delle udienze da remoto, che è divenuta l'unica modalità di svolgimento delle udienze straordinarie dedicate allo smaltimento dell'arretrato; la nuova disciplina prevede, peraltro, con il nuovo comma 4-bis del citato art. 87 c.p.a., una nuova eccezione alla regola delle pubblicità delle udienze.

Infine il medesimo art. 17, comma 7, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2021, n. 113, ha introdotto con l'art. 72-bis c.p.a una ulteriore ipotesi di trattazione in camera di consiglio per i ricorsi suscettibili di immediata definizione, anche a seguito della segnalazione dell'ufficio per il processo, introducendo pertanto una ennesima eccezione alla regola della pubblicità dell'udienza, non connessa però al tema dell'udienza da remoto.

¹ Cfr. Corte Cost. 23 aprile 1998, n. 141 che non ha ritenuto irragionevole un rito camerale condizionato alla mancata istanza di parte della discussione della causa, sul rilievo che *“in assenza della discussione, infatti, la trattazione in pubblica udienza finirebbe per ridursi alla sola relazione della causa e cioè ad un atto che, in quanto espositivo dei fatti e delle questioni oggetto del giudizio, è comunque riprodotto nella decisione e reso conoscibile alla generalità con il deposito della stessa”*

2. La nuova udienza da remoto nel processo amministrativo

Come si è visto, il legislatore ha di recente previsto, con il nuovo art 87 comma 4-bis c.p.a., che le udienze straordinarie di smaltimento si svolgano esclusivamente da remoto, introducendo altresì all'art. 13 *quater* disp. Att. c.p.a.² una disciplina specifica delle stesse, che va ad impattare *in parte qua* – evidentemente superandole quando incompatibili – sulle regole tecniche operative del processo amministrativo telematico dettate da ultimo dal d.P.C.S. 28 luglio 2021.

Accanto a tale fattispecie di svolgimento per così dire “ordinario” dell'udienza da remoto, il Legislatore ha altresì introdotto una nuova ipotesi di trattazione da remoto delle cause per le quali non sia possibile la presenza fisica in udienza di singoli difensori o, in casi assolutamente eccezionali, di singoli magistrati, disciplinata – fino al 31 dicembre 2021 (termine finale della proroga dello stato di emergenza dovuto alla pandemia da Covid-19) – dall'art. 7-bis del d.l. 23 luglio 2021, n. 105 convertito, con modificazioni, dalla legge 16 settembre 2021, n. 126³. Tale fattispecie deve peraltro ritenersi essere venuta definitivamente meno in

² La norma citata espressamente prevede che “Fermo quanto previsto dall'art. 87, comma 4-bis, del codice, in tutti i casi di trattazione di cause da remoto la segreteria comunica, almeno tre giorni prima della trattazione, l'avviso dell'ora e delle modalità di collegamento. Si dà atto nel verbale dell'udienza delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e della libera volontà delle parti, anche ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali. I verbali e le decisioni deliberate all'esito dell'udienza o della camera di consiglio si considerano, rispettivamente, formati ed assunte nel comune sede dell'ufficio giudiziario presso il quale è stato iscritto il ricorso trattato. Il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati, le parti che si difendano personalmente e il personale addetto è considerato aula di udienza a tutti gli effetti di legge. In alternativa alla partecipazione alla discussione da remoto, il difensore può chiedere il passaggio della causa in decisione fino alle ore 12 del terzo giorno antecedente a quello dell'udienza stessa; il difensore che deposita tale richiesta è considerato presente a ogni effetto. Ai magistrati che partecipano alla trattazione di cause da remoto non spetta alcun trattamento di missione né alcun rimborso di spese”.

³ Cfr art 7-bis cit a norma del quale “Fino al 31 dicembre 2021, in presenza di situazioni eccezionali non altrimenti fronteggiabili e correlate a provvedimenti assunti dalla pubblica autorità per contrastare la pandemia di COVID-19, i presidenti titolari delle sezioni del Consiglio di Stato, il presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e i presidenti dei tribunali amministrativi regionali e delle relative sezioni staccate possono autorizzare con decreto motivato, in alternativa al rinvio, la trattazione da remoto delle cause per cui non è possibile la presenza fisica in udienza di singoli difensori o, in casi assolutamente eccezionali, di singoli magistrati. In tali casi la trattazione si svolge con le modalità di cui all'articolo 13-quater delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”

forza del D.L. 24 marzo 2022, n. 24 conv. con mod. dalla Legge 19 maggio 2022 n. 52 recante disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da Covid-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza.

A seguito dei predetti interventi normativi può pertanto ritenersi superato il meccanismo del cd. “*doppio avviso*” contemplato dall'art. 2, comma 3 e 5, del d.P.C.S., e ciò in virtù della considerazione che il Legislatore ha, da un lato, stabilito che le udienze straordinarie si svolgano esclusivamente da remoto e, dall'altro lato, ha eliminato anche per le fattispecie dell'art. 7-*bis* del d.l. n. 105/2021, la facoltà per le parti (in precedenza espressamente contemplata) di opporsi alla richiesta di discussione da remoto avanzata da taluno dei difensori, al pari della possibilità di richiesta congiunta della discussione da remoto da parte di tutti i difensori delle parti costituite; da tanto può desumersi che, nelle ipotesi di cui al citato art. 7-*bis*, l'opzione di trattare una causa da remoto, in alternativa al rinvio, è rimessa alla decisione del Presidente, che può infatti disporla, evidentemente d'ufficio, anche nei casi «assolutamente eccezionali» in cui non è possibile la presenza fisica in udienza di singoli magistrati⁴.

In conseguenza dell'introduzione della nuova disciplina devono in ogni caso ritenersi implicitamente abrogati, in ossequio al principio di gerarchia tra le fonti, oltre che l'art. 2 comma 3 del d.P.C.S. 28 luglio 2021⁵, anche il comma 1 dell'art. 4 dell'Allegato 3 al d.P.C.S. citato⁶; parimenti, deve ritenersi superato il termine di 3 giorni liberi, ora espressamente ridotto a 3 giorni, previsto nel comma 5 del citato art. 2 del d.P.C.S. 28 luglio 2020, così come devono ritenersi parimenti superati i riferimenti alle eventuali opposizioni ed alle note di udienza contenuti nel comma 1 dell'art. 5 dell'Allegato 3.

Va osservato altresì che, mentre con riguardo alle udienze di smaltimento, la previsione della celebrazione delle stesse in camera di consiglio, con la partecipazione dei difensori che ne fanno richiesta, è espressamente stabilita dall'art. 87 comma 4-*bis* c.p.a., per le ipotesi di udienza da remoto disciplinate

⁴ Per una prima pronuncia su un'istanza di trattazione da remoto *ex art 7-bis* citato, cfr. C.G.A.R.S. dec. 5 ottobre 2021 n. 176

⁵ L'attuale testo dell'art 2 comma 3 d.P.C.S. 28 luglio 2021 recita: “*Qualora l'istanza dei difensori delle parti di discussione orale non sia proposta da tutte le parti costituite, la segreteria trasmette alle parti diverse dall'istante, anche ai fini della formulazione di eventuali opposizioni, l'avviso di avvenuto deposito dell'istanza secondo le modalità previste nelle allegate specifiche tecniche*”

⁶ La norma citata dispone: “*L'avviso dell'avvenuto deposito dell'istanza di trattazione dell'udienza da remoto, di cui all'articolo 2, comma 3, del decreto è effettuata dalla segreteria a mezzo PEC a tutte le parti costituite secondo le modalità telematiche, di cui all'articolo 13 dell'allegato 2*”

dal citato art 7-*bis* non viene espressamente prevista la trattazione in camera di consiglio, essendo richiamato solo l'art. 13 *quater* disp. att. c.p.a., che nulla dice in merito; nondimeno nella Circolare del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa del 25.09.2021, recante le prime indicazioni alle Segreterie dei T.A.R., del Consiglio di Stato e del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia sull'applicazione delle nuove norme in discorso, si è proposta una soluzione tendente a trattare nella maniera più uniforme possibile le diverse fattispecie previste dal Legislatore, cercando di salvaguardare al massimo, e compatibilmente con le peculiari caratteristiche dell'udienza da remoto, almeno la possibilità per i difensori di partecipare alla discussione, ove ne facciano richiesta.

Così, con particolare riguardo alle udienze di smaltimento, partendo dalla considerazione che il comma 4-*bis* dell'art. 87 c.p.a. richiama l'ultimo periodo del comma 3 della medesima disposizione che espressamente prevede che «(n)ella camera di consiglio sono sentiti i difensori che ne fanno richiesta», e che d'altra parte l'art. 13-*quater* disp. att. c.p.a., a sua volta, stabilisce che: «In alternativa alla partecipazione alla discussione da remoto, il difensore può chiedere il passaggio della causa in decisione fino alle ore 12 del terzo giorno antecedente a quello dell'udienza stessa», si è ritenuto coerente prevedere che al difensore sia sempre comunicato dalla Segreteria, almeno tre giorni (non più liberi) prima dell'udienza, l'avviso della celebrazione dell'udienza da remoto con il relativo link, in modo tale da consentire al medesimo difensore di scegliere se partecipare alla discussione da remoto, qualora lo richieda, anche in occasione dell'udienza (proprio come può accadere nel corso di una udienza in presenza), ovvero di chiedere, fino alle ore 12 del terzo giorno antecedente a quello dell'udienza, il passaggio in decisione della causa stessa, come previsto dall'art. 13-*quater* disp. att. c.p.a.

Tale soluzione appare certamente più idonea a salvaguardare quanto più possibile il contraddittorio e l'oralità anche nelle udienze telematiche, pur continuando a non essere prevista la possibilità per chiunque di collegarsi ed assistervi, coerentemente peraltro con la previsione che le stesse si svolgano in camera di consiglio; infatti l'invio dell'avviso con il link di partecipazione, con le altre informazioni di cui all'art. 2, comma 5, del d.P.C.S. a tutti gli avvocati, indipendentemente da una loro previa domanda di partecipazione alla discussione, nel mentre salvaguarda il più possibile il contraddittorio, non obbliga per ciò solo il difensore a partecipare all'udienza da remoto, posto che il medesimo potrà comunque liberamente decidere di utilizzare, o meno, il link alla discussione da remoto, in conformità a quanto stabilito dall'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 87 c.p.a. espressamente richiamato dal successivo comma 4 bis, laddove si prevede che vengano sentiti soltanto i difensori che ne facciano richiesta (quest'ultima da identificarsi nella richiesta

di essere ammesso alla sessione dell'applicativo di Microsoft Teams dedicata alla trattazione del singolo fascicolo).

In alternativa, il difensore potrà sempre chiedere il passaggio in decisione fino alle ore 12 del terzo giorno antecedente a quello dell'udienza, come previsto dall'art. 13-*quater* delle disp. att. c.p.a., o rimanere assente, in tal modo replicandosi quanto più possibile, anche nel caso della trattazione da remoto, lo svolgimento della camera di consiglio “*in presenza*”.

La soluzione di comunicare comunque, per le udienze straordinarie di smaltimento dell'arretrato, l'avviso di cui all'art. 2, comma 5, del d.P.C.S. consente anche di trattare nel modo più uniforme possibile le due nuove fattispecie di udienze da remoto – rispettivamente, quelle di cui agli artt. 87, comma 4-*bis* c.p.a. e 13 disp. att. c.p.a. e quella di cui all'art. 7-*bis* del d.l. n. 105/2021 – nonostante le differenze pur esistenti tra le due ipotesi, con la particolarità che per la fattispecie di cui all'art. 7-*bis* la comunicazione dell'avviso di cui all'art. 2 comma 5 del d.P.C.S. avverrà a valle del decreto del Presidente con il quale sia disposta la trattazione da remoto di uno o più cause, per gli eccezionali motivi richiesti dalla norma (su istanza di parte o anche d'ufficio).

3. Oralità e udienza da remoto

Si è già sottolineato come la nuova disciplina introdotta dal Legislatore può essere suscettibile di una interpretazione, quale quella testè esposta, che consente di replicare quanto più possibile, nel caso della trattazione da remoto, lo svolgimento della camera di consiglio “*in presenza*”, con ciò discostandosi in parte dalla precedente disciplina emergenziale, dettata per le udienze da remoto.

Com'è noto, il legislatore emergenziale aveva inizialmente previsto, con l'art 3 del Decreto Legge 8 marzo 2020, n. 11, la possibilità di tenere le udienze del processo amministrativo attraverso collegamenti da remoto, consentendo la presenza degli avvocati delle parti, tanto è vero che il Presidente del Consiglio di Stato, con il Decreto n. 71 del 10 marzo 2020, aveva impartito una serie di disposizioni che davano indicazioni anche sulle modalità con cui effettuare i collegamenti da remoto ove fosse stata avanzata (ed accolta) la richiesta di discussione orale; tale previsione era stata però successivamente abrogata dall'art. 84 del Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18, poi convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, che ha previsto un contraddittorio attenuato in cui la causa viene decisa, senza discussione orale, sulla base dei soli scritti difensivi.

Tale scelta era stata valutata negativamente da una parte della giurisprudenza amministrativa⁷, che aveva ritenuto che il citato art. 84 del Decreto Legge 17 marzo 2020 n. 18 avesse previsto un'ipotesi di contraddittorio cartolare «*coatto*» – cioè non frutto di una libera opzione difensiva – di dubbia compatibilità costituzionale, in assenza della possibilità, per ciascuna delle parti, di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale per discutere oralmente la controversia, e fermo restando la possibilità per il Collegio di operare un bilanciamento tra tale diritto ed il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo, anche alla luce della maggiore o minore complessità della controversia.

La problematica da ultimo evidenziata è stata in buona parte superata dall'art. 4 del decreto legge 30 aprile n. 28, convertito con modificazioni dalla Legge 25 giugno 2020, n. 70, che ha previsto per il successivo periodo emergenziale, la possibilità per i difensori di richiedere in qualsiasi udienza pubblica o camerale la discussione orale, demandando ad un decreto del Presidente del Consiglio di Stato di stabilire tempi, modalità e disciplina della stessa; conseguentemente è stato adottato il d.P.C.S. 134/2020 – successivamente più volte modificato da ultimo dal d.P.C.S. 28 luglio 2021 –, che ha dettato le norme tecniche-operative per l'attuazione del comma 1 dell'art. 4 del decreto-legge n. 28/2020 citato, e dunque per lo svolgimento delle udienze in modalità videoconferenza e delle camere di consiglio da remoto dei magistrati, con le relative specifiche tecniche trasfuse in apposito allegato (Allegato 3), nel contempo confermando sostanzialmente, sia pur con taluni adattamenti, la vigenza delle previsioni di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 16 gennaio 2016, n. 40⁸, riportate in ulteriori due allegati al medesimo d.P.C.S. (Allegato 1 e 2).

L'udienza telematica introdotta dall'art. 4 del decreto legge 30 aprile n. 28, convertito con modificazioni dalla Legge 25 giugno 2020, n. 70, in cui la discussione della causa può essere chiesta da tutte le parti congiuntamente, da uno

⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 21/04/2020 n. 2539; altra parte della giurisprudenza invece, prendendo le mosse dalla differenza tra principio del contraddittorio – di rango costituzionale indissolubilmente legato all'insopprimibile diritto di ciascuna parte di esporre e far valere adeguatamente le proprie ragioni – ed oralità intesa quale mera modalità di contatto tra il giudice e la parte, surrogabile a determinate condizioni, ha ritenuto il modello processuale emergenziale delineato dal comma 5 dell'art. 84 del decreto citato comunque giustificato dalla situazione emergenziale da Covid 19 e compatibile con i principi costituzionali (cfr. T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 29 maggio 2020 n. 2074)

⁸ Il citato d.P.C.M. 40/2016 è stato abrogato a decorrere dal quinto giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del d.P.C.S. 134/2020, in conformità a quanto previsto dall'art. 4, comma 3, del decreto-legge n. 28 del 2020

o più difensori – ferma la possibilità per gli altri di proporre opposizione alla discussione orale – o disposta anche d’ufficio dal Presidente, è stata da taluno definita come udienza ad oralità “*mediata*”, in cui la stessa facoltà di opposizione alla richiesta di discussione (espressamente prevista dal Legislatore emergenziale) va intesa non come compressione del diritto alla discussione orale, bensì come opposizione all’udienza in modalità da remoto, come richiesta di discutere con modalità tradizionali⁹.

Può pertanto concludersi che, con riferimento a tale tipologia di udienza da remoto, definitivamente superata a far data dal 31 luglio 2021, il legislatore, nel bilanciamento tra principi di oralità e pubblicità dell’udienza ed obiettivi di sicurezza e tutela della salute pubblica e di garanzia della ragionevole durata del processo, ha ritenuto di privilegiare soprattutto le esigenze di celerità, efficienza e ragionevole durata del processo.

Tale impostazione è stata confermata da ultimo dal Legislatore anche per le fattispecie di udienza da remoto ora disciplinate dal combinato disposto del comma 4-*bis* dell’art. 87 c.p.a. e dell’art. 13-*quater* disp. att. c.p.a., nonché dall’art. 7-*bis* del d.l. 23 luglio 2021, n. 105 convertito, con modificazioni, dalla legge 16 settembre 2021, n. 126, per le quali continua a non essere previsto l’accesso del pubblico con la messa a disposizione della collettività di un link per l’accesso da remoto, essendone prevista la trattazione in camera di consiglio, pur avendo il Legislatore dettato una disciplina che consente di replicare quanto più possibile, nel caso della trattazione da remoto, lo svolgimento della camera di consiglio “in presenza”, con ciò discostandosi in parte dalla precedente disciplina emergenziale.

Le peculiarità della disciplina che si sono in precedenza evidenziate, che pure testimoniano un certo sforzo del Legislatore di rendere quanto più rispettosa possibile l’udienza da remoto – peraltro introdotta come modalità ordinaria di svolgimento delle udienze di smaltimento dell’arretrato – dei principi del contraddittorio e dell’oralità, rendono comunque auspicabile quanto prima un intervento di riordino, abrogazione espressa e modifica delle norme tecniche attualmente trasfuse nel d.P.C.S. 28 luglio 2021, alcune delle quali ormai incompatibili con tale *jus superveniens* e, pertanto, implicitamente abrogate; sullo sfondo resta la considerazione che ove il Legislatore riscoprisse il vecchio istituto della *vacatio legis*, quanto meno per consentire l’adeguamento tecnico dei sistemi alle nuove previsioni, tante questioni applicative ed interpretative si porrebbero con ben minore drammaticità ed urgenza.

⁹ G. GRASSO, *Sull’opposizione alla discussione e allegazione documentale alternativa nel regime della oralità mediata eventuale*, in www.giustizia-amministrativa.it

Le disposizioni del cad si applicano agli atti tributari?

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il caso sottoposto all’attenzione della Cassazione Civ. Sez. V. – 3. I motivi di impugnazione dell’Agenzia delle Entrate – 4. L’esito del giudizio dinanzi alla Quinta Sezione. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Premesse

In tema di validità degli atti di accertamento emessi dal Fisco nel biennio 2016-2017, firmati digitalmente e notificati in forma cartacea a mezzo posta, la Corte di Cassazione ha fornito un’interpretazione dell’art. 2, comma 6 del CAD, nel testo all’epoca vigente, che ammette l’applicazione delle norme del suddetto codice e, dunque, l’apposizione della firma digitale a tali atti anche se gli stessi sono stati poi notificati tramite il servizio postale.

2. Il caso sottoposto all’attenzione della Cassazione Civ. Sez. V

La decisione oggetto di gravame riteneva l’avviso di accertamento, notificato dall’Agenzia delle Entrate sotto forma di copia analogia con attestazione di conformità di documento informatico sottoscritto digitalmente, improduttivo di effetti posto che, non ritenendosi applicabile quanto dettato dal Codice dell’Amministrazione Digitale, non recava firma autografa.

3. I motivi di impugnazione dell’Agenzia delle Entrate

L’Agenzia delle Entrate censurava la sentenza impugnata evidenziando che:

- 1) le norme del Codice dell’Amministrazione Digitale vanno ritenute applicabili anche alle funzioni istituzionali di accertamento dell’Agenzia delle Entrate;
- 2) la loro applicabilità è esclusa, a decorrere dal 14 settembre 2016, dal d.lgs. n. 179 del 2016, art. 2, comma 1, lett. c), solo per le “attività e funzioni ispettive e di controllo fiscale”, da intendersi per quelle attività di controllo svolte dall’Agenzia e dalla Guardia di Finanza;

- 3) la copia cartacea notificata al contribuente presentava l'attestazione di conformità prevista dall'art. 23 CAD;
- 4) la possibilità di notificare a mezzo PEC anche gli atti impositivi era stata introdotta solo a decorrere dal 1luglio 2017 motivo per il quale, prima di tale data, l'Agenzia aveva correttamente proceduto all'invio della copia cartacea munita di attestazione di conformità.

La fattispecie oggetto della decisione in esame è relativa al periodo dal 14 settembre 2016 al 26 gennaio 2018, dovendosi quindi considerare la normativa al tempo vigente nella quale non era stato ancora introdotto il comma 6-*bis* all'art. 2 del Codice dell'Amministrazione digitale e l'allora comma 6 prevedeva espressamente la non applicazione della firma digitale ad atti di "controllo fiscale" mentre ad oggi non vi è alcun divieto normativa sull'apposizione di firma digitale su avvisi di accertamento.

Argomento determinante per la soluzione della controversia è l'interpretazione e l'eventuale retroattività della norma del Codice dell'amministrazione digitale che apre la strada agli atti impositivi emessi dall'Agenzia delle entrate in formato elettronico e sottoscritti con firma digitale.

4. L'esito del giudizio dinanzi alla Quinta Sezione

Al termine di una precisa e lucida analisi normativa, la Suprema Corte non può che concordare con quanto sostenuto dall'Agenzia delle Entrate posto che:

- 1) la normativa in tema di digitalizzazione della pubblica amministrazione, anche in conseguenza degli obblighi di adeguamento al Regolamento comunitario noto con l'acronimo e-IDAS, entrato in vigore direttamente in tutti gli Stati Membri dell'Unione Europea il 17 settembre 2014, e divenuto applicabile a decorrere dal 1 luglio 2016, impone ormai come regola generale l'adozione dei documenti informatici, residuando ad eccezione il mantenimento dei documenti analogici;
- 2) ai sensi dell'art. 40 CAD, le pubbliche amministrazioni formano gli originali dei propri documenti con mezzi informatici secondo le regole tecniche fissate dal d.p.c.m. del 13 novembre 2014;
- 3) sotto il profilo normativo appare evidente che la regola generale è divenuta il ricorso ai documenti informatici;
- 4) gli atti impositivi non rientrano tra gli atti emessi "nell'esercizio" delle attività e funzioni ispettive e di controllo fiscale, a cui sono certamente riconducibili gli atti adottati in occasione di indagini e verifiche ispettive propedeutiche all'esercizio del potere di accertamento e di irrogazione di sanzioni e che eventualmente rientrano tra gli atti "all'esito" delle attività

- e funzioni ispettive e di controllo fiscale, attività che potrebbero anche concludersi con un esito favorevole per il contribuente, e quindi senza l'emissione di un atto impositivo;
- 5) l'interpretazione contraria proposta dalla Commissione Tributaria Regionale si porrebbe in contrasto con la volontà del legislatore il quale, con la modifica apportata al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 60, ad opera del d.l. n. 193 del 2016, art. 7-*quater*, comma 6, con l'inserimento del comma 6 che ha introdotto la possibilità della notifica a mezzo PEC degli avvisi di accertamento, tende ad una implementazione dell'utilizzo dei documenti informatici;
 - 6) se alla fattispecie è applicabile il Codice dell'Amministrazione Digitale allora ne deriva, come logica conseguenza, la legittimità della notifica di una copia analogica conforme ad un documento informatico ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 CAD il quale dispone che *“Le copie su supporto analogico di documento informatico, anche sottoscritte con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”*;
 - 7) risulta incontestato, e comunque provato, che l'atto impositivo notificato in copia cartacea presentava l'attestazione di conformità all'originale e tanto è sufficiente a dimostrare l'avvenuta sottoscrizione dell'atto ed a conferirgli un valore probatorio equiparato all'originale informatico;
 - 8) nulla impedisce che una copia analogica di un documento informatico conforme all'originale venga notificata secondo le regole ordinarie della notifica a mezzo posta a maggior ragione in considerazione del fatto che la possibilità di una notifica a mezzo PEC per gli atti impositivi è stata introdotta solo a decorrere dal 1 luglio 2017, a seguito dell'aggiunta al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 60, del comma 6, ad opera del d.l. n. 193 del 2016, art. 7-*quater*, comma 6;
 - 9) l'Agenzia delle Entrate, non potendo utilizzare la notifica a mezzo PEC prima di tale data, ha correttamente proceduto alla notifica ordinaria di una copia analogica dell'atto informatico, munita della prescritta attestazione di conformità.

5. Osservazioni conclusive

La soluzione adottata è importante per due aspetti: valorizza, da una parte, la differenza tra attività accertativa e quella preliminare di verifica e, dall'altra, attesta ed afferma l'applicabilità del Codice dell'Amministrazione digitale.

La differenza tra attività accertativa e quella preliminare di verifica, operata dalla Corte, si fonda su argomenti interpretativi sia letterari che sistematici, in base ai quali si precisa che gli accertamenti sono atti emessi seguito delle risultanze delle attività di controllo fiscale e non nello svolgimento delle stesse.

Nel caso di specie la Corte ha sancito la legittimità della notifica a mezzo posta ordinaria di una copia analogica conforme al documento informatico in quanto la prima presentava l'attestazione di conformità all'originale, concludendo per la cassazione della sentenza impugnata e il rinvio per il riesame al giudice di appello.

La Corte ha quindi applicato la disposizione dell'articolo 23 del CAD¹, ritenendo valida la notifica dell'atto impositivo, originariamente creato sotto forma di documento informatico firmato digitalmente, effettuata mediante consegna di copia cartacea con attestazione di conformità, risultando incontestato, e comunque provato, che l'atto impositivo notificato in copia cartacea conteneva l'attestazione di conformità all'originale e tanto era sufficiente a dimostrare l'avvenuta sottoscrizione dell'atto ed a conferirgli un valore probatorio equiparato all'originale informatico.

Con tre successive sentenze, la Cassazione ha confermato il principio susposto².

¹ *“Le copie su supporto analogico di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”.*

² Cass. civ. Sez. V, Sent., 26.01.2021, n. 1555, Cass. civ. Sez. V, Sent., 26.01.2021, n. 1556, Cass. civ. Sez. V, Sent., 26.01.2021, n. 1557.

CAPITOLO 3

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Intelligenza artificiale e processo penale¹

SOMMARIO: 1. Un perimetro definitorio. – 2. L’ambiente. – 3. Calculemus! – 4. Giustizia predittiva e standard “debole” dell’IA. – 5. Digital Evidence e processo penale. – 6. Il contraddittorio “per” la prova e l’art. 189 c.p.p. – 7. Qualche conclusione provvisoria.

1. Un perimetro definitorio

L’intelligenza artificiale applicata al settore della giurisdizione (*Legal AI*) può definirsi un sistema digitale che, con specifico riguardo all’ambiente della giustizia, acquisisce, ordina e rielabora una enorme quantità di informazioni (*Big Data*), di tipo giudiziario o giurisprudenziale, al fine di identificare la soluzione ottimale della questione posta. In pratica: un sistema tecnologico che simula il processo cognitivo e decisorio dell’uomo e che, sulla base di calcoli algoritmici di tipo probabilistico, frutto di processi di apprendimento, auto-apprendimento (*Machine – Learning*) e ragionamento, è in grado di formulare la previsione della soluzione corretta (*giustizia predittiva*) o addirittura la stessa decisione.

Sono queste le caratteristiche del modello “forte” dell’intelligenza artificiale, che, attraverso complesse operazioni di *input* e *output* dei dati, postula l’automazione del processo decisionale (*machina sapiens*) in luogo degli attori tradizionali della giurisdizione.

Orbene, non può seriamente dubitarsi che, a fronte della crisi di certezza, calcolabilità, prevedibilità, uniformità, trasparenza e celerità delle tradizionali procedure della giurisdizione, la forza espansiva di un tale sistema, che promette di offrire un’efficiente e pronta risposta alla domanda di giustizia in termini di regola tecnico-scientifica, perciò neutra, oggettiva e deresponsabilizzante per il decisore, comporti il rischio di un mutamento di paradigma del dire e fare il diritto nel XXI secolo, incidendo pesantemente anche sull’etica del giudizio.

¹ Testo riveduto e ampliato degli interventi svolti in occasione dei Webinar organizzati sullo stesso tema, rispettivamente, dalla Fondazione Leonardo – Civiltà delle Macchine il 20/10/2020, dalla SSM il 18/1/2021 e dal DSG dell’Università di Firenze il 22/1/2021.

2. L'ambiente

Con riguardo alla perimetrazione dell'ambiente della giurisdizione penale, come luogo del potenziale intervento dei sistemi di intelligenza artificiale, occorre partire dalla descrizione dello statuto epistemologico e costituzionale del processo moderno, la cui funzione cognitiva e aletica s'ispira al modello occidentale del razionalismo critico e che fa perno sul più debole "*paradigma indiziario o divinatorio*" rispetto al più robusto "*paradigma galileiano o scientifico*"². Il processo penale s'innerva, infatti, intorno ai concetti di ipotesi e fatti, indizi e prove, contraddittorio, verità e dubbio, conferma e falsificazione dell'ipotesi, giustificazione razionale della decisione, controllo impugnatorio della motivazione. Da un principio d'ipotesi, attraverso le indagini condotte sulla base di segni e tracce, fino alla scoperta della verità si snoda il percorso cognitivo e decisorio del processo penale. Di qui, l'ormai acquisita consapevolezza della valenza soltanto probabilistica del giudizio di conferma dell'enunciato di partenza, in funzione dell'accertamento dell'ottimale corrispondenza, verosimiglianza, plausibilità dell'ipotesi rispetto al fatto realmente accaduto nel passato (*lost facts*). Il paradigma indiziario postula, cioè, non la certezza o verità materiale e assoluta, ma l'alta credibilità razionale della soluzione decisoria di conferma dell'enunciato di accusa, in termini di alta e qualificata probabilità.

Nel *trial by probabilities*, pur prendendo le mosse dalla quantità e dalla qualità delle informazioni disponibili, la neutralità del ragionamento inferenziale e delle stime probabilistiche, che nella pratica giudiziaria sono alla base dell'opera logica di valutazione delle prove e della decisione, non sono dunque immuni dal rischio di distorsioni ed errori cognitivi, a causa della razionalità limitata e dei limiti computazionali di funzionamento della mente umana ("*anche i giudici sono esseri umani*")³.

² C. GINZBURG, Spie. Radici di un paradigma indiziario, in Crisi della ragione, Einaudi, 1979.

³ KANHEMAN-SLOVIC-TVERSKY, Judgement under Uncertainty, Heuristics and Biases, Cambridge University Press, 1982; D. KANHEMAN, Pensieri lenti e veloci, Mondadori, Milano, 2012; P. RUMIATI, Saper decidere. Intuizioni, ragioni, impulsività, Bologna, 2020; P. RUMIATI – C. BONA, Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello, Bologna, 2019; G. CEVOLANI – V. CRUPI, Come ragionano i giudici: razionalità, euristiche e illusioni cognitive, in disCrimen, 22 ottobre 2018; A. FORZA – G. MENEGON – P. RUMIATI, Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione, Bologna, 2017; G. INSOLERA, Legge, ragione ed emozione nella giustizia penale, in disCrimen, 14 febbraio 2020. A proposito dell'opera del giudice-interprete, merita di essere riportato il pensiero tagliente di C. BECCARIA, Dei delitti e delle pene, a cura di F. VENTURI, Torino, 2007, § 4, Interpretazione delle Leggi: « ... *Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione; dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso, e da tutte quelle minute forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiare spesso volte nel passaggio che fa a diversi tribunali e le vite de' miserabili essere la*

Per ridimensionare o almeno ridurre al minimo l'impatto negativo sull'esercizio della giurisdizione penale dei *biases* cognitivi, l'ordinamento giuridico appresta una fitta rete di regole epistemologiche e di legalità, sia del procedere che del ragionamento probatorio, mirate al controllo del buon funzionamento e dell'efficacia di quel giudizio.

Esse s'ispirano innanzitutto ai metavalori costituzionali che, a fronte delle difficoltà pratiche di ricostruzione del fatto e della strutturale incertezza del giudizio, disciplinano il "*giusto processo*": la presunzione di innocenza dell'imputato e l'onere della prova a carico dell'accusa; il principio del contraddittorio come metodo dialettico di verifica delle prove e di ricerca della verità; il giudizio conclusivo di conferma o falsificazione dell'ipotesi, nel contesto di una motivazione e alla stregua del criterio dell'"*al di là di ogni ragionevole dubbio*"; il controllo impugnatorio di legalità e logicità della giustificazione.

Il codice di rito penale, a sua volta, recependo a grandi linee il sistema accusatorio, traccia i percorsi di verità che guidano il ragionamento probatorio e la decisione giudiziale, sulla base di regole logico-epistemiche (artt. 187, 192, comma 1, 546, comma 1 lett. e, 606 lett. e) che disegnano un vero e proprio modello di motivazione in fatto della sentenza penale.

In estrema sintesi: in ossequio al modello tradizionale del razionalismo critico, la legge (art. 101, comma 2 Cost.) e la motivazione (art. 111, comma 6 Cost.) costituiscono il duplice *anchorage* costituzionale della razionalità del giudicare e le solide fonti di legittimazione della giurisdizione e dei giudici⁴.

3. *Calculemus!*

Nel vedere due filosofi che si affrontano in una *disputatio*, G.W. von Leibniz invita entrambi a "*sumere calamos et abacos*", le tavolette di calcolo, e attraverso la formalizzazione del linguaggio e dei concetti, a convertirsi in "*calculatores*" per risolvere correttamente la controversia. Al "*Calculemus*" di Leibniz (1684) rispose negli anni '30 del secolo scorso B.N. Cardoso, giudice della Corte Suprema USA, sostenendo viceversa che "*ancora non è stata scritta la tavola dei logaritmi per la formula di giustizia*".

Da almeno due decenni si assiste tuttavia alla decisa irruzione nel processo penale della prova tecnologica e scientifica, e, ancora più di recente, al progressivo ingresso di varie e inedite forme di intelligenza artificiale.

vittima dei falsi raziocinii o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente...».

⁴ Cfr., volendo, G. CANZIO, La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "reasoning by probabilities", in G. Canzio – L. LUPARIA (a cura di), Prova scientifica e processo penale, Milano, 2018, pp. 3 ss.

Va emergendo il fenomeno dell'utilizzo da parte delle Corti statunitensi (il *leading case* è identificato in *Wisconsin S.C., State v. Loomis*⁵), di tecniche informatiche per misurare il rischio di recidivanza del condannato, ai fini della determinazione dell'entità della pena o di una misura alternativa alla detenzione, nella fase del *sentencing* o dell'esecuzione, della sospensione condizionale o della libertà su cauzione. Per il giurista continentale appare agevole il rinvio concettuale agli istituti delle misure cautelari, di prevenzione o di sicurezza, che vengono applicate sulla base di una prognosi ovvero di un giudizio probabilistico allo stato degli atti.

L'apprezzamento di merito del giudice in ordine alla propensione dell'imputato a ripetere il delitto non trova la soluzione in un criterio metodologico di accertamento del fatto e neppure in una puntuale prescrizione della legge, ma viene affidato a un algoritmo predittivo⁶ di valutazione del rischio (*Risk Assessment Tools*), elaborato da un *software* giudiziario (*COMPAS*: acronimo di *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), brevettato e prodotto dalla società privata *Northpointe*, che vanta il segreto industriale su codice sorgente, database e tecniche di elaborazione dei dati. L'interessato deve rispondere a un questionario formato da ben 137 domande; alla luce delle risposte fornite viene attribuito un punteggio di pericolosità da 1 a 10, sulla base di indici di riferimento ritenuti significativi, quali i dati circostanziali del caso concreto, le condizioni soggettive, familiari, sociali e di *status*, i precedenti penali e le pendenze giudiziarie ecc.

Sono evidenti i risultati pratici, in termini di risparmio di tempi e costi, di semplificazione delle procedure e di tendenziale calcolabilità e uniformità delle decisioni (oltre che di ridotta responsabilità del giudice, con l'inevitabile effetto di conformismo e sclerotizzazione del formante giurisprudenziale), conseguiti dall'impiego del modello matematico-statistico nell'esercizio di quella che viene definita "*giustizia predittiva*".

Sicché, neppure le cautele e i *warning* delle Corti o lo scetticismo dei giuristi, quanto al rispetto delle garanzie del "*due process*", nella raccolta delle informazioni utili per la valutazione del rischio nel mondo reale, e agli eventuali pregiudizi discriminatori, sono riusciti a frenare l'impetuosa avanzata delle tecniche

⁵ *Wisconsin S.C., State v. Loomis*, 881, Wis. 2016; v. anche *Indiana S.C., Malenchick v. State*, 928, Ind. 2010.

⁶ Circa gli algoritmi predittivi, le guidelines e i *warning* enunciati nella sentenza *Loomis* sono commentati in *Harvard Law Review*, 2017, Vol. 130: 1530-1537, e da E. ISTRANI, *Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis*, in *Harvard JOLT Digest*, 31 agosto 2017.

informatiche di tipo predittivo nel sistema statunitense della giustizia penale⁷.

Si è forse agli inizi di uno sconvolgente mutamento dello scenario classico della giurisdizione penale, in un profondo e inquieto rimescolamento delle coordinate tipiche dei due paradigmi, indiziario e galileiano, che non si atteggiavano più come concettualmente distinti e autonomi? A fronte della complessità tecnica, della fallibilità e della fatica delle tradizionali operazioni giudiziali ricostruttive del fatto, la postmodernità sta mettendo in crisi l'equità, l'efficacia e le garanzie del modello del razionalismo critico, oppure resta ben salda e vitale l'arte del giudicare, seppure "*reasonig under uncertainty*" e "*by probabilities*"? Quali saranno le nuove frontiere delle strategie di *crime control* per la giustizia penale: dalla giustizia "giusta" alla utopica giustizia "esatta"⁸?

4. Giustizia predittiva e standard "debole" dell'IA

Le decisioni delle Corti statunitensi hanno suscitato – com'era largamente prevedibile – serie e fondate critiche da parte della comunità dei giuristi con riguardo al rischio di distorsioni cognitive dello stesso algoritmo (*Bias Automation*), per l'opacità del database, l'indeterminatezza del codice sorgente, l'automatica implementazione del *software*, l'accreditamento di pratiche discriminatorie.

Di qui l'intervento della comunità internazionale, diretto ad assicurare che l'utile arricchimento delle fonti informative del giudice e le predizioni del modello statistico – matematico mediante l'utilizzo di tecnologie computazionali si coniughino con il nucleo epistemologico tradizionale delle garanzie del giusto processo e rispondano comunque a criteri di controllo e specifica responsabilità dell'uomo.

Secondo le linee guida tracciate dalla *Carta etica sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente*, adottata il 3 dicembre 2018 dalla Commissione europea per l'efficienza dei sistemi di giustizia (CEPEJ), la coerenza logica del calcolo algoritmico va verificata in un processo d'integrazione fra le misurazioni quantitative, ricche e imponenti, da esso offerte con il percorso cognitivo e decisorio del giudice, nel rispetto dei metavalori dell'ordinamento.

Insomma, sembra avere titolo ad accedere al processo penale soltanto lo standard "*debole*" (collaborativo) della intelligenza artificiale, che, nel dialogo e

⁷ Negli USA, fino al 2020, non si registra l'utilizzo di Risk Assessment Tools in soli due Stati: Massachusetts e New Hampshire.

⁸ V. MANES, L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè F. Lefebvre, 2020, 547 ss.

nella complementarità uomo-macchina⁹, consenta comunque all'uomo di mantenere il controllo della macchina. Come, d'altra parte, già avvertiva la S.C. del Wisconsin nella sentenza *Loomis* (il software COMPAS "... *should be always constitute merely one tool available to a Court, that need to be confirmed by additional sound information...*"), le linee guida della Carta etica rimarcano il criterio della non esclusività del dato algoritmico per la decisione, che dev'essere viceversa riscontrato – corroborato – da ulteriori e diversi elementi di prova. Nello stesso senso è anche la prescrizione dettata dall'art. 8 del d.lgs. 18/05/2018, n. 51, Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27/04/2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali¹⁰.

Come pure meritano rilievo gli ulteriori criteri di validazione indicati dalla Carta etica, in punto di garanzie dei diritti fondamentali della persona, di non discriminazione, di trasparenza, imparzialità, equità e comprensibilità dei metodi di elaborazione dei dati informatici, di controllabilità dei percorsi di calcolo, di qualità e attendibilità scientifica del risultato.

Dunque: *fitness*, ma anche *discovery*, *corroboration*, *accountability*, in un quadro di autonomia e responsabilità del decisore¹¹.

5. *Digital Evidence* e processo penale

Occorre ora porsi una serie di domande. Come organizzare correttamente l'accesso, nell'ambiente del processo penale, di questo tipo di *electronic evidence*, un peculiare sottoinsieme della prova scientifica e tecnologica, al fine di implementare la qualità delle *performance* cognitive e decisionali del giudicante? Come assicurare che sulla prova così acquisita trovi spazio l'esercizio del diritto

⁹ L. FLORIDI, Robots, Jobs, Taxis and Responsibilities, in Philos. Technolog., 2017, p. 2: «The best chess player is neither a human nor a computer, but a human using a computer».

¹⁰ Art. 8: "1. Sono vietate le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producano effetti negativi per l'interessato, salvo che siano autorizzati dal diritto dell'Unione europea o da specifiche disposizioni di legge. 2. Le disposizioni di legge devono prevedere garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato. In ogni caso è garantito il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento".

¹¹ Cons. V. Manes, op. loc. cit.; P. SEVERINO, Intelligenza artificiale e diritto penale, in U. Ruffolo (a cura di), Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica, Giuffrè F. Lefebvre, 2020, 531 ss.; R. BICHI, Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisionario. Machina sapiens e il controllo della giurisdizione, ivi, 423 ss.

di difesa, attraverso il confronto dialettico, la confutazione, la prova contraria, il dubbio? Come garantire il contraddittorio “*per*” e “*sulla*” prova, in funzione della validazione scientifica del risultato e contro la deriva tecnocratica della giurisdizione? Sono noti i criteri enunciati dalla Corte Suprema statunitense nella nota sentenza *Daubert*¹², in base ai quali il giudice deve vagliare l’effettiva affidabilità di una teoria o un metodo e di una *expert witness’s scientific testimony*, ai fini della loro ammissibilità come prova scientifica nel processo: la controllabilità mediante esperimenti; la falsificabilità mediante test di smentita con esito negativo; la *peer review* della comunità scientifica di riferimento; la conoscenza della percentuale di errore dei risultati; infine, il criterio subordinato e ausiliario della generale accettazione da parte della comunità degli esperti. La Corte di Cassazione italiana¹³, nel condividere sostanzialmente il *Daubert standard*, ne ha arricchito la portata, con riguardo alla fase della valutazione giudiziale della prova scientifica, aggiungendo i criteri dell’indipendenza e dell’affidabilità dell’esperto, l’ampiezza e il rigore del dibattito critico che hanno accompagnato la ricerca, le finalità e gli studi che la sorreggono, l’attitudine esplicativa dell’elaborazione teorica.

6. Il contraddittorio “*per*” la prova e l’art. 189 c.p.p.

Ma risulta davvero efficace rinviare la verifica della coerenza logica di questa speciale categoria di prova tecnologica al contraddittorio “*sulla*” prova, quando essa sia stata già ammessa e acquisita e le parti siano ormai posizionate dentro il dibattimento? Oppure sarebbe più utile costruire, nell’organizzazione del processo, un filtro di accesso, preventivo e a maglie strette, al fine di escludere – all’esito di un contraddittorio “*per*” la prova – addirittura che entrino nel patrimonio probatorio informazioni non sorrette da legittima validazione scientifica? La scienza e la tecnologia irrompono nel crogiuolo dell’esperienza giuridica. Ciò comporta che il funzionamento delle Corti, nelle questioni in cui sono coinvolte dimensioni tecniche e scientifiche, soprattutto se nuove per l’interprete, debba essere più flessibile, quanto al controllo delle parti sulle modalità di assunzione della prova, alla *discovery* e al contraddittorio, nel momento e in funzione sia dell’ammissione che della valutazione della prova, e, dall’altro, più rigoroso quanto alla

¹² *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 US 579 (1993).

¹³ Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, sull’attendibilità di una teoria relativa all’eziologia del cancro dovuta ad esposizione all’amianto. Cons. anche Cass, Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, sulle leggi scientifiche di copertura del nesso causale tra la condotta omissiva del medico e l’evento lesivo in danno del paziente.

verifica di attendibilità del risultato probatorio. Merita di essere segnalato, in proposito, un passo della Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale del 1989 (p. 60), riguardante la portata dell'art. 189 c.p.p.: «È sembrato che una norma così articolata possa evitare eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive». Norma cardine, questa, nell'*intentio legis*, diretta ad assicurare, con l'apporto della scienza nella ricerca della verità, l'opportuna flessibilità del sistema processuale in materia di prova scientifica o tecnologica nuova. L'apprezzamento di rilevanza, non superfluità e concreta idoneità (*fitness*) della prova “*ad assicurare l'accertamento dei fatti*” – senza che ne resti pregiudicata “*la libertà morale delle persone*” (quanto al divieto di perizia criminologica *ex art. 220, comma 2 c.p.p.*) – è rimesso al vaglio critico del giudice. Allo scopo di garantire l'anticipata conoscenza delle parti circa le metodologie che saranno applicate nell'accertamento, il Giudice, dopo avere sentito le parti sulle modalità di assunzione della prova, provvede all'ammissione con ordinanza, fissando le regole per la corretta applicazione dei metodi e delle procedure tecniche di acquisizione della stessa. Come si vede, un filtro, questo dell'art. 189, a maglie ben più strette rispetto a quello previsto dall'art. 190, comma 1, che, ai fini dell'ammissione della prova in genere, si limita a selezionare negativamente solo «*le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti*»: un filtro, inoltre, che è assistito da un significativo rafforzamento del contraddittorio anticipato, “*per*” la prova, ancor prima che “*sulla*” prova.

6. Qualche conclusione provvisoria

La diga finora eretta dalla comunità internazionale dei giuristi con il rigoroso disciplinamento, etico e giuridico, del fenomeno sta – per ora – reggendo l'urto impetuoso e intrigante, nel contesto del processo e di quello penale in particolare, delle pervasive tecnologie dell'intelligenza artificiale. Non sembra dunque che sia in corso uno sconvolgente e non auspicabile mutamento di paradigma della struttura e della funzione della giurisdizione penale (col rischio di incorrere nell'opposta fallacie dell'automazione – *automation bias* –) e che, a fronte della complessità tecnica, dei tempi e dei costi delle faticose operazioni giudiziali ricostruttive del fatto, la postmodernità stia mettendo in crisi l'equità, l'efficacia e le garanzie del modello proprio del razionalismo critico, insieme con la tradizionale arte del giudicare, *reasonig under uncertainty* e *by probabilities*. Il diritto penale del fatto è incentrato sulla persona umana e il metodo dialettico dell'accertamento è affidato al giudizio dell'uomo: verosimilmente fallibile e però

controllabile secondo legge e ragione. Sicché resta tuttora precluso il decidere senza giudicare.

Ma gli esiti della nuova sfida lanciata dal progresso della scienza non sono affatto scontati. Al bivio tra tecnologia e tecnocrazia, dinanzi all'irruzione del modello "*forte*" dell'IA, ancora una volta la sfida si sposta, a ben vedere, sul terreno della concreta efficacia e qualità del sistema processuale.

La moderna ricerca socio-giuridica, anche alla luce delle prassi applicative già in corso in alcuni Paesi, auspica che l'approccio della giurisdizione al fenomeno dell'IA si basi su una metodologia estremamente pragmatica. Non vi è dubbio che il livello di efficacia, qualità e prevedibilità della giurisdizione penale sarebbe più alto ed apprezzabile se essa venisse esercitata nell'ambito di una procedura articolata in una dinamica interazione fra i saperi e le operazioni logiche tradizionalmente affidate al giudice e alle parti, da un lato, e le evidenze della prova informatica o di quella digitale o del calcolo di un algoritmo, dall'altro.

È infatti cresciuta nella società la legittima pretesa che il giudice, nell'esercizio dell'arte del giudicare e nella pratica giudiziaria, sia un buon ragionatore e un decisore di qualità. Sicché la professionalità, l'etica e l'implementazione del grado di *expertise* accumulata dal giudice (e dai difensori) nell'utilizzo delle tecniche inferenziali del ragionamento e nella verifica degli schemi statistico-probabilistici, acquisiti con l'ausilio della tecnologia digitale, di *software* informatici e algoritmi predittivi o con l'apporto della robotica e della logica dell'IA, potrebbero certamente contribuire a restituire al funzionamento della giustizia penale una più adeguata immagine di efficacia e qualità.

Verso una giustizia predittiva “mite”

SOMMARIO: 1. Introduzione: Algoritmi nel sistema giudiziario tra fiducia e scetticismo. – 2. Casistica di applicazione, giurisprudenza e limiti del computer. – 3. La direzione per una giustizia predittiva “soft”.

1. Introduzione: Algoritmi nel sistema giudiziario tra fiducia e scetticismo

Ormai da tempo, non solo in Italia, si è acquisita la consapevolezza che la giustizia non è una risorsa inesauribile e che la tutela delle diverse istanze avanzate può essere garantita anche con modalità differenziate.

Da qui il tentativo di fare ricorso a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie o di affidare a formule statistico-matematiche la soluzione delle stesse. L'idea di utilizzare formule algebriche in grado di ripercorrere e riprodurre il pensiero umano nel momento decisionale non è nuova; essa risale al 1666, agli studi del filosofo Leibniz, nella sua opera *“Dissertatio de arte combinatoria”*, ma ha suscitato recentemente nuovo interesse, grazie ad alcune esperienze maturate, ad esempio negli Stati Uniti d'America, dove il ricorso al metodo COMPAS è utilizzato correntemente nella valutazione delle possibilità di recidiva del condannato, ma è stato utilizzato per la prima volta nel 2013, quale ausilio per l'accertamento della responsabilità penale, in fase quindi cognitiva, ricevendo l'avallo della Corte Suprema del Wisconsin nel 2016.

In Europa, in Francia, dal novembre 2016, il ricorso al sistema *“Predictice.com”*, pensato per gli avvocati, ipotizza il possibile esito della controversia sulla base dei dati forniti e dell'analisi statistica di casi simili e suggerisce la migliore strategia processuale.

In Italia non mancano gli studi di chi propone interessanti formule matematiche in grado di fornire risposte decisionali, abbastanza vicine a quelle adottabili dall'uomo. Né mancano esperienze concrete di applicativi in grado di fornire risposte predittive in taluni settori. Ad esempio, il metodo di calcolo degli assegni di separazione e di divorzio elaborato presso l'Università di Firenze, MoCAM, sin dal 2013, o alcuni sistemi di calcolo del risarcimento del danno, fondati su dati statistici.

Il tema – è inutile nasconderselo – è di quelli che divide: tra coloro che mostrano notevole fiducia nelle scienze diverse da quelle giuridiche, consentendone

l'ingresso nella delicata fase della decisione della causa; e coloro che manifestano scetticismo in tale operazione, ritenendo che il compito del giudice sia così complesso e delicato da rivelarsi insostituibile.

Personalmente trovo molto interessanti gli sviluppi che si stanno raggiungendo grazie ai tentativi di riprodurre il processo decisionale facendo ricorso ad altre scienze, anche se comprendo – ed in parte condivido – talune preoccupazioni di quegli studiosi che definirei “scettici”.

Verrebbe da chiedersi come mai gli approcci più avanzati si siano registrati nei paesi nei quali il funzionamento della giustizia, civile e penale, non è così in affanno come in Italia (avremmo forse dovuto farlo noi); mi viene da pensare che sul tema, così spinoso, pesino – non poco – la nostra cultura giuridica ed il peso delle corporazioni (avvocati e magistrati) deputate ad amministrarla.

Alla seconda categoria, quella che ho definito degli “scettici”, vorrei tuttavia ricordare come in Italia già si fa applicazione-ogni giorno-nei tribunali, di sistemi decisionali fondati su parametri prettamente statistici.

2. Casistica di applicazione, giurisprudenza e limiti del computer

Un esempio, piuttosto importante, non fosse altro che per le applicazioni che quotidianamente riceve, è quello dell'utilizzo delle tabelle del tribunale di Milano, per la determinazione del danno non patrimoniale. Tabelle, per l'appunto, fondate sul calcolo della media dei risarcimenti effettuati in una determinata area geografica, con opportuni correttivi. Le tabelle, dopo una evoluzione piuttosto articolata, hanno trovato generale applicazione e sono state riconosciute quale valido strumento di determinazione dalla stessa corte di legittimità, che, anzi, ritiene che il giudice che intenda discostarsene abbia il dovere di motivare adeguatamente tale decisione (da ultimo, vedi Corte di Cassazione sentenza numero 9950 del 20.04.2017).

Se proviamo a chiederci qual è il motivo per il quale si consente al giudice – anzi lo si obbliga a farlo, salvo diversa espressa motivazione – di determinare il danno non patrimoniale in una certa misura, sulla base di standard medi di determinazioni precedenti, in una certa area territoriale, la risposta è una sola: evitare il caos nelle determinazioni dei risarcimenti, evitare le divaricazioni eccessive tra un ufficio e l'altro, ciò che aveva determinato il noto fenomeno del forum shopping (scelta dell'ufficio più conveniente per la parte). A fronte di questa esigenza, si è ritenuto “accettabile” il ricorso alle tabelle, pur essendo innegabile che esse, benché dotate di una certa flessibilità, vincolano il giudice, lo sostituiscono proprio nella fase più delicata, quella della quantificazione del danno risarcibile.

Vediamo allora se il parametro della “accettabilità” della limitazione del potere decisionale del giudice sia suscettibile di espansione, possa essere applicato ad altre ipotesi soprattutto in un momento in cui il lavoro dell’interprete si può avvalere delle nuove tecnologie.

Entriamo così nel vivo della mia relazione.

L’uso delle nuove tecnologie, se da un lato ha portato importanti novità, nuovi vantaggi per gli utenti (si pensi nel processo civile telematico alla velocizzazione delle comunicazioni telematiche, alla possibilità di accedere da studio o da casa al fascicolo telematico, al risparmio di tempo ed energie in tali attività), dall’altro ha portato alla nascita di nuovi problemi. Penso ai problemi relativi ai requisiti formali che devono possedere gli atti processuali ed al rispetto delle norme tecniche che ne regolano la formazione ed il deposito.

Il quesito che mi pongo e vi pongo è il seguente: è possibile chiedere al computer di rifiutare un atto, che non presenti le caratteristiche tecniche richieste dalla legge o dalle norme di rango secondario dalla stessa richiamate? Es. Atto in formato PDF immagine e non PDF/A, busta eccedente le dimensioni richieste, atto contenente collegamenti ad atti modificabili, ecc. ecc.

Il computer può fare il lavoro del giudice?

Credo di sì, purché correttamente impostato. In questo caso io parlerei di predittività meramente tecnica.

Facciamo un piccolo passo in avanti. L’uso delle nuove tecnologie, se da un lato apre scenari straordinari in termini di velocità delle comunicazioni, di capacità nel trattamento dei dati complessi, dall’altro mostra tutti i suoi limiti, con riferimento al possibile cattivo funzionamento dell’hardware o del software che vengono utilizzati a livello centrale o locale.

Il secondo quesito che vi pongo è il seguente: È possibile chiedere al computer che, in presenza di taluni presupposti di natura tecnica, sia adottata una certa soluzione con validità processuale?

Il computer può fare il lavoro del giudice?

La risposta positiva è contenuta nel Disegno di legge delega Berruti, approvato dalla Camera dei Deputati il 10 marzo 2016, che all’art. 1, co. 2, lett. h), n. 4, delega il Governo a prevedere «4) un sistema di monitoraggio della funzionalità e delle interruzioni del sistema informatico, **con automatica rimessione in termini** delle parti processuali per l’ipotesi di impossibilità di rispettare i termini processuali generata da mancata funzionalità del sistema informatico del Ministero della giustizia, che non consenta alla parte di caricare gli atti processuali e i documenti nel sistema informatico medesimo».

La rimessione in termini, val la pena di ricordare, è atto proprio del giudice: art. 153 co. 2 c.p.c.: «La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per

causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini»; art. 294 co. 2 c.p.c.: «Il giudice, se ritiene verosimili i fatti allegati, ammette quando occorre, la prova dell'impedimento, e quindi provvede sulla rimessione in termini delle parti».

Si tratterebbe di utilizzare l'esperienza maturata nell'industria 4.0, l'Internet delle cose (I.O.T.), mettere in collegamento e far lavorare le macchine ed i loro applicativi, al servizio dell'utente: se il Redattore del professionista ha provato a depositare un atto in un momento in cui: la Direzione della Giustizia del Sistemi Informativi Automatizzati (Dgsia) registrava una interruzione servizio su scala nazionale, ovvero il servizio reso dal Gestore in uso al professionista era temporaneamente interrotto nella zona di utilizzo = automatica rimessione in termini.

Possiamo spingerci oltre?

Pensiamo ai casi in cui da pubblici registri informatizzati (vedi sicid, siecic, Sigit, ecc.) siano desumibili elementi certi di rilievo processuale, ad esempio, la data di pubblicazione di una sentenza, la data di deposito di un ricorso, la data di iscrizione a ruolo, ecc. ecc. In combinazione con l'atto di parte e con il ...calendario (periodo feriale e giorni festivi), è possibile ipotizzare delle risposte automatiche, in luogo del responso del giudice (salvo prevedere una forma di reclamo)?

Ad esempio: Sentenza pubblicata il 10 ottobre 2016, termine lungo per impugnare, art. 327 c.p.c., 6 mesi, scadenza 10 aprile 2017; appello proposto in data odierna: inammissibile. Idem termine breve, 30 gg. da notifica, sulla base della data inserita dalla parte.

Ancora. Ultima provocazione. È possibile prevedere la immediata eliminazione dal contenzioso delle controversie **destinate a pronunce negative di rito**, come da giurisprudenza consolidata ?

Ad esempio: nel caso di confusione tra strumenti di impugnazione: causa soggetta al rito del lavoro impugnata con citazione e non con ricorso; la Suprema Corte è consolidata nel ritenere che va bene la citazione, purché l'iscrizione a ruolo sia effettuata dalla parte entro il termine per proporre l'impugnazione: *«Nelle controversie soggette al rito del lavoro, l'inammissibilità dell'impugnazione, perché depositata in cancelleria oltre il termine di decadenza previsto dell'art. 434, comma 2, cod. proc. civ., o, in caso di mancata notifica della sentenza, nel termine di cui all'art. 327, comma 1, c.p.c., non trova deroga nell'ipotesi in cui l'appello sia stato irritualmente proposto con citazione anziché con ricorso, laddove l'atto, pur suscettibile di convalida ai sensi dell'art. 156, ultimo comma, c.p.c., non venga depositato entro il termine per proporre impugnazione.»* (Cass. 14401/2015; 12990/2010; 9530/2010; 5150/2004; ecc.).

La citazione anziché il ricorso va bene, se l'iscrizione a ruolo avviene nei termini per proporre l'impugnazione (non serve il rispetto del termine con riferimento alla data della citazione).

Principio consolidato, eppure ampiamente inosservato. Possiamo, in questo caso, ipotizzare una forma automatica di responso?

3. Conclusioni: La direzione per una giustizia predittiva “soft”

Riassumendo, la progressione di Quesiti: fin dove ci si può spingere?

- 1) È accettabile affidare alla macchina l’alternativa accettazione/rifiuto di un atto non conforme allo standard tecnico richiesto? Credo di sì.
- 2) È accettabile affidare alla macchina la rimessione in termini della parte per l’interruzione di servizi, rilevati da altri applicativi? Credo di sì.
- 3) È accettabile affidare alla macchina il responso su un atto, sulla base di dati presenti in pubblici registri, dell’atto redatto dalla parte e del calendario? Credo di sì.
- 4) È accettabile affidare alla macchina il responso su un atto, sulla base di dati presenti in pubblici registri, dell’atto redatto dalla parte e del calendario, tenendo conto di orientamenti ormai consolidati della Suprema Corte? Non lo so

Con il quesito n. 4 siamo arrivati al punto in cui la predittività perde le sue caratteristiche di natura tecnica e si avvicina al concetto di prevedibilità, sulla base di dati statistici e/o della giurisprudenza consolidata.

È accettabile, nell’attuale contesto socio-giuridico, una limitazione del potere decisionale del giudice in nome ed in ossequio di un valore oggi avvertito dalla comunità giuridica, quale è il principio della stabilità delle decisioni (collegato a quello della prevedibilità delle stesse)?

Il principio della prevedibilità delle decisioni, ha detto la Suprema Corte con riferimento alla interpretazione delle norme processuali, è immanente nel nostro sistema, quale espressione dei principi di uguaglianza e del giusto processo (artt. 3 e 111 Cost.) (vedi Corte di Cassazione, S.U. ord. n. 23675 del 6/11/2014).

La prospettiva, mi rendo conto, è piuttosto articolata e da approfondire, tenendo presente, tuttavia, che la strada è già tracciata. In linea di prima approssimazione, la soluzione potrebbe consistere nell’attribuire al responso predittivo il valore di semplice indicazione da parte della macchina, di mero “suggerimento”, basato sui dati statistici, offerto al giudicante quale stimolo alla riflessione, un po’ com’è stato in origine per l’esperienza del sistema tabellare del risarcimento del danno. Suggerimento liberamente valutabile da parte dell’operatore e non vincolante.

Il giudice sarebbe, poi, sempre libero di discostarsi dal suggerimento statistico, esprimendo il proprio dissenso consapevole e motivato. In questo modo, si attribuirebbe il giusto peso all’analisi statistica dei casi analizzati (sotto questo

aspetto vale la pena di ricordare l'enorme quantità di dati scrutinabili grazie all'uso delle nuove tecnologie), lasciando, tuttavia, l'interprete (l'avvocato, prima, ed il giudice, dopo) libero di decidere in maniera autonoma e consapevole.

Credo che l'avvio di una riflessione collettiva su questa forma di giustizia predittiva, che definirei *soft*, *lieve*, *mite*, potrebbe servire a superare gli ostacoli e le contrapposizioni che attualmente dividono i due schieramenti degli *entusiasti delle formule statistico-matematiche e degli scettici* e potrebbe fornire un contributo concreto a rendere il nostro sistema di amministrazione della giustizia meno farraginoso, meno caotico, meno imprevedibile, più razionale; in due aggettivi: più celere e giusto.

La esigenza di migliorare la prevedibilità della decisione

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. L'intelligenza artificiale e la giustizia tributaria. – 2.1. La giustizia predittiva nel contesto giuridico italiano. – 3. I limiti e le problematiche dell'intelligenza artificiale. – 4. Possibilità di impiego dell' intelligenza artificiale.

1. Premesse

Il ritmo sempre più sostenuto della vita e di tutte le attività non può esimere la giustizia tributaria dall'adeguarsi a tale accelerazione.

La pandemia ha rivoluzionato le nostre vite facendoci superare in un sol colpo le resistenze culturali che ci inibivano l'uso della tecnologia catapultandoci nel futuro:

- abbiamo implementato le videoconferenze;
- abbiamo sperimentato la DAD;
- lavoriamo in smart working;
- siamo connessi con il mondo intero;
- compriamo beni e servizi on-line;
- abbiamo a disposizione tantissime informazioni a portata di click;
- i nostri nuovi smartphone sono dotati di Intelligenza Artificiale.
- Ogni tipo di informazione, trasformata in Bit, attraversa le reti informatiche.

La rete mobile 5G sta migliorando il pilotaggio di precisione da remoto e i grandi player digitali stanno investendo ingenti risorse per creare l'Intelligenza Artificiale in grado di eseguire i compiti cognitivi che sono propri dell'uomo fornendo ad un robot qualità di calcolo che permettono di compiere operazioni e ragionamenti complessi in poco tempo.

2. L'intelligenza artificiale e la giustizia tributaria

L'I.A. può essere applicata alla Giustizia Tributaria?

Partiamo da un dato oggettivo, il Primo Presidente della Suprema Corte nell'inaugurare l'anno giudiziario 2021 ha messo in evidenza che un gran numero di sentenze di merito delle CTR vengono annullate in Cassazione.

Le percentuali sono state rettificare al ribasso dal Presidente Leone nella sua relazione all'inaugurazione dell'anno Giudiziario Tributario, ma rappresentano pur sempre un notevole carico.

L'annullamento delle sentenze delle Ctr è determinato dalla tipologia della materia Tributaria costellata da norme frammentarie, da fonti normative giurisprudenziali sovranazionali che condizionano l'operato dei giudici. Le stesse differenti decisioni della Cassazione su medesime fattispecie creano un aumento del contenzioso. Quindi dall'instaurarsi del giudizio presso la Ctp alla conclusione di tutti i gradi di giudizio non è inusuale che l'orientamento giuridico cambi.

Da qui l'esigenza di accorciare i tempi di espletamento della giustizia tributaria, sebbene siano comunque di gran lunga inferiori alle altre giustizie.

Ciò lo si può realizzare solo e solamente con l'utilizzo della Intelligenza Artificiale.

Occorre fare una rivoluzione copernicana affinché, attraverso l'elaborazione di un numero crescente di dati in brevissimo tempo, si possano avere dei risultati prevedibili. Ciò consentirebbe di abbattere l'arretrato, di rendere le decisioni prevedibili e di dissuadere dall'abuso del processo.

Avere delle decisioni prevedibili risponde all'esigenza dell'affermazione del principio dell'affidamento e della certezza del diritto, obiettivi ambiziosi, ma raggiungibili con un cambio di passo.

Il diritto calcolabile è un diritto su cui fare affidamento. La funzione predittiva potrebbe supportare il giudice tributario attraverso l'elaborazione dei precedenti in grado di orientare il ragionamento e fornire argomenti su cui fondare la motivazione. In altri paesi l'uso dell'IA in ambito giuridico ha più che dimezzato i tempi della giustizia, si pensi agli USA e al Regno Unito.

L'esigenza di una giustizia sempre più digitalizzata e predittiva non può che essere un ottimo volano dell'economia, tant'è che la stessa Commissione Europea si è posta un obiettivo ambizioso di diventare leader mondiale dell'innovazione nell'economia dei dati e nelle sue applicazioni sviluppando un ecosistema di IA che consenta alla società e all'economia di godere dei benefici apportati dalla tecnologia.

2.1. La giustizia predittiva nel contesto giuridico italiano

Un esempio di giustizia predittiva nel contesto giuridico italiano è stato introdotto dalla Corte di Appello di Brescia, la quale ha messo a disposizione una banca dati ragionata e trasparente da cui emergono orientamenti giurisprudenziali di casistica, di tempistica e tutti quegli elementi che possono essere valutati dagli operatori giuridici per adottare le opportune decisioni, e dalla Corte di

Appello di Bari, che ha avviato un progetto per rendere accessibili, attraverso il sito web, schede tematiche sulla giurisprudenza della sezione su materie e casistiche ricorrenti al fine di fornire agli utenti indicazioni circa il prevedibile esito di una controversia nonché sui tempi di definizione.

In tale ottica si pongono anche i Massimari di cui il CPGT si è reso promotore. Siamo all'anno zero in campo tributario?

Certamente no, l'introduzione del PTT va in questa direzione, smaterializzando tutti i documenti ha dato un'accelerazione alle procedure.

L'udienza da remoto ha risolto una serie di problemi logistici ed ha fatto sì che la giustizia tributaria venisse esercitata anche durante la pandemia.

I software sempre più sofisticati sono in grado di controllare la correttezza degli adempimenti e contribuiscono a dare un'accelerata al processo.

3. I limiti e le problematiche dell'intelligenza artificiale

Ma l'IA può essere solo un ottimo ausilio per il giudice, ma non è una variabile indipendente dall'uomo. Non si può automatizzare il ragionamento giuridico, perché si usa la logica per applicare le regole.

L'arte del diritto è una delle più antiche e nobili di sempre, essa è la fondatrice della società civile ed è difficile sostituire l'ingegno umano con una macchina, sebbene intelligente.

Possiamo addestrare i nostri computer ad eseguire i nostri compiti o a creare database in grado di contenere l'intero scibile umano, non potremo insegnare l'algoritmo per fargli provare il sentimento di giustizia.

La macchina non può provare emozioni e non può interpretare gli impulsi che sono alla base di ogni controversia. Ma un sistema capace di vagliare istantaneamente ogni precedente e ogni legge è un ottimo sostegno per gli utenti per la celerità del processo e per il rispetto di tutte le norme processuali.

Un algoritmo in grado di garantire la correttezza formale degli atti e la loro tempistica farebbe sì che il giudice si concentri solo sul merito ed esprima con celerità il giudizio.

L'uso della macchina al posto dell'uomo pone problemi etici, la stessa Europa si è posta il problema ed ha varato la Carta Etica che ha previsto che i sistemi basati sull'IA devono garantire il rispetto dei diritti fondamentali e della disciplina sulla tutela dei dati personali. L'idea di fondo che emerge dalla Carta Etica è che l'IA se utilizzata non in sostituzione, ma in ausilio del giudice possa favorire la prevedibilità della decisione e l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali.

4. Possibilità di impiego dell'intelligenza artificiale

Si potrebbe auspicare una sorta di certificazione o di controllo del corretto funzionamento dell'IA per verificare l'attendibilità dei sistemi utilizzati e la legittimità del loro impiego.

L'impiego della IA a servizio della giustizia tributaria nei limiti consentiti dalla nostra Costituzione e nel rispetto dei principi etici è possibile ed auspicabile.

Il suo uso richiede la disponibilità dei dati che sono una risorsa indispensabile tanto da essere considerati il petrolio del nostro secolo.

Maggiore è la quantità e la qualità dei dati disponibili, maggiore è la possibilità di sviluppare sistemi di IA sempre più precisi ed affidabili. Quindi il primo passo è raccogliere i dati.

Manca ancora un archivio completo delle sentenze dei giudici di merito accessibile a tutti nel rispetto delle norme sulla privacy.

Non siamo all'anno zero, ma la strada è ancora in salita, occorrerà creare le banche dati di tutte le pronunce e occorrerà garantire che l'impiego dei sistemi di IA non leda i principi costituzionali e i diritti della persona.

I sistemi di IA possono fornire utili strumenti, tipo motori di ricerca sempre più avanzati, software di assistenza per la redazione degli atti, sistemi automatizzati volti a migliorare l'organizzazione interna del lavoro, software per facilitare le operazioni di spoglio e filtro, sistemi per la trattazione di cause seriali e ripetive.

Sarebbe un grave errore rinunciare a sfruttare le potenzialità offerte dalla tecnologia che, se utilizzati bene, potrebbero favorire un miglioramento della qualità e dell'efficienza della nostra giustizia oltre che favorire lo sviluppo economico.

Occorrono investimenti nella ricerca e sviluppo e nella formazione.

Non è solo questione di infrastrutture servono le competenze.

La transizione digitale deve riguardare lo sviluppo di skills per la gestione dei dati.

Alla formazione non possono sottrarsi i giudici tributari rappresentati da eterogenee figure professionali che apportano valore aggiunto alla giurisdizione e che posso vigilare a che le decisioni siano aderenti alla realtà e non mere espressioni di un algoritmo.

Intelligenza artificiale e giustizia: un approccio pragmatico agli algoritmi, dal punto di vista di un avvocato

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Intelligenza artificiale, machine learning e reti neurali. – 3. Gli algoritmi. – 4. Tipi di algoritmi di intelligenza artificiale: il ruolo del giurista, quale “esperto di dominio” per governare il bias. – 5. Input e output: il problema della qualità e quantità dei dataset a disposizione per un’IA su misura per i giuristi.

1. Premessa

Negli ultimi due anni, il *leitmotiv* dei dibattiti giuridici in materia di diritto e nuove tecnologie si è spostato dalla *Internet of things* e dai relativi rischi per la *privacy* al mondo dell’intelligenza artificiale. E si tratta di un dibattito per lo più caratterizzato dalla contrapposizione tra coloro che accolgono entusiasti l’ipotesi che un computer possa ragionare ed assumere decisioni negli aspetti più rilevanti del nostro vivere, e coloro che invece rifuggono completamente siffatta idea.

Nell’uno e nell’altro caso, il giudizio è avventato ed è assai probabilmente frutto di un difetto di conoscenze relative ad aspetti più prossimi alla tecnologia che non al diritto. Non che occorra essere contemporaneamente giuristi ed informatici per esprimere opinioni più avvedute, ma certamente il punto di vista del giurista non può prescindere da un primo approccio, per quanto poco più che elementare, ai profili tecnici dell’IA.

Il tema giuridico non è in realtà recentissimo. Lo dimostra l’evoluzione normativa, soprattutto europea, che da oltre un quarto di secolo ha iniziato a porsi il problema delle decisioni automatizzate. Di tanto v’è evidente traccia:

- nella Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, al cui art. 15, part. 1 è contenuta la previsione del diritto di ciascuna persona «di non essere sottoposta ad una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi nei suoi confronti fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato di dati destinati a valutare taluni aspetti della

sua personalità, quali il rendimento professionale, il credito, l'affidabilità, il comportamento, ecc»;

- nell'art. 17 della L 675/1996, secondo cui «*Nessun atto o provvedimento giudiziario o amministrativo che implichi una valutazione del comportamento umano può essere fondato **unicamente** su un trattamento automatizzato di dati personali volto a definire il profilo o la personalità dell'interessato*»;
- nell'art. 22, par. 1, del Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016 (GDPR), ove è sancito che «*L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata **unicamente** sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*», ad eccezione dei casi in cui la decisione automatizzata sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra il titolare del trattamento e l'interessato, che la decisione sia stata autorizzata dall'Unione o dallo Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento ed a condizione che siano state adottate misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato o, infine, che il processo decisionale si basi su consenso esplicito dell'interessato¹.

¹ Va ricordato che il 21 Aprile 2021 è stata pubblicata la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio per la statuizione di regole armonizzate sull'intelligenza artificiale. Tale proposta, in estrema sintesi, considera l'intelligenza artificiale come attività rischiosa ed individua quattro livelli di rischio.

Rischio inaccettabile: la bozza di regolamento vieta i sistemi di intelligenza artificiale considerati una chiara minaccia alla sicurezza, ai mezzi di sussistenza e ai diritti delle persone. Ciò include sistemi o applicazioni di intelligenza artificiale che manipolano il comportamento umano per eludere il libero arbitrio degli utenti (ad esempio giocattoli che utilizzano l'assistenza vocale che incoraggiano comportamenti pericolosi dei minori) e sistemi che attribuiscono il c.d. "punteggio sociale" da parte dei governi. Alto rischio: includono la tecnologia di intelligenza artificiale utilizzata in Infrastrutture critiche (es. trasporti), che potrebbero mettere a rischio la vita e la salute dei cittadini; Formazione educativa o professionale, che può determinare l'accesso all'istruzione e al corso professionale della vita di qualcuno (es. superamento di esami); Componenti di sicurezza dei prodotti (es. applicazione AI nella chirurgia assistita da robot); Occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo (es. software di selezione CV per procedure di assunzione); Servizi essenziali privati e pubblici (es. credit scoring che nega ai cittadini la possibilità di ottenere un prestito); Forze dell'ordine che possono interferire con i diritti fondamentali delle persone (es. valutazione dell'affidabilità delle prove); Gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo di frontiera (es. verifica dell'autenticità dei documenti di viaggio); Amministrazione della giustizia e processi democratici (es. applicazione del diritto a un insieme concreto di fatti). I sistemi di IA ad alto rischio saranno soggetti a rigorosi obblighi prima di poter essere immessi sul mercato:

- Adeguate sistemi di valutazione e mitigazione dei rischi;

Come chiunque può intuire, tali norme funzionano grosso modo come una sorta di valvola del “troppo pieno”, segnando il limite massimo che le decisioni affidate esclusivamente a macchine non possono superare.

Ma che cosa si intenda per *decisioni automatizzate* è tutt’altro che chiaro nell’attuale panorama. Se ci si aspetta che un computer possa scrivere una sentenza, con tanto di motivazione e dispositivo, siamo probabilmente ancora alla fantascienza. E così, più a monte, bisogna chiarirsi su che cosa ci si aspetti (vale a dire quale sia l’*output* atteso) quando si parla di *giustizia predittiva*: un giudizio articolato? una risposta “si/no”? un numero che esprima una percentuale di accoglimento o rigetto? la quantificazione più probabile di una pena?

Pur non essendo nutrite le pagine che seguono dalla presunzione di dipanare ogni dubbio sull’argomento, proverò tuttavia a dare un piccolo contributo, trasferendo ciò che ho potuto apprendere dalla mia esperienza di giurista nel contesto di un lavoro di consulenza, in essere ormai da quasi due anni, per conto di un’impresa che si sta occupando di applicazioni dell’intelligenza artificiale nella gestione di grandi studi legali e di uffici legali interni ad enti o a grandi imprese.

-
- Alta qualità dei dataset che alimentano il sistema per ridurre al minimo i rischi e gli esiti discriminatori;
 - Registrazione delle attività per garantire la tracciabilità dei risultati;
 - Documentazione dettagliata che fornisca tutte le informazioni necessarie sul sistema e sul suo scopo affinché le autorità ne valutino la conformità;
 - Informazioni chiare e adeguate all’utente;
 - Adeguate misure di supervisione umana per ridurre al minimo il rischio;
 - Elevato livello di robustezza, sicurezza e precisione.

In particolare, i sistemi di identificazione biometrica da remoto sono considerati ad alto rischio e soggetti a requisiti rigorosi. Il loro uso dal vivo in spazi accessibili al pubblico per scopi di contrasto è in linea di principio vietato. Eccezioni ristrette sono rigorosamente definite e regolamentate (come quando è strettamente necessario per cercare un minore scomparso, per prevenire una minaccia terroristica specifica e imminente o per individuare, localizzare, identificare o perseguire un colpevole o sospettato di un reato grave). Tale utilizzo è soggetto all’autorizzazione di un organo giudiziario o altro organismo indipendente e ad opportuni limiti di tempo, estensione geografica e banche dati consultate.

Rischio limitato, riguarda i sistemi di intelligenza artificiale con obblighi di trasparenza specifici: quando si utilizzano sistemi di intelligenza artificiale come i chatbot, gli utenti devono essere consapevoli che stanno interagendo con una macchina in modo da poter prendere una decisione informata se continuare o fare un passo indietro.

Rischio minimo: è consentito l’uso gratuito di applicazioni come videogiochi abilitati per l’intelligenza artificiale o filtri antispam. La stragrande maggioranza dei sistemi di intelligenza artificiale rientra in questa categoria. Il progetto di regolamento non interviene qui, poiché questi sistemi di IA rappresentano solo un rischio minimo o nullo per i diritti o la sicurezza dei cittadini.

Mi perdoneranno perciò gli ingegneri per qualche imprecisione che sicuramente leggeranno di qui a poco: è il prezzo questo che va probabilmente pagato per un approccio laico a questa branca delle nuove tecnologie che, quanto alla relativa applicazione al mondo della giustizia, è molto probabilmente inevitabile, dovendo la tecnologia necessariamente confrontarsi con i tecnicismi giuridici ed in particolare con la complessità del diritto italiano.

2. Intelligenza artificiale, machine learning e reti neurali

Va intanto chiarito che il concetto di intelligenza artificiale può essere declinato in tre modi.

Taluni ritengono che *intelligenza artificiale* anche quella che si adopera comunemente ormai da decenni e che consente ai computer di svolgere complesse operazioni di calcolo: un programma informatico può essere ricondotto al mondo dell'IA, laddove un computer esegua determinate operazioni dettate da sequenze di codice informatico predisposto dall'uomo, simulando comportamenti umani. In tale contesto, l'intelligenza artificiale potrebbe essere definita come quell'insieme di tecniche e tecnologie che abilitano le macchine a riprodurre comportamenti umani o comunque qualcosa che possa essere interpretato da uno o più sensi dell'uomo².

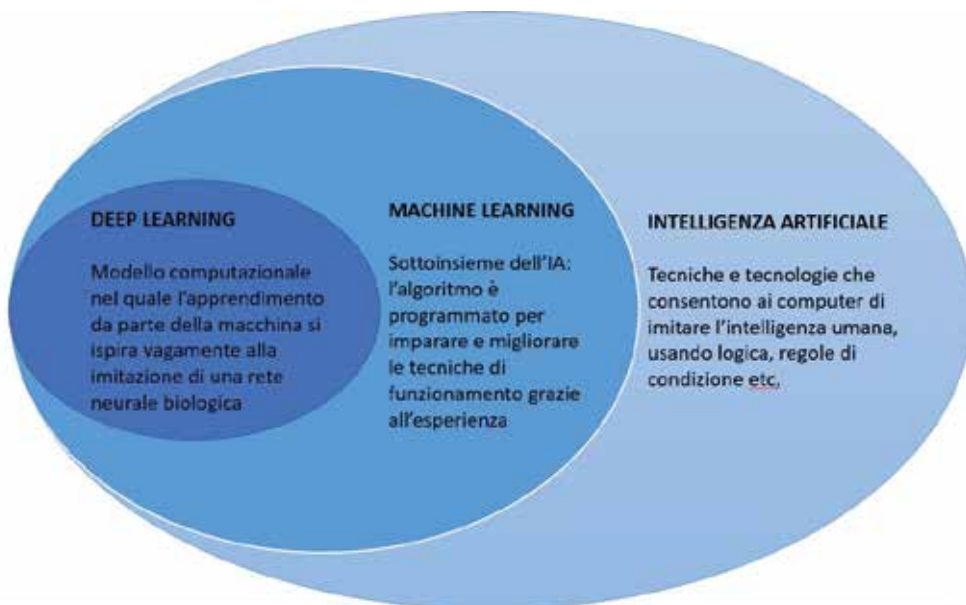
L'odierno dibattito verte in realtà su altro argomento, che è il *machine learning*, vale a dire a quel sottoinsieme di tecniche e tecnologie che danno alla macchina la possibilità di "imparare", essendo state esplicitamente programmate

² Va segnalato che all'art. 3 della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio per la statuizione di regole armonizzate sull'intelligenza artificiale del 21/4/2021, è contenuta la seguente definizione di Intelligenza Artificiale: «artificial intelligence system' (AI system) means software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with» (sistema di intelligenza artificiale indica un software sviluppato con uno o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I e può, per un dato insieme di obiettivi definiti dall'uomo, generare output come contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono).

In linea con tale accezione è anche la definizione elaborata dal Gruppo di Esperti MISE sull'intelligenza artificiale, secondo cui l'AI «si riferisce alla disciplina che si occupa di sistemi software (spesso anche utilizzati in combinazione con hardware) che, dato un obiettivo complesso, sono in grado di agire nella dimensione fisica o virtuale, in modo da percepire l'ambiente che li circonda, di acquisire ed interpretare dati, ragionare sulle conoscenze acquisite e formulare decisioni, basate sull'evidenza raccolta, sulle migliori azioni da svolgere al fine di raggiungere l'obiettivo prefissato, anche in situazioni non esplicitamente previste a priori».

per farlo. Il ML è quindi un sottoinsieme dell'insieme costituito dall'IA, nel quale la macchina aggiorna il codice informatico in base alla propria esperienza.

Più nello specifico, all'ordine del giorno vi sono le tecniche e le tecnologie del *deep learning*, che usano modelli flessibili di reti neurali multi livello, (in inglese *artificial neural network*, abbreviato in ANN o anche come NN), costituendo un «*modello computazionale composto di "neuroni" artificiali, ispirato vagamente dalla semplificazione di una rete neurale biologica...utilizzato per tentare di risolvere problemi ingegneristici di intelligenza artificiale come quelli che si pongono in diversi ambiti tecnologici*»³.



Va qui ricordato che le reti neuronali costituiscono uno dei modelli computazionali più risalenti, rimontando il primo di essi al *Perceptron*, proposto da Frank Roseblatt nel 1958, una regola di apprendimento basata sulla minimizzazione dell'errore: semplificando ai minimi termini, tale regola prevedeva che un determinato dato di *input* fosse presentato al perceptrone, che avrebbe poi calcolato l'*output*, confrontandolo con il risultato desiderato. Nella successiva operazione, poi, l'*output* generato dal perceptrone viene confrontato col risultato del primo *output*, con conseguente aggiornamento dell'algoritmo (approccio adattivo). Una

³ Wikipedia, voce Rete Neurale Artificiale.

delle applicazioni più note e comuni di tale approccio è rappresentato dalla rete neurale che costruisce modelli di linguaggio basato sulle lettere dell'alfabeto: il modello viene addestrato a prevedere la lettera che segue il carattere digitato all'interno di un testo grazie alla memoria di testi precedentemente preimpostati: dal celeberrimo "T9" delle tastiere dei primi telefoni cellulari, basato su un dataset definito (generalmente una mera lista di vocaboli della lingua prescelta) e modificabile solo dal produttore, e quindi di algoritmo provvisto di qualsivoglia funzione di machine learning, in epoca più recente si è passati alla previsione di digitazione grazie agli algoritmi di GBoard (la tastiera dei telefonini basati su Android) e di Microsoft SwiftKey, dotati di sofisticate funzioni di apprendimento automatico basate sui testi via via digitati dall'utente. Dette applicazioni non fanno altro che arricchire il proprio vocabolario con le parole che questi solitamente usa, proponendole a seconda dei termini già digitati o di quelli proposti nella fase di apprendimento.

3. Gli algoritmi

Altro concetto da fissare in via del tutto preliminare è quello di *algoritmo*, spesso confuso con quello di intelligenza artificiale.

In realtà, un algoritmo non è altro che un insieme di regole che consentono di risolvere problemi della stessa classe. Un esempio calzante è stato fornito nel corso di un recente *webinar* del Circolo Giuristi Telematici⁴ durante la relazione del Prof. Corrado Giustozzi ed è costituito dalla moltiplicazione in colonne, che tutti conosciamo sin dal ciclo di studi elementare:

$$\begin{array}{r} 136 \times \\ 302 = \\ \hline 272 + \\ 000 - + \\ 408 - \\ \hline 41072 \end{array}$$

L'insieme delle regole che impongono di moltiplicare l'unità del secondo fattore, nell'ordine, per l'unità, la decina ed il centinaio del primo fattore, quindi la decina del secondo fattore per l'unità, la decina ed il centinaio del primo,

⁴ Webinar: Piattaforme Digitali, Intelligenza Artificiale e limitazioni delle libertà, reperibile su <https://www.youtube.com/watch?v=4oR8HA3WjI4>

spostando di una colonna a sinistra ciascun parziale ed infine sommando tutti i parziali, altro non è che un algoritmo. Quest'ultimo è difatti idoneo a risolvere problemi della stessa classe dal momento che la regola non cambia se cambino i numeri oggetto dell'operazione aritmetica.

Un algoritmo può essere definito come la descrizione dei passi – *i.e.*: una sequenza di istruzioni informatiche – che servono per risolvere tutti i problemi della stessa classe. Tale sequenza soddisfa precise caratteristiche, che possono essere così schematizzate:

- *Generalità*: un algoritmo deve fornire soluzione per tutti i problemi di una classe;
- *Finitezza*: ogni istruzione va eseguita in un tempo finito e deve essere eseguita un numero finito di volte;
- *Non ambiguità*: i passi devono essere precisi ed univoci, evitare paradossi, contraddizioni e ambiguità: ad esempio, una ricetta di cucina può essere considerata un algoritmo nella misura in cui tutti gli ingredienti siano indicati in dosi precise e non lo sarà, invece, laddove subentrino indicazioni ambigue ed inidonee a costituire un'istruzione per una macchina quali, ad esempio, l'indicazione di “zucchero, quanto basta”⁵.
- *Correttezza ed efficienza*: i passi devono arrivare alla soluzione giusta e nel modo più veloce possibile, usando la minore quantità di memoria possibile. Così delineato il significato di *algoritmo*, appare a chiunque evidente che esso non possa riferirsi univocamente al mondo del *machine learning*, ancorché sussistano esempi di applicazioni comunemente etichettate come tali per il solo fatto di compiere operazioni mirabolanti, ma che in realtà non presentano alcun algoritmo in grado di imparare da sé. Sicuramente sono algoritmi, tuttavia non riconducibili al *machine learning*, quegli strumenti in grado di tradurre in valori monetari il danno biologico, considerato che essi contengono codice informatico in grado di eseguire mere operazioni aritmetiche tra valori di *input* (l'età del danneggiato, i punti di danno biologico, i giorni di invalidità temporanea totale e parziale) ed i valori espressi in una tabella fissa, che è quella pubblicata periodicamente con decreto ministeriale ai sensi dell'art. 139, comma 5, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, quando alle microlesioni, e dall'Osservatorio della Giustizia di Milano, quanto alle macropermanenti.

In un contesto simile, un algoritmo di ML si comporterebbe in modo totalmente diverso: esaminando infatti un certo numero (quanto più possibile elevato) di pronunce giurisprudenziali (che costituiscono la base di conoscenze

⁵ Giustozzi, nel medesimo intervento citato al Circolo Giuristi Telematici.

dell'algoritmo, in inglese *knowledge base* o KB), esso individuerebbe in esse le informazioni (c.d. "*feature significative*") rilevanti ai fini della quantificazione del danno, creando un *dataset* completamente nuovo e ricostruendo la relativa logica di classificazione. In altri termini, si chiede all'algoritmo di esaminare il *dataset* e di ricavarne la logica sia in base alle *features* di dichiarato utilizzo, sia in base ad altre, magari inconsapevolmente adoperate dai giudici che normalmente sfuggono all'esame dell'intelligenza umana, e di ricavarne un risultato: per esempio, nell'ambito del *dominio*⁶ della giustizia, esso potrebbe giungere ad individuare, in ipotesi e non sempre auspicabilmente, come variabili significative della decisione, l'area territoriale ove le sentenze sono state emanate, le persone dei magistrati che le hanno pronunciate e persino nel sesso dei giudici, nelle persone degli avvocati e persino l'ora del giorno in cui una decisione sia stata depositata. Si chiede in altri termini all'algoritmo, ignorando quali siano i dati in base ai quali si sia pervenuti a certe decisioni, di ricostruirli e di catalogarli esaminando il testo delle sentenze e ricavandone le *ontologie* di classificazione (classificazione delle parti, materie, oggetti delle contese, gradi del giudizio, organizzazione dei documenti etc., dette tassonomie) e le entità (giudice, parti, avvocati, luoghi, citazioni normative e giurisprudenziali etc.).

Non tutti i risultati apparentemente frutto di una intelligenza computazionale possono essere tuttavia ricondotti al concetto di intelligenza artificiale. Non è, ad esempio, "intelligenza artificiale" in senso stretto l'esperimento che, con l'amico Claudio De Stasio⁷, conducemmo nel corso di uno degli ultimi ormai tradizionali incontri che si tengono a Capri, ed esattamente in quello del 14 Ottobre 2017. Qui si discuteva del problema della *privacy* connessa alla pubblicazione degli archivi della giurisprudenza di merito, e l'ottimo Collega predispose su mia richiesta una pagina web nella quale, attraverso il *drag and drop* di una sentenza (così come di qualunque altro documento in formato testuale), vengono eliminate tutte le informazioni di carattere personale che venivano sostituite da una serie di "x". Tale strumento, solo all'apparenza "intelligente", non fa altro che eseguire una serie finita e determinata di operazioni che, tuttavia, non dipendono da conoscenze autoacquisite dalla macchina. Il codice informatico di detta applicazione contiene infatti delle

⁶ Nell'ambito dell'IA, per dominio si intende il contesto nel quale si usa l'applicazione, che può avere un livello di astrazione più o meno ampio e ne determina il perimetro, ovvero l'ambito di conoscenza (da non confondere quindi con i domini Internet, che identificano uno spazio di un sito web).

⁷ Avvocato del Foro di Grosseto, ideatore e creatore della piattaforma apps.dirittopratico.it e dell'altrettanto noto tool note.dirittopratico.it

istruzioni relativamente semplici, basata sulle c.d. *espressioni regolari*⁸: una tabella contenente il vocabolario di tutti i nomi propri e l'istruzione di sostituire ad essi il testo anonimizzato; l'istruzione che una qualunque parola che inizi con la maiuscola, prossima al nome anzidetto (individuata come cognome), anch'essa da sostituirsi con una serie di "x", e così anche per le stringhe di testo corrispondenti al *pattern* di un codice fiscale o di una partita iva. Tali regole, anch'esse costituenti all'evidenza un algoritmo, non possono in alcun modo essere ricondotte al concetto di intelligenza artificiale nell'accezione specifica del *machine learning*.

3. Tipi di algoritmi di intelligenza artificiale: il ruolo del giurista, quale "esperto di dominio" per governare il bias

Limitando il tema di discussione agli algoritmi di intelligenza artificiale in senso proprio e parlando quindi di *machine learning* e di *deep learning*, essi vanno distinti in tre macrocategorie: algoritmi supervisionati (*supervised learning algorithm*), algoritmi non supervisionati (*unsupervised algorithm*) ed algoritmi di apprendimento rafforzati (*reinforcement learning*). Distinzione questa, all'apparenza scolastica, che è tuttavia a mio modo di vedere fondamentale per comprendere il ruolo del giurista nella creazione di sistemi di IA applicati al dominio giustizia.

Negli algoritmi supervisionati l'attività di apprendimento automatico avviene grazie ad una funzione che associa un input a un output in base a coppie input-output di esempio: ogni esempio è una coppia costituita da un oggetto di ingresso e un valore di uscita desiderato (chiamato anche segnale di supervisione). Per riferirci alla mia esperienza nel progetto cui sto partecipando, all'algoritmo vengono offerte sentenze e massime già catalogate attraverso etichette (o tag): si prenda come esempio il sistema di catalogazione adoperato in Italgire attraverso gli "SCHEMB", vale a dire attraverso quei lemmi usati per classificare la giurisprudenza⁹. Negli algoritmi supervisionati si adopereranno come coppie in-

⁸ Il termine RegEx, in inglese "Regular Expressions" indica una funzione per filtrare, confrontare o identificare stringhe di codice. Le espressioni regolari sono state definite da Stephen Kleene nel 1950 ed implementate per la prima volta da Ken Thompson nell'editor QED, era il 1966 (fonte: evemilano.com).

⁹ Per esempio, Cass. Civ. 2236/1976 è così classificata: "appalto (contratto di) – garanzia – per le difformità e vizi dell'opera – risoluzione del contratto – domanda in primo grado – actio quanti minoris – proponibilità in appello.*, 381036 impugnazioni civili – appello – domande – nuove – causa petendi e petitum"

put-output rispettivamente le sentenze e le classificazioni già note, in modo tale che l'algoritmo, assumendole come esempio, al termine la fase di apprendimento possa a sua volta generare output quanto più prossimi a quelli attesi.



In tal modo si perviene alla c.d. *generalizzazione*, vale a dire all’*“abilità di una macchina di portare a termine in maniera accurata esempi o compiti nuovi, che non ha mai affrontato, dopo aver fatto esperienza su un insieme di dati di apprendimento”*¹⁰.

Un algoritmo supervisionato, oltre a classificare, può ricavare da un determinato *dataset* una previsione numerica, attraverso la c.d. *regressione*: e così può determinare il prezzo più probabile di un immobile dal *dataset* degli atti notarili, classificando gli immobili per zona, estensione, livello di piano etc., ma anche in base ad eventuali altri dati la cui individuazione sfugge alla percezione umana. E così potrebbe pervenire alla previsione della quantificazione di una pena, individuando per *similarity* altre pronunce per lo stes-

¹⁰ Fonte: Wikipedia.

so reato, catalogando le modalità concrete del fatto in contestazione di cui all'art. 133 c.p., l'età ed il sesso dell'imputato, i suoi precedenti penali e via dicendo.

Nell'**algoritmo non supervisionato**, invece, si parte da modelli da dati senza *tag*, con l'obiettivo di ottenere, attraverso una funzione di imitazione e l'applicazione di regole statistiche e matematiche, la costruzione di una rappresentazione auto generata dalla macchina. Per fare un esempio riferibile al mondo giudiziario, un algoritmo non supervisionato potrebbe essere quello in grado di distinguere all'interno di un atto giudiziario o di una sentenza le parole ritenute più significative, l'epigrafe con i dati delle parti e del giudice, la parte argomentativa e le conclusioni, estrapolando quindi informazioni strutturate da documenti concepiti per l'interpretazione umana. In tal caso, si fa uso di strumenti di *Natural Language Processing* (NLP), ovvero di programmi in grado di comprendere correttamente il linguaggio umano, che non è definito da regole sufficientemente precise e, per limitarci soltanto a taluni dei profili problematici, fa uso di figure retoriche, metafore, analogie, ossimori, personificazioni che non ne permettono una interpretazione univoca. Tale ambito di intelligenza artificiale è detto appunto NLP ed è volto allo studio di meccanismi intellettivi che consentono alle persone di risolvere le ambiguità della comunicazione umana, oltretutto della fonetica, della sintassi, della semantica e della contestualizzazione del significato delle parole all'interno di un discorso.

Nel concreto, siffatti algoritmi hanno quasi sempre un utilizzo congiunto ma distinto per fasi: quella non supervisionata si usa (se non sono già disponibili) per costruire a partire dal solo testo dei dati e le tassonomie per i vari tipi di dato.

Successivamente, tali informazioni vengono utilizzate con un approccio supervisionato, per classificare il *dataset* e accrescerne le informazioni, con altri dati. E questi a loro volta utilizzati da altri algoritmi, ad esempio predittivi.

Nell'immagine che segue, v'è un esempio nel quale l'algoritmo (supervisionato) ha individuato le entità significative di una sentenza estratta *Italgire*. Partendo dal solo testo della stessa, l'a. ha classificato le informazioni (entità) in categorie predefinite individuate e validate dall'esperto di dominio (giurista) come tipo di provvedimento, autorità giudiziaria, nomi di persona, nomi di organizzazioni, luoghi, espressioni temporali, quantità, valori monetari, percentuali e via dicendo. Tale attività computazionale viene definita NER (*named entity recognition*). Ovviamente, tale attività non è fine a se stessa, essendo ciascuna entità a sua volta collegabile ad altre basi di dati per successive elaborazioni.

Cassazione civile, sez. trib., 17/02/2017, (ud. 10/01/2017, dep.17/02/2017), n. 4242 **SENTENZA** LA

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE TRIBUTARIA **AUT. GIUDIZIARIA** Composta dagli Ill.mi Sigg.ri

Magistrati: Dott. **TIRELLI Francesco** **PERSONA LEGALE** – Presidente – Dott.

BRUSCHETTA Ernestino **PERSONA LEGALE** – Consigliere – Dott. **CAIAZZO Luigi** **PERSONA LEGALE** –

Consigliere – Dott. **TINARELLI Giuseppe Fuochi** **PERSONA LEGALE** – Consigliere – Dott.

PERRINO Angelina Maria **PERSONA LEGALE** – rel. Consigliere – ha pronunciato la seguente: **SENTENZA** sul

ricorso iscritto al numero 12554 del ruolo generale dell'anno 2012, proposto da:

Agenzia delle entrate **ORGANIZZAZIONE**, in persona del direttore pro tempore, rappresentato e difeso dall'

Avvocatura generale dello Stato **ORGANIZZAZIONE**, presso gli uffici della quale in

Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12 **LUOGO**, si domicilia; – ricorrente – contro

s.r.l. IGCOM **ORGANIZZAZIONE**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso,

giusta procura speciale in calce al controricorso, dagli avvocati **Giovanni Del Re** **PERSONA LEGALE** e

Giuseppina Dell'Aquila **PERSONA LEGALE**, elettivamente domiciliatosi presso lo studio del primo in

Roma, alla via Virginio Orsini, n. 21 **LUOGO**; – controricorrente – per la **cassazione** **AUT. GIUDIZIARIA** della

sentenza della

Commissione tributaria regionale del Lazio, sezione 1, depositata in data 9 giugno 2011, n. 450/01/11 **SENTENZA**

; udita la relazione sulla causa svolta alla pubblica udienza in data **10 gennaio 2017** **DATA** dal

consigliere Angelina-Maria Perrino; uditi per l' **Agenzia delle entrate** **ORGANIZZAZIONE** l'avvocato dello Stato

Giancarlo Caselli **PERSONA LEGALE** e per la contribuente l'avv. **Giuseppina Dell'Aquila** **PERSONA LEGALE**;

udito il pubblico ministero, in persona del sostituto procuratore generale Dott.

De Augustinis Umberto **PERSONA LEGALE**, che ha concluso per l'accoglimento del primo motivo, assorbiti

gli altri. Fatto La società impugnò l'avviso di rettifica ad essa notificato, col quale l'allora Direzione

generale delle tasse ed imposte sugli affari del **Ministero delle Finanze** **ORGANIZZAZIONE** aveva rettificato la

dichiarazione presentata per l'anno 1988, contestando l'indebita detrazione di iva in relazione all'impiego

di fatture per operazioni inesistenti e ne ottenne l'annullamento dalla

Commissione tributaria provinciale. **AUT. GIUDIZIARIA** Quella regionale dichiarò inammissibile l'appello

proposto dall'Ufficio, ma questa **Corte** **AUT. GIUDIZIARIA**, adita dal **Ministero** **ORGANIZZAZIONE** e dall'

Agenzia delle entrate **ORGANIZZAZIONE**, ne accolse il ricorso, cassando la sentenza impugnata e rinviando

anche per le spese ad altra sezione della

Commissione tributaria regionale. Ne seguì la sentenza n. 246/10/09, depositata in data 31 dicembre 2009 **SENTENZA**

Nell'esempio che segue, invece, una sentenza è stata classificata con altri dati (*topics*: nell'esempio: “esecuzione forzata” e “notificazione”) e dalla stessa sono state altresì estratte alcune “parole chiave” (*keywords*), significative ai fini della successiva estrazione dei concetti. Nell'esempio: “riassunzione, termine, difensore, ordinanza”.

The screenshot displays a legal database interface with the following elements:

- Navigation:** Tabs for "Pratiche", "Documenti", and "Leggi".
- Case Identification:** "ECLI:IT:CASS:13900:2017CIV".
- Metadata:** "Citazioni 3" and "Sentenze Simili 1".
- Case Details:**
 - Cassazione civile, sez. VI, 01/06/2017, (ud. 09/02/2017, dep. 01/06/2017), n. 13900.
 - CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE SESTA CIVILE SOTTOSEZIONE 3.
 - Composta dagli Ill. m. Sigg. ni Magistrati: Dott. AMENDOLA Adelaide (Presidente) - Dott. SESTINI Danilo (Consigliere) - Dott. SCARANO Luigi Alessandro (Consigliere) - Dott. RUBINO Line (Consigliere) - Dott. PCSITANO Gabriele (ref. Consigliere).
 - ha pronunciato la seguente: ORDINANZA sul ricorso 11555-2016 proposto da: GM, SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE G. MAZZINI 114, presso lo studio dell'avvocato SALVATORE COLETTA, che la rappresenta e difende; - ricorrente - contro R.A., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CRESCENZIO, 107, presso lo studio dell'avvocato
- Analysis Tools:**
 - Keywords più frequenti:** Riassunzione, Termine, Difensore, Ordinanza.
 - Metti in evidenza:** "Seleziona tutti" button and a list of highlighted terms: "sentenza (1)", "notificazione (1)", "giudice legale (1)", "lungo (1)", "data (1)".

L'apprendimento per rinforzo, infine, ricorda l'addestramento degli animali ed in generale il funzionamento degli istinti biologici. L'algoritmo propone una serie di *output* la cui ottimizzazione dipende dalla funzione di ricompensa: così come i cervelli biologici sono “programmati” per interpretare come segnali negativi il dolore e la fame e, invece, come segnali biologici positivi il piacere e l'assunzione di cibo, l'algoritmo viene premiato con un voto a seconda dell'*output* proposto. In tale scenario, l'attività dell'utente è essenziale, dacché l'agente di apprendimento migliora le proprie capacità intelligenti grazie alla comprensione della ricompensa o del “rimpianto”: per esempio, all'esito di una ricerca sul *web* costituirà *ricompensa* il fatto che l'utente abbia cliccato su un certo risultato e vi si sia intrattenuto per la relativa lettura; costituirà invece segnale di *rimpianto* l'attività dell'utente che abbia scartato quel risultato passando a quello successivo o addirittura alla pagina successiva.

Proprio in tale contesto rileva la figura del giurista, cui resta inevitabilmente assegnato il compito, nella veste di *esperto di dominio*, di fornire i giusti giudizi di *approvazione* e di *punizione* affinché la macchina possa correttamente formare il proprio autoapprendimento: qui si innesta peraltro il problema dei *bias* (**pregiudizio**), vale a dire dell'influenza che l'algoritmo riceve nel proprio apprendimento dai giudizi forniti dall'utente, pervenendo in tal modo a giudizi distorti basati su preconcetti o pregiudizi, in contrasto con l'imparziale valutazione dei fatti. Come l'uomo, anche l'intelligenza artificiale è incline all'errore, non perché prenda decisioni in base a motivazioni illogiche, ma perché l'errore umano può innestarsi nel processo di apprendimento automatico, sia nella fase di creazione dell'algoritmo, laddove l'errore è più agevolmente rinvenibile e trattabile, sia nella fase di interpretazione dei dati e nelle successive interazioni. Esemplificando, se la macchina individuerà un'ordinanza catalogandola come "sentenza" e su tale catalogazione riceverà approvazione, è evidente che la catalogazione dei successivi provvedimenti come ordinanza o sentenza risulterà errata, in quanto sistemi ad intelligenza artificiale imparano quello che "sanno" dai training data.

Parimenti, il *bias* può essere contenuto nel codice informatico dell'algoritmo: ciò che dipende all'evidenza ancora una volta da fattore umano (in tal caso di colui che abbia scritto il codice informatico), risultando così più che evidente che il giurista non possa in alcun modo disinteressarsi dell'IA, affiancando le professionalità ingegneristiche nella selezione e nella certificazione dei *dataset* per l'apprendimento e partecipando alla formulazione dei giudizi di approvazione e di disapprovazione degli *output*.

5. Input e output: il problema della qualità e quantità dei dataset a disposizione per un'IA su misura per i giuristi

Due concetti cui abbiamo già fatto cenno sono quello di *input* e di *output*. Il primo è costituito dai dati che si chiede di analizzare, il secondo è banalmente il risultato. Esemplificando con riferimento al dominio giustizia, l'*input* sarà costituito dalla descrizione di un fatto concreto che viene "data in pasto" all'algoritmo, l'*output* dal risultato ottenuto dall'applicazione dell'algoritmo ai dati inseriti.

E qui una considerazione va necessariamente fatta.

Quando si parla di IA applicata alla giustizia si ventila l'idea che esistano già sistemi in grado di tradurre un fatto (*input*) in una "sentenza" (*output*): il che, a quanto mi risulta – e con particolare riferimento al diritto nazionale – è una ipotesi abbastanza in là nel futuro.

Gli algoritmi devono infatti essere addestrati ad elaborare correttamente i dati che vengono loro forniti. Per tale addestramento è necessario che l'algoritmo perfezioni un *dataset* sulla base di un patrimonio di conoscenze (*knowledge base* o KB). Per fare un esempio concreto, l'algoritmo del motore di ricerca di Google adopera come propria KB tutto ciò che è in rete, ivi inclusa l'enciclopedia Wikipedia, ed arricchisce il proprio *dataset* istante per istante anche grazie alle ricerche ed alle domande poste dagli utenti ed alla selezione delle risposte (che sono gli *output*) che gli utenti stessi ritengono più pertinenti rispetto alla ricerca (*input*), secondo uno schema che è proprio del *reinforcement learning*.

Per riferirci al dominio della giustizia, la KB è sicuramente costituita dalla banca dati di *Normattiva* e dal patrimonio giurisprudenziale della Corte Suprema di Cassazione e del merito: ma occorre chiedersi se ed in quale misura tale patrimonio di conoscenze può essere adottato per istruire un sistema di IA e, soprattutto, quale sia l'*output* desiderato. Se aneliamo ad un sistema che “scriva” le sentenze al posto del “giudice – umano”, come già detto, direi che siamo abbastanza lontani da questo risultato.

Intanto, esiste un problema di qualità e di quantità della base di conoscenze: queste ultime devono essere necessariamente di alta qualità e di una quantità tale da minimizzare su base statistica l'errore da parte dell'algoritmo.

Paradossalmente, gli algoritmi di intelligenza artificiale sono per lo più *open source*, tant'è che il codice del più noto degli algoritmi per l'elaborazione del linguaggio naturale, *BERT* di Google, è disponibile sulla piattaforma *github*, così come analogamente pubblici sono *RAKE* e di *GPT-3* di *Microsoft*. Si tratta di strumenti in grado di apprendere il linguaggio naturale attraverso un'analisi linguistica e sintattica del testo, che porta a far emergere dei metadati riutilizzabili, di ricavarne il “sentiment” (*Text Sentiment Analysis*, detta anche *opinion mining*), di catalogarli in base ad etichette, di ricercare somiglianze con altri testi (*similarities*) e molto altro.

Gli aspetti più problematici sono rappresentati dalla quantità e dalla qualità del materiale per l'apprendimento, proprio perché – come già detto – gli algoritmi imparano ciò che offriamo loro da “studiare”, vale a dire i *dataset*, che sono in realtà il “*carburante della prossima intelligenza*”¹¹.

È vero che il patrimonio normativo è ormai tutto pubblicato su Internet. La farraginosità, tuttavia, delle tecniche legislative nostrane è tuttavia un evidente ostacolo ad una efficace classificazione delle norme: si pensi alle tecniche dei continui rinvii e dei rimbalzi di una norma ad altra od anche ai c.d. *decreti milleproroghe* che potrebbero indurre in errore persino il più elaborato strumento di IA generando falsi positivi per *similarity*.

¹¹ A.F. URICCHIO, G. RICCIO, U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti*, Cacucci, 2020, 347.

Quanto alla giurisprudenza, le complicazioni sono costituite dalla quantità del materiale, non disponibile liberamente e massivamente, e dalla sua qualità, con particolare dal c.d. *rumore*, per tale intendendosi quella parte delle informazioni inesatte o irrilevanti, determinate da strutture di testi non sempre perfettamente leggibili o non conformi ad un “modello” strutturato¹², con la conseguente generazione di *set* di dati che possono indurre l’algoritmo a “memorizzare il rumore” invece di trovare il “segnale”. Per esempio, generano rumore gli strumenti di OCR necessari per ricavare il testo da sentenze o atti processuali scansionati e generano rumore le modalità non univoche adoperate dagli estensori per richiamare altre sentenze o riferimenti normativi. Per non parlare dei documenti recanti correzioni e/o aggiunte a mano. Al pari, può essere senz’altro considerata “rumorosa” quella parte non infrequente delle pronunce di merito che dedica più di una pagina alle ragioni per cui la sentenza viene redatta senza l’esposizione dello svolgimento del processo e con una motivazione succinta, ai sensi dell’art. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. così come novellati dalla l. 69/2009. La collocazione topografica e la lunghezza non trascurabile di tali digressioni, anche per la numerosità delle sentenze in cui esse si trovano ripetute, potrebbe essere infatti ritenuta significativa dall’algoritmo adoperato e condurlo pertanto ad errori grossolani.

In siffatto contesto, l’iniziativa della STO del Consiglio Superiore della Magistratura, affiancata dal Consiglio Nazionale Forense e dal Ministero della Giustizia di proporre dei modelli provvedimentali da offrire ai magistrati attraverso Consolle Magistrato si muove nella prospettiva lungimirante di dare uniformità strutturale ai provvedimenti: il che gioverebbe non poco allo scopo della catalogazione mediante utilizzo dell’IA. Ed a ciò dovrebbe accompagnarsi anche l’applicazione di precise regole sintattiche per i richiami normativi (c.d. *formalizzazione delle citazioni*), sul che mi risulta che siano già stati scritti fiumi di parole.

E siccome l’utilizzo dell’IA nella giustizia può valere anche a fini organizzativi, sarebbe utile una politica di adozione delle informazioni relative alla durata dei processi distinti per codice oggetto e per autorità come *open data*, il che aiuterebbe non poco gli algoritmi nella predizione di tali profili del processo, grazie ai quali assumere decisioni con maggiore consapevolezza.

¹² Non a caso, la ricerca più avanzata sull’intelligenza artificiale applicata alla giustizia è focalizzata sull’utilizzo di linguaggi strutturati come Akoma Ntoso. Presso l’Università di Bologna ha infatti recentemente preso vita il progetto AI4Justice LAB, finalizzato alla ricerca applicata sull’intreccio tra intelligenza artificiale e giustizia, sulle tecniche di analisi dei dati (data analytics), di previsione (predictive AI) e di visualizzazione (legal design).

Si torna a questo punto al problema segnalato in premessa ed in particolare sul che cosa si voglia intendere quando si parla di “giustizia predittiva”. E chiediamoci anche se esitano algoritmi “già addestrati”, a disposizione della tecnologia per venire incontro alle esigenze del giurista italiano, e per quale uso.

Come detto, nel contesto dei *dataset* disponibili in Italia ed alla luce dello “stato dell’arte”, il traguardo da taluni anelato di una predizione in termini di scrittura automatica dei provvedimenti è lontano non poco. L’esperimento condotto nell’ambito del linguaggio comune con l’algoritmo GPT-2 aveva raggiunto risultati ragguardevoli, ma in tal caso va tenuto conto del fatto che il relativo *dataset* era costituito dall’intero *world wide web*.

Più prossimo potrebbe essere il risultato di agevolare la ricerca di precedenti giurisprudenziali, di catalogazione dei testi similari e degli orientamenti giurisprudenziali conformi e contrari, che costituisce alla fine dei conti quanto offrono gli strumenti di AI più in voga nel mercato anglosassone¹³.

Più pericolosa e meno accettabile per la tutela delle libertà individuali risultano invece le applicazioni miranti a previsioni in ambito penalistico, quali *COMPAS Recidivism Algorithm*, sempre più spesso adottato dalle corti statunitensi per prevedere se un soggetto sia più o meno incline alla recidiva ma che ha visto ad esso contrapporsi uno studio di un’organizzazione indipendente americana, la *ProPublica*, che ha dimostrato l’esistenza di un forte bias discriminatorio nei confronti della popolazione di origine afroamericana¹⁴.

Mi piace chiudere questo mio intervento con un aforisma, a dire il vero molto inflazionato, ma che si attaglia perfettamente al tema del machine learning: “I computer sono incredibilmente veloci, accurati e stupidi. Gli uomini sono incredibilmente lenti, inaccurati e intelligenti. L’insieme dei due costituisce una forza incalcolabile”

¹³ Si citano al riguardo Luminance e RossIntelligence.

¹⁴ J. ANGWIN, J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER (2016)

L'algoritmo nel contenzioso giuslavoristico

SOMMARIO: Premessa. – 1. L'algoritmo ed il rapporto di lavoro. – 2. Profili problematici, non solo per il lavoro. – 3. Le prime esperienze giurisprudenziali. – 4. Il contenzioso che ci attende. – 5. Il problema dell'accertamento. – 6. Aspetti tecnici utili (Vincenzo De Lisi). – 7. Torniamo al profilo giuridico. – 8. La prova documentale: le insidie del codice sorgente e l'utilità dei requisiti. – 9. La prova testimoniale e la prova presuntiva. – 10. I poteri d'ufficio. – 11. L'onere della prova. – Conclusioni.

Premessa

La capillare presenza dell'informatica nella società industrializzata in cui viviamo è evidente.

Un incredibile numero di operazioni, che un tempo era svolto dall'uomo, è oggi affidato alle "macchine", appositamente istruite dall'uomo attraverso algoritmi più o meno sofisticati.

E alle "macchine" l'uomo sta insegnando anche a pensare, ad apprendere da sole nel corso del loro lavoro.

L'esempio più immediatamente percepibile di tutto ciò si rinviene nel commercio elettronico: una qualsiasi ricerca su internet si traduce immancabilmente in successive proposte di acquisto, dietro le quali non ci sono persone che analizzano ciò che facciamo, ne estraggono informazioni sui nostri interessi, cercano prodotti che possano soddisfarli, li selezionano e ce li propongono, bensì un sofisticato algoritmo.

Moltissimi passaggi della vita di ogni giorno vedono operare analoghi algoritmi: gli assistenti virtuali come Siri, ehi Google e Alexa; quarantine che filtra le email sospette; Netflix che ci consiglia nuovi film analizzando le nostre scelte precedenti; il correttore automatico di Word o WhatsApp sono soltanto alcuni degli esempi a noi più vicini.

Da tempo sono allo studio esempi ben più eclatanti che sembrano ancora ai confini della fantascienza, ma non lo sono affatto, come i sistemi di guida automatica o la giustizia predittiva.

Tutto ciò è inevitabilmente destinato ad arrivare “sul tavolo” del giudice e richiede uno sforzo consistente per acquisire gli strumenti minimi che consentano di comprendere questa nuova realtà e orientarsi al suo interno nell’attività di accertamento e valutazione richiesta dalla decisione della controversia.

L’obiettivo della presente relazione “integrata” è quello di “accendere i riflettori” sulle ricadute che tutto ciò ha nel lavoro del giudice e, in particolare, sui problemi processuali relativi all’accertamento di come funziona l’algoritmo, suscitando quella consapevolezza delle difficoltà in esso insite che è la premessa indispensabile di un corretto approccio professionale a questa nuova realtà. A tale scopo, al par. 6, Vincenzo De Lisi tratteggia un quadro d’insieme del mondo a cui – per esigenze di sintesi, ma spesso anche per ignoranza – facciamo ormai riferimento parlando di algoritmo, illustrando alcuni concetti informatici fondamentali e fornendo preziose informazioni su come nascono e funzionano gli algoritmi tratte dalla sua esperienza professionale di ingegnere informatico.

Partendo da tali spunti essenziali, nel resto della relazione Daniela Paliaga sviluppa alcune riflessioni destinate a costituire una prima traccia per il giudice del lavoro che si trovi a valutare: l’adeguatezza delle allegazioni e delle prove offerte dalle parti in ordine al funzionamento dell’algoritmo, se e come esercitare i poteri d’ufficio e, infine, l’efficacia probatoria di ciò che è presente in atti al termine dell’istruttoria.

1. L'algoritmo ed il rapporto di lavoro

La sostituzione dell’uomo con sistemi informatici che eseguono algoritmi è ormai una realtà anche nel mondo del lavoro: le aziende se ne servono per produrre, ma anche per gestire tutta una serie di passaggi del rapporto di lavoro. I sistemi informatici sono in grado di raccogliere e archiviare una quantità impressionante di dati anche minimi relativi all’attività lavorativa svolta dal dipendente. Si tratta, ad esempio, del tempo impiegato per svolgere le varie operazioni che compongono la sequenza produttiva con dispositivi elettronici, delle espressioni di gradimento della clientela, di numero e natura degli accessi ad internet di un impiegato, del percorso seguito per raggiungere una certa destinazione dal dipendente munito di geolocalizzatore.....

Con altrettanta facilità essi possono organizzare ed elaborare i dati a loro disposizione – siano stati raccolti da essi stessi oppure messi a loro disposizione dall’esterno – per trarne conclusioni richieste dal datore di lavoro.

L’uso che il datore di lavoro può fare di questi dati e della loro elaborazione è il più disparato: possono servire a premiare e a sanzionare, a scegliere coloro che vanno promossi, a trasferire, a licenziare.

È sufficiente incaricare ad uno o più programmatori di creare appositi algoritmi che affidino al sistema informatico una certa operazione esprimendo con apposito linguaggio di programmazione le istruzioni che esso deve seguire per raggiungere il risultato richiesto.

In tal modo il datore di lavoro chiede alla macchina di fare ciò che un tempo facevano egli stesso o i suoi dipendenti, girando per la fabbrica, osservando i lavoratori e analizzando in modo “umano” i risultati della produzione. L'uso della macchina consente di moltiplicare i passaggi di questo processo di rilevazione, raccolta e elaborazione del dato ed accelerarlo in misura impressionante rispetto a ciò che può fare l'uomo, fosse anche una squadra di persone a ciò dedicata.

Ciò che può fare un software oggi realizza il sogno nascosto di ogni datore di lavoro di esercitare un controllo totale e capillare del dipendente, compiere un'analisi approfondita della sua attività lavorativa e di ogni altro aspetto ritenuto rilevante (anche raccolto su internet e relativo alla vita personale) e prendere le decisioni conseguenti in modo “matematico” e “oggettivo”.

2. Profili problematici, non solo per il lavoro

Se questo sia davvero e sempre un aiuto per l'imprenditore non è scontato.

Il primo rischio generale è che, nella fase decisionale, il datore di lavoro rinunci del tutto alla valutazione «umana» – quella che si giova dell'intuizione e dell'esperienza di chi, per professione, gestisce il personale – e perda così l'opportunità di valorizzare tutta una serie di aspetti che la macchina e i controlli attuati attraverso di essa, seppure certosini, potrebbero non rilevare e che, però, possono essere determinanti per una valutazione completa e utile del lavoratore. Caratteristiche come, ad esempio, la buona relazione con i colleghi, la disponibilità o la capacità di adattarsi possono essere valorizzate in base ai risultati oggettivi soltanto in misura molto modesta, mentre possono essere ben apprezzati da chi abbia voglia di osservare con i propri occhi il comportamento umano.

C'è un secondo grave rischio.

L'idea più diffusa tra i non tecnici è probabilmente che l'algoritmo raggiunge il suo obiettivo molto meglio del cervello umano, non solo perché è incredibilmente più veloce e non ha alcun problema di capienza della sua concentrazione e memoria, ma anche perché è obiettivo e imparziale.

Da tempo, però, i tecnici si sono accorti che anche gli algoritmi sbagliano. Può trattarsi innanzi tutto delle cd. anomalie software, che si hanno quando, per errore tecnico, il codice in produzione (cioè nell'ambiente di esecuzione finale) si comporta in modo diverso da quanto atteso. In tal caso l'impresa, una volta identificato il comportamento errato – cosa che spesso avviene grazie a segna-

lazioni di utenti esterni o interni – mette in atto delle attività di adeguamento del codice per sistemare il problema (cd. manutenzione correttiva). Ma gli algoritmi possono anche essere vittime dei cd. bias (termine inglese per pregiudizi algoritmici), cioè errori sistematici di giudizio o di interpretazione che possono generarsi nel processo di autoapprendimento.

In questo caso non si tratta di un errore software, da malfunzionamento del codice (che si ha ad esempio se un algoritmo disegnato per fare una somma, per errore di scrittura del codice, effettua una sottrazione), ma di errore nelle sue regole.

Nel mondo dell'intelligenza artificiale, in particolare, può trattarsi di errore nel suo addestramento.

Le applicazioni della cd. intelligenza artificiale sono ormai moltissime: andiamo da quelle relativamente semplici della nostra vita quotidiana (ad esempio, il software di Netflix che sceglie cosa suggerirci in base alle scelte precedenti) a quelli molto più complessi (come, ad esempio, i software usati nell'ambito dei programmi spaziali).

Ebbene, in questo contesto è possibile che, nel suo processo di autoapprendimento, l'algoritmo commetta degli errori e cioè generi istruzioni errate, che tradiscono lo scopo affidatogli.

Ciò avviene sulla base dei dati che esso elabora (cd. dataset).

Gli algoritmi di intelligenza artificiale, infatti, sono sistemi di autoapprendimento, con modelli matematici, che si basano sul dato. Le caratteristiche dei dati che vengono forniti possono influenzarlo. Se l'insieme dei dati forniti contiene in sé un pregiudizio razziale, di genere, o di altro tipo, è molto probabile che l'algoritmo si comporti in modo pregiudizievole. In questo caso non è un problema del modello, ma del fatto che ad esso, durante la fase di addestramento o nella sua "vita" successiva, sono stati forniti dati distorti o non completi.

È accaduto, ad esempio, nel campo del riconoscimento facciale – quello usato per sbloccare lo smartphone o sostituire i controlli umani alle frontiere o negli aeroporti – in cui, nel 2018, si è scoperto che tre programmi di importanti aziende tecnologiche incorporavano pregiudizi razziali e di genere e, in particolare, arrivavano ad un errore di riconoscimento delle donne con pelle scura tra il 20 e il 34 %, mentre per gli uomini di pelle bianca l'errore non superava lo 0,8%.

Un esempio emblematico nel mondo del lavoro riguarda il software di recruitment utilizzato da Amazon a partire dal 2014 per analizzare i curricula dei candidati ed automatizzare la procedura di selezione. Il sistema penalizzava le donne in quanto era stato addestrato con dati reali contenenti i CV ricevuti dalla società nei 10 anni precedenti e, trattandosi di ruoli tecnici prevalentemente svolti da uomini, aveva individuato come caratteristica ideale del dipendente Amazon il genere maschile.

La consapevolezza dell'insidia costituita dai bias ha dato sviluppo ad un settore di studi interdisciplinari denominato di "Algorithmic fairness" che ha lo scopo di mitigare gli effetti dei pregiudizi e delle discriminazioni ingiustificate sugli individui che possono insorgere nell'apprendimento automatico attraverso la creazione di modelli di apprendimento in grado di effettuare previsioni corrette. Negli USA a dicembre 2020 un senatore democratico ha proposto il "Algorithmic Fairness Act" volto ad ottenere dalla Federal Trade Commission regole che garantiscano che gli algoritmi vengano utilizzati in modo equo e che coloro che sono interessati dalle loro decisioni siano informati e abbiano l'opportunità di correggerne gli errori.

Il Consiglio d'Europa l'8 aprile 2020 ha emesso una raccomandazione agli stati membri in ordine agli "impatti sui diritti umani dei sistemi algoritmici".

Il 19 febbraio 2020 la Commissione europea ha pubblicato il "Libro bianco sull'intelligenza artificiale", in cui definisce le opzioni strategiche destinate al duplice obiettivo di promuovere l'adozione dell'IA e affrontare i rischi associati a determinati utilizzi di tale tecnologia e il 21 aprile 2021, in attuazione di questo secondo obiettivo, ha pubblicato una "Proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale" destinate a sviluppare un ecosistema di fiducia proponendo un quadro giuridico per un'IA affidabile sull'approccio europeo all'intelligenza artificiale.

Non è detto che il datore sia sempre interessato ad evitare tali errori. Amazon, ad esempio, nel 2015 dismise il sistema informatico di reclutamento del personale sopra menzionato che aveva elaborato il pregiudizio di genere, ma online si può anche leggere, con riferimento al servizio Flex affidato a driver indipendenti, che "Stando agli ex manager, Amazon sapeva che delegare il lavoro alle macchine avrebbe portato a errori, ma ha deciso che era più economico fidarsi degli algoritmi piuttosto che pagare le persone per indagare su consegne errate. Del resto, i driver possono essere sostituiti facilmente".

Di sicuro, però, tutto ciò può integrare un grave pregiudizio per i lavoratori.

L'uso dell'algoritmo per prendere delle decisioni, peraltro, potrebbe anche nascondere comportamenti volutamente scorretti del datore di lavoro il quale, dietro il paravento di un'analisi oggettiva della produzione e di scelte volte ad ottimizzarla, nasconde in realtà analisi e controlli relativi ad altri aspetti e scelte di natura discriminatoria.

Un datore di lavoro che debba porre in essere un licenziamento collettivo, ad esempio, potrebbe essere tentato di infilare nell'algoritmo che sceglie i lavoratori da sacrificare, tra i criteri di legge o concordati anche qualche criterio utile a «bonificare» almeno in parte l'organico aziendale da soggetti meno graditi, ad esempio, per appartenenza al sindacato.

3. Le prime esperienze giurisprudenziali

L'algoritmo è già arrivato sul tavolo del giudice del lavoro in due principali tipologie di controversie.

La più risalente riguarda la procedura di mobilità straordinaria dei docenti dell'anno 2016-2017 attraverso la quale fu data una collocazione definitiva a tutti coloro che erano stati assunti con la procedura straordinaria di assunzione cd. della buona scuola.

I docenti contestavano i risultati della mobilità evidenziando come, nell'attribuzione delle sedi, erano stati preferiti docenti che avevano un punteggio inferiore.

L'illogicità della situazione fece parlare di algoritmo impazzito, ma non era affatto così e, a quanto pare, non si trattava neanche di un bias. Semplicemente l'algoritmo era stato impostato male, indicando come criterio prioritario, vincente anche sul punteggio, il fatto che una certa sede fosse la prima scelta dal candidato.

Più recente, e tutta da esplorare, è la presenza dell'algoritmo nelle controversie con cui i rider affermano la natura subordinata del rapporto che li lega alla piattaforma allegando tutta una serie di comportamenti dell'algoritmo che integrerebbero un puntuale esercizio del potere direttivo, di controllo e sanzionatorio tipici della subordinazione.

4. Il contenzioso che ci attende

La vita reale offre la notizia di svariati altri impieghi dell'algoritmo nel mondo del lavoro che, prima o poi, arriveranno anche nelle aule di giustizia. Secondo alcuni studi statistici il numero di aziende che adottano tecniche di Intelligenza Artificiale è cresciuto del 270% negli ultimi 4 anni (studio Oberlo) e, nel 2019, un'azienda su tre sfruttava l'Intelligenza Artificiale o aveva intenzione di farlo (studio Gartner) .

Amazon è certamente un'impresa che utilizza massicciamente informatica ed algoritmi non soltanto nei rapporti con la clientela, ma anche in ogni passaggio dell'attività lavorativa e nella gestione del rapporto con dipendenti e altri collaboratori.

A marzo 2021 gli autisti di Amazon hanno scioperato per protestare contro i ritmi di lavoro impressi dall'algoritmo che non tengono in alcun conto le situazioni contingenti come, ad es., le condizioni di traffico o climatiche.

Da notizie di stampa provenienti dagli Stati Uniti apprendiamo che è l'algoritmo a scegliere chi viene licenziato da Amazon. Gli algoritmi monitorano ogni aspetto del lavoro dei conducenti – come, ad esempio, il rispetto dei tempi

e delle indicazioni di consegna – analizzano i dati per individuare modelli di prestazioni e poi decidono quali di essi lavorano meglio e quali vanno lasciati a casa. Praticamente non c'è feedback “umano” per i conducenti, i quali ricevono a fine giornata valutazioni sintetiche come fantastico, ottimo, giusto, a rischio e solo occasionalmente e-mail automatizzate.

La pubblica amministrazione, d'altronde, utilizza ormai regolarmente l'algoritmo per automatizzare i procedimenti, in particolare per gestire le procedure concorsuali e ciò è del tutto comprensibile visto l'enorme numero di posizioni coinvolte, soprattutto quando ciò avviene su base nazionale.

Se ne è occupata di recente la giustizia amministrativa in alcune recenti decisioni in materia di diritto di accesso.

Partendo dalla considerazione che la decisione amministrativa algoritmica è comunque una decisione amministrativa – rispetto alla quale deve essere garantita la possibilità del destinatario di verificarne la legittimità e del giudice amministrativo di esercitare il sindacato giurisdizionale con cognizione piena sulla stessa, anche sotto il profilo della sua logicità e ragionevolezza – il giudice amministrativo ha affermato il diritto alla conoscibilità del meccanismo attraverso cui si giunge alla decisione amministrativa, anche quando essa si avvale dell'automazione.

Superando le eccezioni del Ministero dell'Istruzione basate sul pregiudizio che essa avrebbe arrecato alla proprietà intellettuale del software da parte del CINECA (il Consorzio interuniversitario che, sotto il controllo dello stesso Ministero, fornisce beni e servizi informatici a numerosi enti pubblici ed è stato qualificato come controinteressato dalla sentenza n. 30/2020 del Consiglio di Stato) ed alla possibilità di riutilizzare il programma, il TAR Lazio¹ ha dunque disposto l'ostensione del codice sorgente del software utilizzato nel caso di specie per automatizzare alcune fasi di un concorso pubblico per dirigenti scolastici indetto dal Ministero dell'Istruzione.

Di certo l'uso dell'algoritmo da parte del datore di lavoro può di per sé essere fonte di violazione dei diritti del lavoratore sotto vari profili.

Ne abbiamo già i primi esempi in tema di tutela della privacy e di discriminazione.

Sotto il primo profilo è di grande interesse quanto emerso nel corso dell'indagine esperita dall'autorità garante della privacy sull'algoritmo utilizzato da alcune società che gestiscono piattaforme di consegna dei pasti a domicilio e che ha condotto alle ordinanze ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l. del 10 giugno 2021 e di Deliveroo Italy s.r.l. del 22 luglio 2021.

¹ Tra le più recenti Tar Lazio nn. 7370/2020, 7526/2020 e 13692/2020.

Un primo esempio di problematica relativa alla discriminazione attuata attraverso l'algoritmo è costituito, invece, dall'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020 (giudice Chiara Zompi) con cui l'algoritmo utilizzato per gestire le prenotazioni delle sessioni di lavoro da parte dei rider è stato ritenuto discriminatorio.

Difficile escludere, poi, che prima o poi dovremo occuparci della discriminazione realizzata dai bias o dei problemi di trasparenza e controllabilità da parte di lavoratore, sindacato e giudice che derivano dall'uso dell'algoritmo in contesti in cui (come, ad esempio, in caso di licenziamento collettivo o di trasferimento d'azienda) la tutela del lavoratore viene affidata alla procedimentalizzazione del potere datoriale.

La presente relazione si concentra su un aspetto comune a tutte le possibili controversie in cui la decisione dipende, in tutto o in parte, dall'accertamento del se e come ha operato un algoritmo, e cioè il problema di come procedere concretamente a tale accertamento.

5. Il problema dell'accertamento

Qualunque sia l'oggetto della controversia in cui compare l'algoritmo, il giudice del lavoro si trova di fronte ad un problema processuale di carattere generale: come si può accertare come ha funzionato e/o funziona un algoritmo? Tale accertamento richiede competenze tecniche elevate che il giudice di certo non ha.

Lo strumento a cui il giudice solitamente ricorre, nei casi in cui la sua decisione necessita di specifiche competenze tecniche estranee alla sua formazione, è la CTU.

A volte queste competenze non servono soltanto per affrontare il quantum della decisione (ad esempio, per valutare il danno alla salute derivato da un infortunio), ma investono l'intera decisione (ad esempio la natura professionale di una malattia) e vanno dunque spese anche per decidere sull'an della domanda. In questi casi è quantomai opportuno farsi assistere dal CTU sin dall'inizio, come consente l'art. 61 c.p.c., per chiedergli ausilio nelle scelte istruttorie e cioè – una volta risolti i problemi di ammissibilità delle istanze di parte e delle iniziative d'ufficio, che ovviamente sono e restano di esclusiva competenza del giudice – per distinguere le istanze istruttorie utili da quelle inutili e, eventualmente, suggerire quali iniziative d'ufficio possano servire.

Come emerge chiaramente dal par. 6, quando c'è di mezzo l'algoritmo, le cose stanno ben diversamente, in quanto ricorrere al CTU è tutt'altro che facile e risolutivo.

La lacuna delle nostre competenze va dunque affrontata prima e fuori del processo e, vista la diffusione dell'informatica nel mondo del lavoro, ciò va fatto anche con una certa urgenza.

Essendo illusorio pensare di poter recuperare queste conoscenze da soli, tanto più nello spazio limitato dello studio del singolo fascicolo, appare in tutta la sua evidenza l'importanza della formazione e la necessità che essa operi su due fronti: da un lato, offrire un minimo di conoscenze di base di natura informatica e, dall'altro, iniziare a riflettere sull'applicazione delle regole processuali a questo mondo particolare.

Sotto il primo profilo risulta di grande utilità sottoporre all'ing. De Lisi alcuni quesiti di fondo affinché, come si accennava all'inizio, le sue risposte ricostruiscono le linee essenziali di ciò a cui facciamo riferimento parlando di algoritmo e ci consentano di comprendere quali sono i passaggi e i documenti a cui il giudice può fare riferimento per accertare come ciò che continuiamo per comodità a chiamare "l'algoritmo" ha effettivamente funzionato in concreto, ogniqualvolta che ciò sia oggetto di controversia tra le parti.

L'interrogativo di fondo è "di cosa stiamo parlando?" e, in base alle frammentarie informazioni già in nostro possesso, può essere declinato in varie domande più puntuali: cos'è un algoritmo? cos'è un programma? come sono legati tra loro? cos'è e come funziona l'intelligenza artificiale?

6. Aspetti tecnici utili (Vincenzo De Lisi)

Un algoritmo è un insieme di istruzioni in linguaggio comune che devono essere eseguite per risolvere un problema o raggiungere un risultato. Ognuno di noi esegue algoritmi, ad esempio quando cucina.

Perché l'algoritmo funzioni, le istruzioni devono essere eseguite esattamente nell'ordine in cui sono espresse. Alcune di esse sono condizionali e cioè variano a seconda che si realizzi o meno una certa condizione.

L'algoritmo per preparare il tè, ad esempio, contiene le seguenti istruzioni: 1) scalda l'acqua, 2) sistema un filtro in una tazza, 3) versa nella tazza l'acqua calda, 4) lascia in infusione per qualche minuto, 5) aggiungi zucchero, 6) controlla se il tè è abbastanza dolce (regola condizionale): se no ripeti 5), se sì, il tè è pronto.

Un programma non è altro che la traduzione di un algoritmo tramite un linguaggio di programmazione in un cd. codice sorgente, che viene eseguito dal computer. Per poter essere compreso ed eseguito dal computer il codice, composto da istruzioni testuali scritte in un determinato linguaggio di programmazione, può essere direttamente interpretato (generalmente dentro un

browser) oppure richiede un passaggio per renderlo eseguibile, come nel caso degli applicativi che girano sul nostro computer (word, console, chrome, ...). In letteratura esistono diverse centinaia di linguaggi di programmazione, nuovi e vecchi, molti usati per specifici casi d'uso. Un programma commerciale è generalmente composto da diversi componenti (realizzano un'architettura, come in un palazzo). Ogni componente può essere scritta in diversi linguaggi. Per lo sviluppo della soluzione si usano anche parti di codice esterne che si trovano (open source o a pagamento) sotto forma di librerie o framework comuni per semplificare il lavoro di uno sviluppatore, ma si tratta sempre di codice.

Quando si voglia accertare in sede giudiziale “come funziona un algoritmo”, è essenziale avere chiaro che il tema da cui partire non è il codice. Le sue dimensioni e la sua complessità, infatti, renderebbero impossibile il lavoro di analisi.

La via corretta da seguire risulta evidente ove si ricordi che un software è la traduzione di un algoritmo e l'algoritmo è la soluzione ad un problema. Per realizzare un software, dunque, si parte sempre da una fase di raccolta dei cd. “requisiti utente”, che spiegano cosa deve fare il software “lato utente”, e si passa poi alla fase di progettazione in cui si descrive come il software deve implementare il requisito utente.

Senza queste informazioni uno sviluppatore non è in grado di realizzare il software. Lo sviluppatore, infatti, deve sapere cosa il software deve fare. Ciò comporta che, da qualche parte, esiste per forza un supporto documentale in cui, in modo più o meno formale, si trovano tali informazioni cioè i requisiti. Nelle aziende di startup o di piccole dimensioni, formate da sviluppatori che realizzano soluzioni, nella fase iniziale il software potrebbe non avere un adeguato supporto documentale dei requisiti, ma anche in tal caso quest'ultimo diventa indispensabile nelle fasi successive.

Non ci sono regole definite per memorizzare questi requisiti, si può andare da Word o Excel fino a strumenti specifici per la gestione del ciclo di vita del software che permettono di tenere traccia di molte attività, tra le quali i requisiti. Per questo aspetto li possiamo vedere come un database dove memorizziamo i requisiti (che non sono altro che testo).

Come si è accennato, esso presenta varie componenti, alcune delle quali vengono appositamente scritte mentre altre possono essere acquisite già pronte, in quanto scritte da altri, e possono anche essere open source.

Non sono certo tali quelle che si rinvencono negli algoritmi delle grandi aziende come Uber, in quanto tali algoritmi sono il cuore della loro attività e dunque tendono ad essere “proprietary” (detti anche non liberi o closed source), cioè protetti con il copyright.

Accertare come funziona un determinato software non è un'operazione facile, neanche per un tecnico, e ciò per varie ragioni.

Un primo fattore di complicazione nell'accertamento è dato dal fatto che esiste una molteplicità di linguaggi di programmazione (centinaia) e che questi evolvono con grande frenesia, guidati dalle evoluzioni tecnologiche.

È un mondo che cambia ad una velocità enorme.

Molti linguaggi hanno indubbiamente delle similitudini di logica, in quanto appartengono a tipologie di linguaggi simili (linguaggi ad oggetti, relazionali, funzionali, procedurali, ...), ma se si deve affrontare un codice complesso, è importante avere l'esperto di quel determinato linguaggio.

A differenza del mondo dell'impresa tradizionale o della PA – dove il cambiamento tecnologico ha logiche di business e di mercato strutturalmente più lente e troviamo spesso linguaggi con una forte “tradizione” – le moderne start up, peraltro, utilizzano spesso linguaggi di ultima generazione.

Un bravo sviluppatore conosce sicuramente molti linguaggi in base alla sua esperienza o al suo ruolo, ma a causa della vastità delle tecnologie essi sono solo una parte di tutti quelli utilizzabili e concretamente in uso in un determinato momento storico.

Ad esempio, uno sviluppatore bravo nelle interfacce utente (cioè in quello con cui interagiamo in una maschera di un applicativo o una pagina web), in media utilizzerà dei linguaggi diversi da chi è specializzato nelle logiche di business (si intende la logica principale, l'algoritmo) e/o nella gestione dei dati (database, dove posso mettere del codice per la manipolazione di un dato).

Il giudice che debba cercare un CTU per affidargli la lettura del codice sorgente o la ricostruzione dell'algoritmo che sta dietro un programma deve essere ben consapevole della difficoltà di individuare la persona giusta data dal fatto che non esiste un esperto informatico, per quanto bravo, che sappia tutto. Ed in particolare deve essere consapevole che potrebbe essere una strada che non porta a nulla, in quanto le dimensioni e le relazioni tra parti di codice, senza adeguata documentazione a supporto, lo rendono non leggibile.

Ciò è di tutta evidenza quando si pensa ai codici di milioni di righe, solitamente scritti da molti sviluppatori con molti linguaggi di programmazione diversi, ma non è soltanto una questione di numero di righe di codice. Tra i tanti fattori che possono rendere un codice più o meno facile o complesso c'è, ad esempio, la qualità dello sviluppatore, il fatto che questi lo scriva bene, usando “nomi leggibili” e una logica “pulita”.

Il reverse engineering² di un codice complesso potrebbe facilmente richiedere una squadra di tecnici esperti ed un tempo indefinito, oltre ai costi per l'acquisto di strumenti a supporto.

² Che consiste nel processo di analisi di un sistema software esistente, eseguito al fine di crearne una rappresentazione ad alto livello di astrazione.

Un altro motivo di grande complicazione è dato dal fatto che il software è soggetto a continui aggiornamenti.

Il codice viene aggiornato costantemente, per novità, modifiche, correzioni, aggiunte, normative. Ci sono team di sviluppatori sempre attivi. Anche nel nostro caso (Ministero della Giustizia) le aziende che lavorano per noi producono costantemente tanto codice al giorno.

Le aziende strutturate utilizzano dei sistemi di “versioning” del codice che permettono di risalire ad una determinata versione. Anche in questo caso, tuttavia, la questione è complessa perché, come già detto, un software può essere composto da diverse parti, ognuna con un suo percorso di aggiornamento, e di conseguenza di versionamento. Un codice sviluppato da diverse persone insieme segue sicuramente questi meccanismi, ma il loro recupero nell’ambito di un accertamento dipende, come per il resto, dal modello di lavoro adottato dell’azienda.

Ad oggi, in contesti evoluti, è prassi un modello di rilascio del software (cioè l’operazione che si realizza quando una modifica viene portata in produzione) on-demand ed automatico. Questo vuol dire che è possibile trovare diverse modifiche al codice o a sue parti nell’arco di una stessa giornata. Il punto chiave, anche in questo caso, è risalire alla documentazione che spiega il perché di una modifica, cercando di determinare (se necessario) la logica del codice.

Un altro aspetto cruciale nell’ambito del cd. reverse engineering è costituito dall’importanza del dato nel funzionamento dell’algoritmo e deriva dal fatto che, come si è accennato, nel settore che qui interessa l’algoritmo viene solitamente utilizzato per elaborare dati.

Ciò comporta che esso, e di conseguenza il programma realizzato per seguirne le regole, si basa sempre sui dati (input) a disposizione in un determinato momento e può dunque cambiare il suo risultato (output) in ogni momento in base ai dati che riceve.

L’algoritmo di Google Maps, ad esempio, decide il percorso migliore, non solo sulla base della distanza, ma anche in base al traffico presente in quel dato momento.

Si tratta di un aspetto che è essenziale mettere a fuoco quando se ne voglia accertare il funzionamento: ogni algoritmo si comporta in un certo modo in base ai dati che riceve.

Nel mondo dell’intelligenza artificiale (cd. AI), il dato è ancora più importante. Come è stato accennato nella parte introduttiva, nel mondo dell’AI vengono utilizzate molteplici tipologie di algoritmi, semplici e complessi, ma il tema centrale è quello dei dati utilizzati anche ed innanzi tutto per addestrarli. Spesso, in effetti, nelle fasi realizzative di un progetto di AI, la fase di training è prevalente rispetto al tempo di sviluppo dell’algoritmo.

Per addestrare gli algoritmi di intelligenza artificiale, la qualità del dato e la sua completezza anche lato statistico, sono l'elemento vitale, per gestire il rischio del Bias.

Per le ragioni sinora esposte è evidente che, per comprendere il funzionamento dell'algoritmo, non basta avere il suo codice sorgente.

Senza informazioni aggiuntive, il codice è molto difficile da leggere. Se è complesso, è quasi impossibile.

Per capire cosa fa un codice complesso anche uno sviluppatore bravo ha necessità di strumenti e informazioni aggiuntive. Senza un supporto documentale adeguato, che spiega le logiche del codice, il suo comportamento atteso e la sua strutturazione, infatti, l'analisi risulta molto lunga e complessa. Ricordiamo, come già descritto, che un programma software è un insieme di un gran numero di parti di codice che interagiscono tra di loro, che possono essere librerie di classi interne o esterne (open source o commerciali), framework di sviluppo, componenti distribuite su architetture distribuite su diversi sistemi, strati di codice che dialogano con altri software, dove ogni pezzo di codice può essere scritto in uno o più linguaggi di programmazioni, in base alla necessità degli sviluppatori.

Questo rende essenziale focalizzare il lavoro di accertamento dapprima nell'individuare quella determinata parte di algoritmo di interesse, poi nel ricercare la documentazione ad esso associata ed eventualmente anche una porzione di codice e, quindi, nel ricreare il contesto di operatività del software.

Avere la porzione di codice ed i relativi requisiti non basta, perché per far funzionare in autonomia quella singola parte del codice si deve anche ricreare il suo ambiente (software, hardware, database, – relazioni con il resto del codice) ed anche i dati di contesto.

Nel mondo di AI la situazione cambia perché, come descritto nella prima parte, il tema è l'addestramento dei dati ed il modello matematico utilizzato. Il focus primario è sui dati usati per l'addestramento.

Ovviamente, quando si tratta di programmi complessi e l'accertamento riguarda soltanto uno o più passaggi ben definiti, è essenziale limitare l'operazione soltanto a questi ultimi. Ma anche in tal caso l'operazione rimane complessa in quanto il codice sorgente "invoca" altri pezzi di codice e/o ha necessità di dati in input o altre informazioni (ad esempio, per i rider, la posizione del cellulare, i tempi del ristorante, la posizione del destinatario...).

A questo riguardo è essenziale la collaborazione di chi ha creato il software. Costoro, infatti, sono i primi ad avere la necessità di provare il funzionamento delle singole parti di codice e dunque hanno sicuramente un ambiente di prova in cui si possono far "girare" i singoli pezzi di esso, costruendo intorno ad essi tutto ciò che serve per la simulazione.

Per tutte le ragioni esposte, più che sul codice sorgente, è importante focalizzarsi sulle logiche di progettazione ed i requisiti. È in questo ambito che un CTU esperto di progettazione può avere maggiore successo, in quanto le metodologie di progettazione e di definizione dei requisiti, se pur molteplici, hanno dei principi comuni.

Il codice, al limite, può essere usato per integrare la prova fornita dai requisiti, ove essa risulti insufficiente e l'algoritmo non sia troppo complesso. La lettura dei requisiti da parte di un esperto, peraltro, consentirebbe di affinare la ricerca all'interno del codice ed aumentare le sue possibilità di successo.

È quasi impossibile, invece, ricostruire la modalità di funzionamento del software dal solo codice, senza documenti di appoggio.

7. Torniamo al profilo giuridico

I concetti e le informazioni di fondo ora illustrati costituiscono la premessa essenziale per svolgere alcune considerazioni sul tema processuale dell'accertamento di come funziona l'algoritmo.

Per farlo è utile tenere a disposizione un paio di esempi in cui, rispettivamente, il funzionamento dell'algoritmo sia a fondamento della domanda del lavoratore o della difesa del datore di lavoro.

Nel primo caso è facile attingere all'esperienza concreta. Pensiamo alla causa in cui il rider chiede l'accertamento della natura subordinata della collaborazione intercorsa con la piattaforma, allegando specifiche modalità di funzionamento del sistema informatico a cui è perennemente collegato durante il lavoro che gli danno direttive puntualissime su come comportarsi, lo controllano in ogni movimento e gli attribuiscono un punteggio che varia di conseguenza e sostenendo che, in tal modo, la piattaforma (la società che gestisce la piattaforma) esercita su di lui il classico potere direttivo, di controllo e sanzionatorio che caratterizza la subordinazione.

In assenza (ancora) di esperienza personale concreta da spendere per il secondo esempio, immaginiamo invece un datore di lavoro con migliaia di dipendenti che abbia utilizzato un algoritmo per operare il licenziamento collettivo di qualche centinaio di essi e affermi di aver fatto esclusiva e corretta applicazione dei criteri di legge.

Come ben sappiamo, per accertare un fatto il giudice ha a disposizione fondamentalmente tre strumenti probatori: i documenti, la prova testimoniale e le presunzioni. In casi particolari può anche ricorrere all'esperimento giudiziale. Per valutare i risultati della prova, ove servano competenze tecniche specialistiche, può quindi avvalersi di un consulente tecnico d'ufficio.

8. La prova documentale: le insidie del codice sorgente e l'utilità dei requisiti

Secondo quanto spiegato nel par. 6, nelle controversie in cui si discute di algoritmo il documento principe è costituito dal codice sorgente.

Il codice sorgente è l'algoritmo.

Avere nel fascicolo il codice sorgente equivale ad avere in aula la persona che ha concretamente realizzato l'attività da accertare (ad es. colui che ha calcolato il punteggio del rider oppure ha stilato la graduatoria dei licenziandi). Quanto spiegato rende molto chiaro, però, che allo stato dell'arte "leggere" direttamente il codice sorgente è una impresa pressoché impossibile nell'ambito di un processo civile e comunque una strada alquanto impervia, in assenza di adeguata documentazione a supporto.

Per fortuna, è poco probabile che il datore di lavoro produca spontaneamente il codice sorgente e ciò per vari motivi: perché sa che vi è la prova che il lavoratore ha ragione, perché non è di sua proprietà o teme che se ne approfitti la concorrenza o, semplicemente perché il suo avvocato non ci ha pensato o non sa come fare esattamente.

Non si può escludere, tuttavia, che un datore di lavoro decida di produrlo, voglia essere davvero collaborativo o solo apparire tale.

Se ciò accadesse, quanto appreso sotto il profilo tecnico rende comunque essenziale nominare subito un CTU, al quale spiegare che cosa dobbiamo accertare e chiedere se ciò che è stato offerto dal datore di lavoro è idoneo e sufficiente a consentire l'accertamento e se, dunque, egli è in grado di portare a compimento l'incarico.

La risposta dipenderà fondamentalmente da due fattori: quanto sia "facile" capire cosa deve fare il software e quanta collaborazione offra il datore di lavoro.

Come si è visto, non esistono standard per stabilire se l'algoritmo è "facile". Dipende certamente dalle dimensioni – che vanno da poche righe a milioni – e anche da come è stato scritto.

La collaborazione richiesta al datore di lavoro che ha utilizzato l'algoritmo consiste nella descrizione chiara e precisa del comportamento del suo algoritmo in base al contesto di interesse e cioè ai dati che esso utilizza e, a seconda della complessità del software, può ricomprendere anche la messa a disposizione degli ambienti di prova e di tutto ciò che serve per far "girare" i singoli pezzi di codice. I limitati mezzi del processo civile, infatti, non sono certo in grado di replicare un tale contesto e dunque, senza la collaborazione dell'azienda, verifiche e simulazioni non sono possibili.

Come sopra evidenziato, non è possibile trovare un CTU che conosce tutti i linguaggi di programmazione esistenti, ma sicuramente un bravo CTU, con

competenze di progettazione e tematiche di ingegneria del software, è in grado di aiutare il giudice nel muoversi tra queste problematiche per focalizzare dove e cosa cercare o chiedere. Per tematiche ed argomenti puntuali, potrà essere necessario un ulteriore supporto di specialisti su determinate materie (es. AI) o linguaggi.

Di certo il CTU dovrebbe avere una laurea in informatica o comunque una forte specializzazione e potrebbe non bastarne uno solo. La ricerca dovrebbe avvenire per passa parola e facendo riferimento a canali esterni al mondo giudiziario, perché allo stato non esiste un "albo" di esperti software.

Anche formulare il quesito non sarebbe facile. Probabilmente converrebbe farsi aiutare dallo stesso CTU, spiegandogli l'obiettivo del suo coinvolgimento e cioè l'oggetto dell'accertamento che deve compiere.

I problemi sinora evidenziati sarebbero gli stessi ove fosse il lavoratore a chiedere l'esibizione del codice sorgente.

In tal caso, tutte le considerazioni che precedono impongono di ponderare bene la decisione istruttoria.

Sembra quanto mai opportuno, ma in realtà è indispensabile, che il giudice approfondisca innanzi tutto le caratteristiche del codice attraverso l'interrogatorio delle parti e che lo faccia con l'assistenza di un CTU.

Solo in tal modo, in particolare con le informazioni tecniche che il datore gli può fornire ove decida di essere collaborativo, è possibile acquisire elementi che consentano di comprendere se sussiste la concreta possibilità di utilizzare il codice ai fini dell'accertamento o se, come già evidenziato, la sua acquisizione rischia di rimanere fine a sé stessa.

Il datore di lavoro potrebbe opporre alla richiesta di esibizione ostacoli legati alla proprietà intellettuale del software ed alla sua segretezza, così impegnando il giudice su un altro fronte giuridico.

Una tale difesa da parte di una pubblica amministrazione dovrebbe essere valutata anche alla luce del diritto di accesso e dei principi di diritto affermati dalla citata giurisprudenza amministrativa in merito all'ostensione dell'algoritmo.

In ambito privato, in cui non esiste un diritto di accesso del lavoratore ai documenti aziendali con cui l'ordine di esibizione possa confrontarsi, tali questioni sono comunque destinate a rimanere prive di grande rilevanza pratica a causa dell'assenza di effettivi strumenti sanzionatori e/o coercitivi per la mancata esibizione e della debolezza dell'unico rimedio a disposizione, costituito dalla possibilità del giudice di trarre meri argomenti di prova.

Le chance di una produzione in giudizio del codice sorgente, dunque, dipendono comunque dalla volontà del datore di lavoro.

Non risulta che finora un codice sorgente sia mai stato prodotto in un giudizio ed è verosimile che ciò non accadrà tanto facilmente.

L'accertamento istruttorio è dunque destinato a svolgersi spesso in altro modo. Grazie a quanto spiegato al par. 6, innanzitutto, il codice sorgente non è l'unico documento esistente.

Ne esiste un altro altrettanto importante costituito dal documento che contiene i requisiti o logiche, cioè le istruzioni che sono state date allo sviluppatore del programma e da costui tradotte nel codice sorgente, utilizzando uno o più linguaggi di programmazione.

L'utilità probatoria dei requisiti è data dal fatto che lo sviluppatore non può modificare le istruzioni e dunque possiamo presumere che il codice sorgente sia conforme alle istruzioni.

L'esistenza di un documento è ovvia, si è visto, essendo di fatto impossibile che le istruzioni di software più o meno complessi siano state impartite solo oralmente.

Un documento da qualche parte deve esistere, insomma.

Il datore di lavoro potrebbe produrlo oppure potrebbe essere il lavoratore a chiederne l'esibizione.

Se la collaborazione del datore di lavoro conduce un tale documento all'interno del fascicolo processuale, l'accertamento istruttorio dei requisiti, cioè di quali sono le istruzioni fornite allo sviluppatore, ci riporta sul terreno più familiare della valenza probatoria del documento in cui essi siano contenuti.

Potrebbe trattarsi di documento avente tutte le caratteristiche per provare da solo il suo contenuto, ad esempio il contratto scritto – firmato e registrato – tra committente e programmatore esterno alla sua organizzazione aziendale che contenga appunto le indicazioni da sviluppare. Se così fosse, potremmo probabilmente fare a meno di ogni altro accertamento.

Non è detto, tuttavia, che le istruzioni abbiano una tale veste documentale: chi le impartisce allo sviluppatore, in quel momento, non si preoccupa di doverle successivamente dimostrare in giudizio e magari potrebbe anche non avere alcun interesse a farlo.

In tal caso, non diversamente da quanto accade ogni volta che viene prodotto un qualche documento che non ha una forza probatoria autonoma, sarà necessario che la sua autenticità venga confermata in sede testimoniale e dunque che il giudice acquisisca la dichiarazione giurata di chi possa affermare che, effettivamente, quelle contenute nel documento sottopostogli sono le istruzioni date allo sviluppatore.

In questi casi il teste ideale è ovviamente il programmatore stesso, il quale dichiara che il programma è il frutto della fedele traduzione da parte sua di quelle istruzioni in linguaggio di programmazione. Per i software di grandi dimensioni, spesso affidati ad un gran numero di sviluppatori che operano in giro per il mondo, ciò potrebbe però rivelarsi irrealizzabile.

Probabilmente potrebbe essere un teste adeguato anche chi ha consegnato allo sviluppatore il documento contenente le istruzioni, le abbia o meno redatte lui, purché sia in grado di riconoscere nel documento sottopostogli quello originale.

In ogni caso, anche la presenza dei requisiti in atti rende quanto mai opportuna l'assistenza di uno o più CTU.

Essi, infatti, sono scritti in linguaggio tecnico e sono tanto più complessi quanto lo è il software. Sarebbe dunque pericoloso per il giudice avventurarsi da solo nella loro analisi ed interpretazione.

Il profilo documentale contiene un'altra insidia.

È intuitivo, infatti, il serio problema per l'accertamento giudiziale del contenuto dell'algoritmo rappresentato dal fatto che il software è soggetto a continui aggiornamenti.

Man mano che passa il tempo, l'algoritmo si discosta sempre più dalle istruzioni originarie. Ottenere la prova di queste ultime, dunque, non è affatto sufficiente. È anche necessario accertare che le istruzioni relative alla parte che interessa non siano state modificate o venire in possesso di quelle successive ad essa relative, "inseguendo" gli atti scritti in cui esse sono contenute.

Il problema sussiste ovviamente anche per il codice sorgente.

Se mai venisse prodotto, dunque, sarebbe essenziale poter verificare che si tratti proprio della versione in uso nel momento a cui si riferisce l'accertamento. Recuperarla non è affatto facile, tuttavia, essendo di fatto possibile soltanto se l'azienda ne conserva traccia nel cd. versioning di cui si è fatto cenno. In entrambi i casi, raggiungere questo risultato è tanto più difficile quanto più complessi sono l'algoritmo e tutto il software.

9. La prova testimoniale e la prova presuntiva

È altamente probabile – si è già detto più volte – che, nella maggior parte dei casi, in atti non sia presente alcun documento idoneo a dimostrare direttamente come funziona l'algoritmo – né il codice sorgente, né i requisiti – e che le parti si affidino interamente alla prova testimoniale.

I limiti di questo mezzo istruttorio sono evidenti.

L'algoritmo sostituisce la persona nelle operazioni che gli sono affidate.

L'unico "soggetto" che potrebbe essere "interrogato" sul contenuto di queste ultime è dunque l'algoritmo stesso, andando a recuperare la sua "memoria" di ciò che interessano il giudizio. Non esistono persone che possano riferire direttamente come esso ha concretamente operato, se non avendo la possibilità e la competenza per andare a "leggere" il codice sorgente.

Al momento, le cause dei rider sono la principale palestra in cui possiamo verificare potenzialità e limiti della prova testimoniale.

In tali cause entrambe le parti articolano capitoli di prova sul funzionamento del software indicando come testati soggetti che non lo hanno sviluppato, né hanno mai visto i requisiti: altri rider e dipendenti con varie funzioni aziendali.

Costoro non sono in grado di dire per esperienza personale come ha funzionato in concreto il software nelle occasioni che interessano la decisione, né come funziona in generale.

Essi possono solo riferire ciò che è stato detto loro da altri oppure ciò che hanno dedotto dalla loro personale esperienza concreta degli effetti dell'operatività del software.

Nel primo caso la loro deposizione appare pressoché inutile. Se il teste non è né il programmatore, né colui che ha redatto e consegnato i requisiti, infatti, quando dichiara che l'algoritmo funziona in un certo modo, offre di fatto mere valutazioni sintetiche che non sa spiegare se non *de relato*, perché non è in grado di aggiungere i dettagli di fatto su cui esse si fondano.

Nella seconda ipotesi il risultato della prova testimoniale ha maggiori chance di essere utile al giudice, in quanto può offrire elementi idonei a fondare un ragionamento presuntivo.

Il teste che ha subito o gestito i risultati dell'attività svolta dal software, in effetti, può fornire al giudice fatti che gli consentano di giungere in termini presuntivi ad una certa conclusione sulla modalità di funzionamento dell'algoritmo. Se, ad esempio, i testi del rider ricorrente riferiscono in modo convincente – magari anche con l'ausilio di qualche screenshot della loro app – di un certo numero di occasioni in cui, dopo aver omesso di connettersi per qualche giorno, hanno visto che il loro punteggio è sceso, il giudice può presumere che effettivamente l'algoritmo ricollega una decurtazione del punteggio alla mancata connessione. Analogamente è a dirsi per i dipendenti della piattaforma che abbiano accesso ai dati relativi all'attività del singolo rider e ai relativi punteggi e possano affermare di aver concretamente verificato che invece, nei giorni successivi alle mancate connessioni, il punteggio era lo stesso che in precedenza.

È il ragionamento presuntivo, al momento, lo strumento probatorio su cui verosimilmente il giudice può fare maggiormente conto.

Ove venga puntualmente provato per testi e/o documenti – o, eventualmente, non sia contestato – che in un certo ambito si verifica sempre un certo fatto che presuppone una determinata logica, in effetti, si può iniziare a presumere l'esistenza di una regola corrispondente. Così, nell'esempio del licenziamento collettivo attuato con algoritmo, se venisse provato che i dipendenti licenziati erano tutti senza figli, mentre i "salvati" li avevano, si potrebbe forse iniziare a presumere che l'algoritmo ha davvero utilizzato il criterio dei carichi di famiglia.

È tuttavia essenziale che i fatti offerti al giudice per risalire presuntivamente al funzionamento dell'algoritmo siano adeguatamente provati e che il ragionamento presuntivo segua una logica stringente.

Sotto il primo profilo non sembra sufficiente che il teste che aveva accesso ai dati concernenti i rider affermi di aver verificato che il punteggio non variava, essendo necessario che vengano documentati i dati a cui si riferisce ed il giudice possa così verificarli ed analizzarli direttamente.

Sotto il secondo profilo, è necessario che i dati forniti siano tutti quelli relativi al periodo dedotto in giudizio e che, in presenza di una qualsiasi incertezza o incompletezza, il ragionamento non si fermi alla verifica del singolo criterio controverso, ma venga esteso a tutti i criteri che incidono sull'attribuzione del punteggio.

10. I poteri d'ufficio

È probabile che spesso le prove offerte dalle parti non risultino adeguate, mancando sia prove dirette del funzionamento dell'algoritmo (codice sorgente e requisiti), sia la prova di fatti idonei ad integrare indizi gravi, precisi e concordanti del fatto che esso funziona così come affermato dall'una o dall'altra parte. Il problema è lo stesso ove il datore di lavoro produca un codice sorgente di milioni di righe, scaricando sul giudice l'onere di ricercare al suo interno la prova delle sue allegazioni.

In questi casi al giudice non resta che ricorrere agli strumenti messi a sua disposizione dall'ordinamento per risolvere analoghe situazioni: la generale regola sulla ripartizione dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. e prima ancora, nel processo del lavoro, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio.

Ove sussistano i presupposti individuati dalla giurisprudenza perché il giudice possa fare ricorso a questi ultimi³ e dagli atti o dall'interrogatorio di parte convenuta abbia tratto spunti per individuare il documento che contiene i requisiti e chi può adeguatamente confermarlo in via testimoniale⁴, il giudice potrebbe anche disporre d'ufficio l'esibizione di tale documento e la relativa prova testimoniale.

Teoricamente il giudice potrebbe anche ordinare l'esibizione del codice sorgente. Le considerazioni sopra svolte in ordine alla difficoltà di leggere tale

³ E dunque, in particolare, esista già in atti una cd. *semiplena probatio* che ne esclude il carattere meramente esplorativo.

⁴ Il che significa che, senza la collaborazione della parte convenuta, di fatto questi poteri d'ufficio non possono essere esercitati.

documento informatico, tuttavia, suggeriscono di essere estremamente prudenti nel varcare una soglia che potrebbe condurre in un vicolo cieco. Meglio dunque evitare di farlo, a meno che gli altri elementi in atti non consentano di accertare l'esistenza di tutte le condizioni già accennate che ne consentono l'utilizzo. Anche in questo caso, sarebbe quanto mai opportuno farsi assistere sin dall'inizio da un CTU che aiuti a compiere una tale valutazione.

Sicuramente il margine di approfondimento istruttorio d'ufficio è più ampio in relazione ai tanti fatti che possono fondare un ragionamento presuntivo. A fronte di prove testimoniali insufficienti sui criteri di attribuzione del punteggio al rider, ad esempio, il giudice potrebbe disporre la produzione dei dati relativi alle specifiche variazioni subite dal punteggio del ricorrente ed alle sue connessioni in un certo periodo e, ove essi vengano contestati dagli interessati, acquisire una prova testimoniale in ordine alla loro genuinità.

11. L'onere della prova

In mancanza di una *semiplena probatio* e/o di una pista probatoria da seguire, al giudice non rimane che applicare la regola sull'onere della prova.

Neanch'essa risulta di facile applicazione in questi casi.

Lo strumento principe per dimostrare come funziona l'algoritmo, infatti, è dato dall'algoritmo stesso il quale, come si è visto, si trova espresso, in linguaggio comune, nei requisiti e, in linguaggio di programmazione, nel codice sorgente. Requisiti e codice sorgente, tuttavia, sono in possesso del solo datore di lavoro. Ove l'applicazione dell'ordinaria regola di cui all'art. 2697 c.c. accolti l'onere probatorio al datore di lavoro, il discorso è agevole.

Se il datore ha deciso di usare algoritmi e poi non riesce a dare la prova a suo carico di come essi funzionano, il fatto che perda la causa rientra nell'ordine delle cose. Aveva l'onere di provare e tutti gli strumenti per farlo: *imputet sibi*. Il discorso diventa problematico, però, quando l'onere della prova grava sul lavoratore.

Sappiamo che l'onere della prova, a volte, è “crucele” – è capitato a tutti di dare torto ad una parte intuendo che aveva ragione, ma non è riuscita a provarlo – e che tale esito è un male inevitabile.

Ciò vale, tuttavia, soltanto quando le parti sono alla pari, quando cioè hanno lo stesso rapporto con ciò che va provato.

Far pagare le conseguenze della mancanza di prova o della sua insufficienza a chi non ha e non ha mai avuto in mano gli strumenti per offrirla, invece, cozza contro la logica e il più elementare senso di giustizia.

Il problema si pone con una certa frequenza nelle cause di lavoro.

Spesso il lavoratore subisce gli effetti di decisioni e vicende aziendali che si concretizzano senza alcun suo coinvolgimento e sono anche al di fuori della sua sfera di conoscibilità, come ad esempio il trasferimento o il licenziamento per GMO oppure i mutamenti organizzativi aziendali da cui derivano cambiamenti di orario o delle modalità lavorative.

In tutti questi casi il lavoratore è in difficoltà a fornire la prova delle vicende che, di fatto, sono a fondamento della sua domanda e un'applicazione rigorosa della regola di cui all'art. 2697 risulta ingiusta e vessatoria.

In alcune situazioni il legislatore, consapevole di ciò, è direttamente intervenuto sull'onere probatorio come, ad esempio, in materia di licenziamento con l'art. 5 l. 604/1966.

In altri casi è la giurisprudenza che accolla al datore di lavoro l'onere della prova, ad esempio delle ragioni tecniche, organizzative e produttive che ai sensi dell'art. 2103 c.c. giustificano il trasferimento o del fatto che l'organico aziendale non integra il requisito dimensionale di cui all'art. 18.

Alcuni di questi orientamenti giurisprudenziali fanno espresso riferimento ad un aspetto che già dal 1800 è oggetto di riflessione giuridica e in alcuni ordinamenti è stato addirittura valorizzato a livello normativo: la vicinanza della prova⁵.

Nell'ordinamento italiano essa costituisce ormai l'oggetto di un vero e proprio principio⁶ – variamente utilizzato anche nelle controversie di lavoro⁷ e ricondotto all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio⁸ – secondo il quale, quando un certo fatto sia esclusivamente (o quasi) nella disponibilità materiale di una parte diversa da quella che ha l'onere di fornirla in base alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c., l'onere probatorio e le conseguenze del suo mancato assolvimento vanno posti a carico di chi ha tale disponibilità.

A parere di chi scrive, è proprio il principio di vicinanza (o riferibilità) della prova che, nelle cause in cui la decisione dipende dal funzionamento dell'algoritmo, potrebbe offrire al giudice un serio ausilio per integrare e temperare gli effetti di un'applicazione troppo meccanica e rigida della regola di cui all'art. 2697 c.c.

⁵ Per un approfondimento del tema si rinvia a "La vicinanza della prova" di Chiara Besso in riv. dir. proc. 2015 p. 1383 e ss.

⁶ La sentenza che lo ha consacrato viene individuata in S.U. n. 13533/2001 che ha sancito che l'onere del debitore di provare l'adempimento opera non solo a fronte della domanda del creditore di adempimento, ma anche di risoluzione e di risarcimento del danno.

⁷ Si vedano, in relazione al requisito dimensionale, S.U. n. 141/2006 e tutte le successive conformi; in tema di prova dell'incremento della produttività aziendale ai fini della corresponsione di un premio Cass. n. 20484/2008; in tema di discriminazione Cass. n. 5476/2021.

Farne uso nelle controversie in cui si parla di algoritmo, ovviamente, non significa stabilire in modo semplicistico che, in tali cause, qualunque sia l'allegazione in ordine a come esso funziona compiuta dal lavoratore onerato della prova, è il datore di lavoro che deve dimostrare il contrario.

Il ricorso a tale principio, infatti, richiede comunque un'attenta valutazione caso per caso che faccia continuo riferimento alla sua *ratio*, che è quella di esonerare la parte onerata ai sensi dell'art. 2697 c.c. dalle conseguenze della mancanza o insufficienza della prova necessaria quando – e solo quando – essa non è nella sua disponibilità, bensì in quella della controparte.

Ciò implica che la parte onerata della prova di un determinato fatto posto a fondamento della sua difesa è comunque tenuta ad offrire ogni prova dello stesso che sia a sua disposizione e può avvantaggiarsi del suddetto principio soltanto a due condizioni: a) se lo ha fatto e quanto così offerto non risulta sufficiente e b) se l'unica prova che potrebbe colmare l'incertezza istruttoria non è in suo possesso, bensì esclusivamente (o quasi) nella disponibilità materiale dell'altra parte.

È per tale motivo che la giurisprudenza esclude l'applicabilità del principio di vicinanza della prova in ambito di lavoro pubblico in relazione a documenti in possesso della sola amministrazione quando "l'interessato abbia la possibilità, secondo le regole di cui al diritto di accesso agli atti della P.A. o eventualmente sulla base degli strumenti processuali a tal fine predisposti dall'ordinamento, di acquisire la documentazione necessaria a suffragare le proprie ragioni"⁸.

Riprendendo l'esempio della controversia promossa dal rider, sembra corretto ritenere che quest'ultimo non può limitarsi ad affermare che l'algoritmo penalizza l'irregolarità della sua connessione (così vanificando la libertà di non connettersi formalmente attribuitagli e brandita dall'azienda per dimostrare la natura autonoma della collaborazione) e a far valere il fatto, ovvio, che l'algoritmo con cui potrebbe dimostrarlo non è in suo possesso per invocare l'onere della piattaforma di dimostrare che, in realtà, non è così.

In questi casi il rider deve comunque illustrare al giudice il ragionamento presuntivo da cui scaturisce la sua affermazione, allegando e provando i fatti che ne sono il fondamento come, ad esempio, il fatto che in ripetute occasioni alla mancanza di connessione per uno o più giorni ha fatto concretamente seguito una riduzione del punteggio.

L'effetto del principio di vicinanza della prova si coglie ove il giudice non dovesse ritenere sufficienti gli elementi offerti dal ricorrente – ad esempio perché la prova del punteggio iniziale, delle sue successive variazioni e delle occasioni in cui non si è connesso riguarda un numero non significativo di occasioni – e

⁸ Così Cass. n. 12490/2020

in atti non vi fossero elementi sufficienti per ritenere provata neanche l'opposta tesi di parte convenuta.

La mera applicazione dell'art. 2697 c.c., infatti, condurrebbe a ritenere non provato quel certo fatto.

Facendo applicazione del principio di vicinanza della prova, invece, il giudice può valorizzare il fatto che il ricorrente non è in grado di offrire altro al riguardo e che la prova mancante è data dal codice sorgente e dai requisiti, che sono in possesso della piattaforma, e può dunque porre a carico di quest'ultima le conseguenze dell'incertezza istruttoria, ritenendo provato il fatto allegato dal ricorrente sebbene non compiutamente provato dal medesimo.

Conclusioni

Giunti al termine, si sente l'esigenza di sottolineare che, come precisato all'inizio, la presente relazione ha un carattere meramente introduttivo rispetto ad un tema che impegna il giudice – ogni giudice, non solo quello del lavoro – su un fronte nuovo e complesso.

Per tale motivo, ci vengono richiesti grande lucidità nel realizzare le difficoltà tecniche che esso presenta ed un conseguente particolare sforzo di aggiornamento, anche in discipline estranee alla nostra professionalità.

Soltanto l'esperienza concreta dei prossimi anni consentirà di comprendere se i problemi sollevati in questa relazione siano più o meno effettivi e di mettere a punto soluzioni corrette, utilizzando al meglio gli strumenti offerti dal diritto processuale.

La sfida riguarda tutti: si tratta di scrivere una nuova pagina del diritto processuale del lavoro e tutti sono chiamati a dare il loro contributo.

Giustizia predittiva e Giurisdizione civile. Primi appunti

SOMMARIO: Introduzione. – 1. I progressi applicativi dell'intelligenza artificiale. – 1.1- Il punto su interessi e investimenti. – 2. Le IA e il processo decisionale del giudice. – 2.1. Differenza tra ragionamento algoritmico e giuridico. – 3. L'impiego delle tecnologie per il miglioramento della Giustizia.

Introduzione

Nella letteratura su AI e diritto è frequente la citazione di un passo di uno scritto del 1963 del giurista americano Reed C. Lawlor: *“Verrà un giorno in cui si sarà in grado di inserire un insieme di dati in una macchina che ha al suo interno precedenti, regole di diritto e regole di ragionamento e in cui la macchina sarà capace di offrire, passo dopo passo, il ragionamento attraverso il quale si può essere in grado di arrivare a una decisione. Noi potremo studiarlo e decidere se la macchina ha proposto qualcosa di giusto o di sbagliato”*.

Oggi (2021) può dirsi che quel giorno sembra ancora lontano. Scorrendo la letteratura in materia, leggiamo piuttosto che *“Vi è un consenso tra gli osservatori e studiosi più autorevoli sul fatto che le macchine fino ad oggi create, per quanto molto migliorate, non possano essere considerate realmente intelligenti, che i loro meccanismi cognitivi sono estremamente poveri rispetto a quelli umani e che il loro funzionamento consente di accumulare esperienza, senza che ciò significhi comprensione”*; che, inoltre, *“l'influenza dell'IA sul diritto nel breve tempo è sovrastimata”*, e che, allo stato, *“non vi è alcuna reale applicazione di tecnologie di intelligenza artificiale”* in campo giudiziario¹.

A dispetto di ciò, molta letteratura in materia di giustizia predittiva si muove nella prima prospettiva, utopica (o, per qualcuno, distopica), immaginando che robot umanoidi in grado di sostituire in tutto e per tutto i giudici umani siano già a portata di mano e che sia un problema politico attuale quello di accettare tale

¹ A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Mondadori, Milano, 2020, rispettivamente a p. 8, 60, 90.

prospettiva di sostituzione oppure contrastarla radicalmente o ancora prospettare qualche soluzione intermedia.

Viceversa, meno ricca è la riflessione critica sulle esperienze effettivamente realizzate e sulle prospettive di concreta attuazione dei programmi di utilizzo di AI in campo giuridico. A tale proposito, è noto che l'offerta di servizi di *Legal-Tech* è in tumultuosa crescita in tutto il mondo² (un po' meno in Italia³), spesso per iniziativa di start-up innovative e con destinazione prevalente alla domanda degli studi legali⁴.

In questa più limitata prospettiva, si fa riferimento, prevalentemente, a programmi che consentono di facilitare l'analisi massiva di documenti o la ricerca di precedenti giudiziari o la redazione di atti standardizzati⁵. In tale contesto, si può parlare propriamente di giustizia predittiva con riferimento a situazioni in cui il completo esame di precedenti fornisce una previsione altamente probabile di come la controversia sarebbe decisa da un giudice umano (o da un *determinato* giudice umano) o del livello di rischio che una determinata condotta presenta rispetto alla possibile inflizione di sanzioni legali e che un determinato testo negoziale presenta rispetto a possibili invalidità.

1. I progressi applicativi dell'intelligenza artificiale

Così impostata la questione, la giustizia predittiva sembra essere uno strumento appropriato per la rapida soluzione di questioni altamente standardizzate

² Il fatturato dei servizi *LegalTech* negli Stati Uniti è stimato, per il 2021 (cfr. T. ALSOP, *Legal tech market revenue 2019-2025, by business type*, in *Statista*, Jan. 26, 2021), in circa 18 md. \$, con prospettiva di ulteriore crescita a due cifre negli anni a venire (si noti però che queste cifre corrispondono a solo il 2,5% del fatturato complessivo del settore dei servizi legali negli USA).

In altri paesi si sottolinea l'esistenza di un grande mercato potenziale, ancora sfruttato solo in piccola parte (cfr. B. EDWARDS, *UK legaltech sector sitting on untapped £22bn annual market opportunities, report finds*, in *The Global Legal Post*, 15 Jul. 2021).

Ad oggi, si afferma però, in generale, che "le molte applicazioni della AI nel diritto civile non sono ancora pronte per un utilizzo diffuso" [F. PASQUALE (2021), *Le nuove leggi della robotica. Difendere la competenza umana nell'era dell'intelligenza artificiale* (trad.it.), Luiss University Press, Roma, 2021, 48].

³ Cfr. C. MORELLI, *Legal tech Italia: avanti piano, nel mercato e nelle law firm*, in *Altalex*, 25.05.2020.

⁴ Cfr. A. GARAPON – J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale* [2018], trad. it., Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 84, 92, secondo cui l'introduzione delle tecnologie digitali in campo giuridico costituisce affermazione di logiche capitalistiche nel settore delle professioni legali.

⁵ Cfr., p.e., M.E. KAUFFMANN – M. NEGRI SOARES, *AI in legal services: new trends in AI-enabled legal services*, in *Service Oriented Computing and Applications*, 2020, 223 ss.

nella prassi giurisprudenziale (p.e. emissione di decreti ingiuntivi e loro esecutorietà, determinazione dell'ammontare dell'assegno di mantenimento in una separazione coniugale, liquidazione del danno sulla base di criteri tabellari ecc.). È una prospettiva, questa, che ha trovato anche concretezza in talune esperienze giudiziarie, seppur circoscritte, come quella canadese del *Civil Resolution Tribunal*. In questo caso, l'automazione della decisione, istituzionalizzata all'interno del circuito della giurisdizione, è volta alla massimizzazione dell'obiettivo conciliativo (c.d. *cyber ODR*) in materie – separazione personale, divorzio, successioni, divisioni immobiliari nelle quali è possibile creare degli algoritmi, in base a criteri di efficienza, al fine di favorire l'assegnazione di beni, piuttosto che di diritti, così da comporre un contesto nel quale le parti potranno poi raggiungere, esse stesse, punti di accordi *step by step*.

Un altro filone applicativo, tutto interno alla professione forense, è quello relativo alla valutazione della probabilità di successo di una certa causa e alla selezione in concreto degli argomenti preferiti da un certo giudice, ecc. (si fanno diversi esempi di strumenti di AI già in opera in tal senso).

Lo studio del mercato dei servizi di *Legal Tech* e delle sue prospettive di evoluzione – in un contesto che, allo stato, è privo di una regolazione specifica – sarebbe di grandissimo interesse, ma non costituirà specifico oggetto delle presenti note. In esse ci si soffermerà invece sulla prospettiva “utopica” della costruzione di agenti intelligenti in grado di svolgere per intero i ragionamenti che sono normalmente richiesti al giurista umano.

In queste riflessioni si dovrà muovere dall'assunto che, allo stato, la disponibilità di agenti artificiali intelligenti in grado di svolgere l'intera gamma di ragionamenti richiesti nell'esperienza applicativa del diritto è molto lontana dalla realtà. Anzi, se si rimane fermi all'idea che la giustizia predittiva si realizzi solo mediante l'impiego di criteri di inferenza statistica, la stessa sembrerebbe priva di utilità, se intesa come strumento atto ad affrontare casi nuovi, o costituenti oggetto di valutazioni contrastanti in giurisprudenza, o comunque complessi⁶.

Si deve ribadire che l'attuale livello di esperienza è lontanissimo da quest'ultimo risultato. Lo è perfino nella costruzione e configurazione delle banche-dati su cui dovrebbe esercitarsi l'azione dell'agente intelligente. Lo è ancor più sulla configurazione di programmi intelligenti che non mirino solo a raccogliere precedenti, ma siano incentrati sulla individuazione delle *rationes decidendi* sottostanti alle decisioni giudiziarie, su un piano non solo retrospettivo ma anche potenziale. Siamo oggi lontanissimi da programmi intelligenti che siano in grado

⁶ C'è chi conclude drasticamente che “la *legaltech* rifugge qualsiasi dimensione interpretativa, per conservare unicamente la propria dimensione predittiva” (A. GARAPON – J. LASSÈGUE [nt. 4], 91-2).

di analizzare i diversi formanti dell'esperienza giuridica e, su questa base, formulare ipotesi di decisione di casi concreti, con relativa individuazione della *ratio decidendi*. Assume, infatti, una connotazione peculiare, per il contesto nel quale è maturato, l'esperimento dell'*University College London*,⁷ che ha fatto analizzare ad un programma di "Intelligenza Artificiale" ben 584 casi sottoposti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Umani: nel 79% dei casi scrutinati l'esito sarebbe stato il medesimo rispetto a quanto pronunciato dalla Corte EDU. Ma è proprio la specificità del giudizio rimesso al Giudice sovranazionale e la particolare curvatura teorica ascritta al "modello predittivo" – in coerenza con la dottrina del realismo legale di matrice anglosassone⁸ – che danno chiara evidenza alla cifra davvero singolare di un tale esperimento.

Tutto ciò non è una buona ragione per affermare l'impossibilità di procedere in questa direzione. Il punto è che – come sottolinea la migliore dottrina – l'AI può essere in grado di fornire risposte solo a quelle domande per cui è stata programmata⁹, sicché anche l'ipotetica costruzione di un giudice-robot non sarebbe un facile processo lineare, ma il risultato di una scelta (politica, prima ancora che tecnica) di un certo *tipo* di soggetto giudicante, istruito a decidere con certi criteri e a valorizzare certi dati (il fatto che poi l'agente sia in grado di sviluppare i programmi originari con processi di *self learning* non muta l'assunto originario).

Una scelta politica di questo tipo richiederebbe, poi, investimenti adeguati di fonte pubblica, non potendosi pensare che il mercato fornisca un tale tipo di servizi. Nella letteratura in materia si prospetta anche l'ipotesi dello sviluppo di un mercato di *Justice on demand*, in cui è offerta alle parti interessate una decisione giudiziaria *alternativa* alla giustizia statale, secondo una logica simile a quella del ricorso alla giustizia arbitrale. In questa linea di sviluppo, i limiti della giustizia predittiva, come strumento "conservativo" atto a cristallizzare criteri decisionali e incapace di evoluzione (v. *infra*, § 33) emergono in tutta evidenza e danno luogo a dure critiche dottrinali¹⁰.

⁷ Aletras N, Tsarapatsanis D, Preotjiuc-Pietro D, Lampos V. (2016) *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*. PeerJ Computer Science 2:e93 <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>

⁸ In tal senso, la connessione è, eminentemente, con i fatti formali di un caso, assunti a fattori predittivi privilegiati, al fine di dimostrare come il processo decisionale giudiziario sia significativamente influenzato proprio dallo stimolo dei fatti.

⁹ È questo il punto centrale delle riflessioni esposte nel brillante libro di R. CUCCHIARA, *L'intelligenza non è artificiale. La rivoluzione tecnologica che sta già cambiando il nostro mondo*, Mondadori, Milano, 2021.

¹⁰ V., in particolare, A. GARAPON – J. LASSÈGUE (nt. 4), cap. VII.

È dubbio che un simile mercato possa effettivamente svilupparsi, anche perché gli attuali fornitori di servizi legali non hanno alcun interesse allo sviluppo dello stesso e quindi alla formazione di una relativa domanda di mercato. Non può comunque escludersi che, in un futuro più o meno prossimo, qualcuno investa nella direzione della fornitura di servizi giudiziari alternativi a quelli statali. Resta comunque improbabile che tali servizi, anche se un giorno si affermassero, potrebbero in tutto sostituire la giustizia statale di ultima istanza (così come una sostituzione piena non è avvenuta neanche con la giustizia arbitrale).

1.1. Il punto su interessi e investimenti

In ogni caso, la riflessione che qui si vuole condurre non è sul possibile sviluppo di strumenti di giustizia predittiva *alternativi* alla giurisdizione statale, ma sul possibile sviluppo di tali strumenti in funzione *ausiliaria* rispetto alla giurisdizione statale. Da questo punto di vista può osservarsi che gli Stati – con la sola eccezione, forse, della Cina – non sembrano finora inclini a fare investimenti in questa direzione. In Italia può dirsi che siamo all'anno zero. In tutto il mondo siamo ancora lontani (e se si pensa che, dopo anni di investimenti per la realizzazione della guida automatica delle automobili, siamo ancora lontani dall'esito commerciale di questo programma di impiego dell'AI, possiamo immaginare che la realizzazione di seri progetti di impiego dell'AI nell'attività giudiziaria si proietti in un futuro non proprio prossimo).

Malgrado ciò, il dibattito sulle prospettive di sviluppo della giustizia predittiva è acceso in tutto il mondo e le opinioni sono divise tra chi vede l'impiego di strumenti di AI come un'opportunità per rendere più coerente ed efficiente la giustizia umana e chi invece vede tale impiego come distruttivo della funzione ideale della giurisdizione¹¹.

Questo scritto intende muoversi nella prima direzione. Ad avviso di chi scrive, resta innegabile il fascino di quel filone di ricerca che punta sull'utilizzo di tecniche di analisi di BigData e di AI per migliorare l'efficienza dell'attività del giudice umano, mediante la messa a disposizione di un quadro organizzato di precedenti e di argomenti, più ricco di quello che può ordinariamente essere acquisito da parte di un agente umano¹².

¹¹ Una ricca rassegna critica di testimonianze, nelle due direzioni, può leggersi in T. SOURDIN, *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*, Elgar, Cheltenham (UK), 2021.

¹² Una avanzata riflessione in questa direzione, su cui torneremo, è quella di U. RUFFOLO, *La machina sapiens come "avvocato generale" ed il primato del giudice umano: una proposta di interazione virtuosa*, in *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2021, 205 ss.

L'approfondimento di questo filone di pensiero si giustifica non solo per il suo fascino teorico, ma anche perché l'impiego delle tecnologie informatiche nell'attività giurisdizionale si impone ormai come una necessità¹³. Da anni il giurista inglese Richard Susskind insiste¹⁴ nel denunciare l'involuzione dei sistemi giudiziari in tutto il mondo, per via della crescita dell'*input*, della conseguente lunga durata dei processi (fenomeno non solo italiano¹⁵), della difficoltà di un controllo di qualità e coerenza sulle decisioni giudiziarie.

2. Le IA e il processo decisionale del giudice

Il punto critico non è solo quello della congestione crescente e ineluttabile dei sistemi giudiziari. C'è un problema di gravità, in certo senso, maggiore. Si deve infatti considerare che **oggi, nell'affrontare in modo esauriente un singolo caso, che non sia già perfettamente tipizzato e di routine, la quantità di dati potenzialmente influenti sulla decisione** [principi di rango costituzionale (che devono tenere conto di una prospettiva di costituzionalità "multilivello"), fonti formali di varia provenienza, precedenti giurisprudenziali, strumenti di *soft law*, proposte dottrinali, dati comparatistici (comprensivi dei precedenti stranieri)] è **così ampia che l'acquisizione completa della relativa informazione trascende le possibilità di qualsiasi agente umano**¹⁶.

Ci si deve dunque rassegnare ad ammettere che la decisione del giudice umano, qualunque essa sia, non potrà mai raggiungere quel livello di qualità e di profondità argomentativa che gli studi di metodologia giuridica in astratto pretenderebbero.

Si può dunque immaginare un modello utopico (quello prospettato da Landlord nel 1963) in cui un agente intelligente, in grado di elaborare *Big Data* comprendenti tutti gli elementi potenzialmente utili, posto dinanzi ad una controversia presentata dalle due parti con l'allegazione e prova di tutti gli elementi

¹³ In questo senso si legge che "*the larger question is not if AI will reshape judicial function but when*" [T. SOURDIN (nt. 11), 137].

¹⁴ Il volume più recente è R. SUSSKIND, *Online courts and the future of justice*, Oxford University Press, 2019. Lo stesso a. cura l'importante sito *Remote Courts Worldwide*.

¹⁵ Per fare un solo esempio, il recente caso *Google vs. Oracle America* (US Supreme Court n. 18-956, April 5, 2021), contenente una importante decisione di principio sulla protezione del *software* mediante il diritto d'autore, è giunto alla decisione della Corte Suprema dieci anni dopo l'avvio della controversia.

¹⁶ Osservazione non nuova (v. l'articolo di A. Alexandre e O. Babeau [2016], commentato da A. GARAPON – J. LASSÈGUE [nt. 4], 113), ma di solito non valutata nella sua centrale importanza.

che ciascuna di esse ritiene potenzialmente rilevanti, giunga a formulare un **progetto di decisione motivato, fondato sull'individuazione di precise *rationes decidendi***.

In proposito, si deve subito osservare che – pur tra coloro che auspicano un crescente impiego di strumenti di AI in campo giuridico – vi è larga condivisione dell'**inopportunità, in linea di principio, di affidare la decisione esclusivamente ad agenti artificiali**, cioè di sostituire totalmente la decisione robotica a quella umana. Questa conclusione si inquadra in riflessioni etico-politiche più generali sui limiti di impiego dell'AI e sulla necessaria permanenza di una supervisione umana dei sistemi di AI, comprensiva della possibilità di “staccare la spina”, ove necessario¹⁷. È un'ottica che si ritrova, del resto, in quelle norme, in materia di privacy¹⁸, che escludono, di regola, la possibilità di decisioni con effetti giuridici basate unicamente su trattamenti automatizzati, imponendo che nel processo decisionale ci sia comunque l'intervento umano. Ma la conclusione è sostenuta anche da considerazioni attinenti specificamente all'esperienza giuridica. A tal fine si sottolinea che la decisione robotica – anche ipotizzando un futuro in cui sia in grado di formarsi sull'individuazione e il confronto di *rationes decidendi* – è sempre costruita su base statistica, ed è quindi, tendenzialmente condizionata dalle esperienze del passato e non in grado di incorporare e ponderare, in una prospettiva di evoluzione futura, tutti i giudizi di valore che possono influire sulla decisione finale¹⁹. E ciò a parte la possibilità di veri e propri errori.

Ancora, la presenza di un giudice umano di ultima istanza – con l'incertezza insita nella previsione delle sue decisioni – costituisce la premessa per lo sviluppo di una dottrina giuridica critica, che (storicamente e sociologicamente) è un fattore fondamentale di evoluzione del diritto²⁰.

¹⁷ In proposito v. soprattutto il volume di F. PASQUALE (nt. 2), incentrato sull'idea della necessità di una regolazione puntuale degli impieghi dell'AI.

¹⁸ Art. 22 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati); art. 8 del d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, reca “Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio”.

¹⁹ Cfr. T. SOURDIN (nt. 11), 200 ss., ove indicazioni bibliografiche.

²⁰ 20 A.C. MICHAELS, *Artificial Intelligence, Legal Change and Separation of Powers*, in 88 *Cincinnati Law Review*, 1083 ss. [2020], in un quadro fortemente critico contro l'impiego dell'AI in campo giuridico (in diretta polemica contro E.VOLOKH, *Chief Justice Robots*, in 68 *Duke Law Journal*, 1135 ss.

Accanto a questi argomenti valutativi, vi è anche un argomento giuridico di rango costituzionale, che fa capo al principio di indipendenza del potere giudiziario dal potere politico, presente negli ordinamenti di democrazia liberale²¹. Principio che non sarebbe più garantito nel momento in cui la decisione giudiziaria fosse interamente determinata da processi di AI impostati secondo scelte del potere politico.

2.1. Differenza tra ragionamento algoritmico e giuridico

Queste conclusioni sono anche spesso rafforzate dalla considerazione secondo cui “*il ragionamento algoritmico non è realmente un’imitazione del ragionamento giuridico ma un altro modo di pensare il diritto*”²². Ma, in realtà, il ragionamento algoritmico può fare quello per cui è stato concepito e programmato e non ha una propria essenza immutabile. La realtà è che l’algoritmo sarà costruito sulla base di un modello ideale di ragionamento giuridico che sarà presente nella mente del programmatore.

Questa constatazione ha – insieme con quella sopra svolta, sulla necessità di scelte politiche e di investimento da parte degli Stati – una importanza centrale, nella riflessione qui svolta. Un sistema di AI può portare alla costruzione di agenti intelligenti superiori a qualsiasi agente umano se costruito sulla base di regole rigide (anche se non per questo immutabili), in base alle quali selezionare e valorizzare i *Big Data* in possesso del sistema (in questa prospettiva si spiega come agenti artificiali siano in grado di battere i migliori agenti umani al gioco degli scacchi o del Go).

Una simile esperienza non sarà mai integralmente riproducibile nel campo del diritto. Non è concepibile un ordinamento giuridico che si regga su strutture normative semplici e rigide come quelle che governano in gioco degli scacchi e simili. E tuttavia, perché l’impiego dell’AI in campo giuridico possa giungere alla formulazione di risultati apprezzabili, è necessario che, a monte, vi sia una scelta

[2019]); mav. anche T. SOURDIN (nt. 11), 201, in un quadro tendenzialmente favorevole all’impiego dell’AI, purché non interamente sostitutivo del ruolo del giudice umano.

²¹ Cfr. T. SOURDIN (nt. 11), 90 e 189 ss.

²² Così G. DE PASQUALE, *La giustizia predittiva in Francia: il trattamento DataJust*, in *Judicium*, 2021, che cita Rouvière, in RTD Civ 2018, 530. Nello stesso senso, sostanzialmente, A. GARAPON – J. LASSÈGUE (nt. 4), cap. VIII.

Per contro, nella letteratura tecnica in materia si rappresenta anche l’alternativa fra una giustizia algoritmica *rules-based* ed una *case-based*: v. T. SOURDIN (nt. 11), 67, ove indicazioni bibliografiche. Più in generale, “l’importante è sapere... che siamo solo all’inizio della storia... in pochi anni potremo sicuramente ottenere sistemi di ragionamento che emulino, eguaglino e trascendano il ragionamento umano” [R. CUCCHIARA (nt. 7), 87].

programmatica sulle fonti del diritto, che l'agente intelligente potrà reperire e valorizzare per formulare la sua proposta di decisione.

3. L'impiego delle tecnologie per il miglioramento della Giustizia

In questa prospettiva lo sviluppo della giustizia predittiva, se ci sarà, porterà con sé, inevitabilmente, il **recupero di una concezione normativistica rigorosa del diritto**, mentre non sarà compatibile con una concezione decisionistica, che privilegi la giustizia del caso concreto. Ma non sarà compatibile neanche con concezioni – oggi piuttosto in voga – che predicano elasticità e fungibilità delle fonti di diritto²³.

Tutto ciò accentua il peso delle scelte politiche che stanno dietro l'ipotesi dell'impiego della **giustizia predittiva, anche se in una funzione ausiliaria e non sostitutiva del giudice umano**.

Dando, in ipotesi, per acquisito che un giorno queste scelte politiche si attuino, si pone poi il problema di come costruire, in concreto, questa funzione ausiliaria. In proposito, l'idea più diffusa è quella che propone di mettere gli strumenti di giustizia predittiva a disposizione del giudice umano decidente (come una sorta di super CTU, o di avvocato generale informatico). Al giudice umano spetterebbe poi, in ogni caso, la responsabilità della decisione finale²⁴.

Un'idea più avanzata può essere quella di **costruire il "progetto di decisione" della giustizia predittiva come uno strumento di formulazione di un'ipotesi non vincolante di soluzione della controversia** (sul tipo delle decisioni dell'ABF), che potrebbe essere accettata dalle parti, a meno che alla proposta di decisione del giudice artificiale segua un ricorso motivato di una, o di ambedue le parti, al giudice umano²⁵.

²³ Le considerazioni del testo sono legate all'attuale sviluppo socio-economico. Occorrerebbe, però, approfondire un profilo finora poco studiato e cioè quello della possibilità stessa di immaginare una giustizia "del caso concreto" in un futuro (probabilmente prossimo) in cui si assisterà sempre più a una standardizzazione/profilazione della vita personale, degli scambi economici e dei beni. La questione non può qui essere approfondita ma c'è da chiedersi quale spazio possa residuare per l'attribuzione di rilevanza ai valori idiosincratichi del singolo soggetto e alla peculiarità del contesto. I giuristi sono consci della modifica dell'ordinamento che si è registrata in passato in ragione dell'avvento della produzione di massa. L'accentuarsi del processo di standardizzazione delle relazioni socio-economiche potrebbe rendere meno problematico l'avvento di un diritto "robotizzato".

²⁴ In tal senso U. RUFFOLO (nt. 10), nonché A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 491 ss.

²⁵ Cfr. M. MAUGERI, *I robot e la possibile «prognosi» delle decisioni giudiziali*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Il Mulino, Bologna, 2019, 163 ss.; T. SOURDIN (nt. 11), 246 ss., ove ampi riferimenti di letteratura orientata in tal senso.

Questo secondo modello (attualmente in corso di attuazione in Estonia, ma solo per gli *small claims*) è idealmente preferibile, perché combina il criterio di efficienza con la garanzia di spazi per un'evoluzione ragionata del diritto. Da un lato, il sistema avrebbe un concreto effetto deflattivo sulla quantità di decisioni richieste agli uffici giudiziari. Dall'altro fornirebbe un incentivo agli avvocati e ai giudici per approfondire e andare oltre il progetto di decisione dell'agente artificiale, mediante l'utilizzo di argomenti razionali. Tutte le decisioni del giudice umano assumerebbero così una funzione tendenzialmente "nomofilattica": sarebbero pertanto ridondanti tre gradi di giudizio (anche se, in teoria, una Corte Suprema competente a giudicare in ultima istanza i casi ritenuti più importanti, potrebbe continuare ad avere una sua funzione). In una prospettiva ideale, questo sistema creerebbe una base ideale per l'evoluzione democraticamente controllata del diritto.

Se fosse concretamente attuabile, quello delineato dovrebbe essere considerato come un risultato da perseguire, per migliorare decisamente il funzionamento della giustizia. **Ma è concretamente attuabile?**

Il modello dovrebbe articolarsi in due livelli: il primo riguarda la valutazione dell'attendibilità delle prove. Il secondo l'attribuzione di rilevanza ai fatti accertati, al fine di giungere ad una valutazione di rilevanza normativa e quindi alla proposta di decisione finale.

Il primo problema presenta particolare gravità per le prove costituenti. Può l'agente intelligente sostituirsi al giudice umano nel raccogliere e valutare una testimonianza, ecc.? Probabilmente sì, anche sotto il profilo dell'attendibilità delle dichiarazioni (anche se così si sfiora la "macchina della verità").

Più complicato sarebbe però l'inquadramento giuridico della fattispecie. In questa prospettiva, la valorizzazione di strumenti di giustizia predittiva richiederebbe – come si è detto – una rigorosa opzione normativistica, cioè un rigoroso inquadramento normativo delle fattispecie concrete. Ma, per far ciò, occorrerebbe anche una precisa individuazione delle fonti di diritto e della loro gerarchia, su cui dovrebbe essere costruito l'algoritmo. Su queste basi l'agente intelligente potrebbe poi inoltrarsi nel *mare magnum* dei dati, per estrarne tutti gli elementi rilevanti ai fini della formulazione di un'ipotesi di decisione. Il punto più delicato è quello del bilanciamento di principi e valori differenti. In questo senso **l'agente intelligente sarebbe tendenzialmente un decisore "conformista"**, che conta e pesa le opinioni espresse e non sarà incline a ponderare il valore di opinioni di minoranza²⁶. In questo senso rimane essenziale la possibilità di ricorso correttivo al giudice umano.

²⁶ L'osservazione relativa agli esiti conservativi del ricorso a strumenti di giustizia predittiva è un luogo comune nella letteratura in materia (v., p.e., M.R. FERRARESE, *Introduzione* a Garapon –

Non è però esclusa la possibilità che l'agente artificiale sia istruito nel senso di valorizzare l'argomentazione per principi e quindi segnalare, per esempio, l'incompatibilità di un certo tipo di decisione con valori riconosciuti dall'ordinamento²⁷. Così pure, l'agente potrebbe segnalare l'esigenza di bilanciamento fra valori²⁸ e perfino indicare preferenze o prospettare soluzioni alternative, o mettere in luce possibili *dissenting opinions*.

Questo ragionamento vale anche per la concretizzazione di clausole generali da parte dell'agente artificiale (per tali intendendo quelle norme che delegano al giudice la statuizione di una regola del caso concreto in una determinata controversia, come quella relativa alla "normale tollerabilità", ex art. 844 c.c., di una certa immissione nei rapporti fra proprietari vicini). Qui anzi i processi di inferenza statistica potranno essere molto utili nel tipizzare diverse situazioni ricorrenti (facilitando la costruzione di *Fallgruppen*, per richiamare l'esperienza tedesca). Ma l'agente artificiale potrebbe essere istruito ad andare oltre e ad evidenziare i giudizi di valore che stanno dietro la decisione del caso concreto, contribuendo quindi ad un processo di razionalizzazione nell'applicazione della clausola generale.

Risulta dunque confermato che la costruzione del modello e la selezione dei dati rilevanti non sarebbero semplicemente ricognitive, ma richiederebbero vere e proprie scelte "metodologiche", incompatibili con l'idea, oggi di moda, della "elasticità delle fonti". In fondo, la costruzione del modello sopra delineato presupporrebbe, né più né meno, una convinta adesione ad una concezione giuspositivistica del diritto, cioè proprio quella concezione che oggi appare ai più in crisi, sostituita dall'idea di elasticità delle fonti e dalla tendenza al decisionismo.

Lassègue, *La giustizia digitale*, Il Mulino, Bologna, 2021, 19, la quale nota come ciò si ponga in contrasto con le odierne tendenze giurisprudenziali ispirate al costituzionalismo e alla cultura dei diritti). L'osservazione è declinata, talora, in senso catastrofico (v., p.e., A. GARAPON – J. LASSÈGUE [nt. 4], 183 ss.). Questi toni sono, ad avviso di chi scrive, esagerati e non tengono conto della concreta possibilità di soluzioni organizzative, come quelle discusse nel testo, che valorizzino la funzione ausiliaria dell'agente artificiale, lasciando l'ultima istanza decisionale all'agente umano.

²⁷ Sulla possibilità di inserire funzioni di valore nel processo di decisioni robotica v. A. CARCATERRA, *Machina e autonome e decisione robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Il Mulino, Bologna, 2019, 33 ss.

²⁸ Non si vede, su un piano teorico, perché i sistemi di giustizia predittiva debbano considerarsi necessariamente limitati a configurare modelli di decisione fondati sui precedenti (come ritiene, p.e., V. CIARDO, *Tutela dei diritti e prevedibilità delle decisioni: la giustizia predittiva*, in *Diritto.it*, 22 aprile 2021, p. 10).

Quindi una possibile scelta di valorizzazione della giustizia predittiva tramite AI, per l'incidenza che comunque le proposte di decisione dell'agente intelligente avrebbero nel processo decisorio finale, a sua volta richiederebbe una scelta politica di vertice, qual è quella, propriamente costituzionale, di selezione delle fonti di diritto. Quindi, un uso della giustizia predittiva come quello sopra delineato dovrebbe essere approvato a livello di legislazione costituzionale²⁹. Una scelta del genere non potrebbe essere certo affidata ad un'autorità amministrativa, qual è l'amministrazione della giustizia.

A ciò si aggiunga che una scelta del genere imporrebbe anche una qualche misura di standardizzazione delle motivazioni giudiziali³⁰, in modo da facilitare l'analisi dei dati sulla *ratio decidendi* dei singoli provvedimenti (ciò che le attuali tecniche di massimazione delle sentenze difficilmente consentono).

Se si accettasse l'idea che la tendenza della giurisdizione civile verso un decisionismo marcato debba essere corretta ed abbandonata, si giustificherebbe un forte impegno di investimenti pubblici in questa direzione. Ciò perché la Giustizia (e quindi l'esercizio della giurisdizione) dev'essere considerata come un bene comune. Perciò tutte le informazioni relative alla Giustizia dovrebbero essere di dominio pubblico (o, eventualmente, accessibili a prezzo equo e non discriminatorio da parte di qualsiasi interessato) e suscettibili di elaborazione da parte di sistemi di AI, senza vincoli di esclusiva.

Non può ragionevolmente pensarsi – si ribadisce – che, a tal fine, possa svolgere un ruolo di supplenza l'investimento privato; e comunque, se anche ciò accadesse, l'investimento privato dovrebbe essere compensato da diritti di esclusiva, con esiti incompatibili con l'idea che la giurisdizione, ed anche la giustizia predittiva, debba costituire un "bene comune". In tale prospettiva, i sistemi privati di *LegalTech* sono normalmente protetti da segreti, sicché rimane incontrollabile il modo in cui è stato impostato l'algoritmo e sono raggiunti i risultati (e ciò in contrasto con l'esigenza di pubblicità e trasparenza che è propria della funzione giudiziaria)³¹. Viceversa, l'investimento pubblico dovrebbe garantire l'accessibi-

²⁹ A. SIMONCINI – S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 87.

³⁰ Sull'importanza di uno stile espositivo che renda i documenti giuridici facilmente *machine readable* v. T. SOURDIN (nt. 11), 131 e bibliografia ivi cit.; ma ivi anche (150-1) indicazioni bibliografiche sulle difficoltà di standardizzazione dei testi delle decisioni giuridiche. Più in generale, l'a. afferma (225-6) che "*capturing in AI form the semantics of judicial thinking is the most challenging issue for Judge AI*".

³¹ Più in generale, il problema della mancanza di trasparenza delle reti neurali è un punto critico fondamentale di tutta la materia e pone un problema di limiti, anche regolatori, all'impiego di risultati conseguiti mediante istruzioni e dati non trasparenti [cfr. R. CUCCHIARA (nt. 7), 104].

lità generale all'algoritmo e ai programmi di giustizia predittiva aventi funzione ausiliaria rispetto al giudice statale³².

L'ipotesi sopra disegnata rimane, ad avviso di chi scrive, un'utopia razionale. È precipitoso affermare che si tratta di un progetto tecnicamente impossibile³³, ma ancor meno può condividersi l'idea di chi vede questa ipotesi come una distopia disperante³⁴. Si tratterebbe viceversa di uno strumento per migliorare la base cognitiva su cui opera la giustizia umana. Rimarrebbe così valido l'antico argomento di Losano, secondo cui l'espansione della giustizia predittiva sarebbe un fattore di eguaglianza sociale.

³² Soddisfacendo così un'esigenza largamente rappresentata nella letteratura critica in materia (v., p.e., A. GARAPON – J. LASSÈGUE [nt. 4], 186).

³³ Così invece, tendenzialmente, A. CARRATTA (nt. 20).

³⁴ Così invece, tendenzialmente, G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 277 ss.

Intelligenza artificiale e giurisdizione ordinaria. Una ricognizione delle esperienze in corso

SOMMARIO: Parte I. – Le iniziative pubbliche (nel mondo). – Parte II – Le iniziative pubbliche (in Italia) – Uso dell’intelligenza artificiale (AI) per analisi di dati giurisprudenziali: La giurisdizione ordinaria – 1. Premessa – 2. Le iniziative territoriali di “giustizia predittiva”. – 2.1 Corte di appello di Brescia. – 2.2 Corte di appello di Bari. – Corte di appello di Venezia. – Corte di appello di Genova e Tribunale di Pisa. – 3. L’iniziativa della Corte di Cassazione (tramite il suo Centro Elettronico di Documentazione – C.E.D.). Parte III. Le iniziative private. AI e studi legali. – 1. Introduzione – 2. Uso di AI all’interno degli studi legali – 3. Utilizzo degli strumenti di AI da parte di organizzazioni che si propongono come alternative agli studi legali.

Parte I – Le iniziative pubbliche (nel mondo)

In questo capitolo si tenterà, anzitutto, di passare in rassegna le iniziative pubbliche di impiego di strumenti di AI nel campo della giurisdizione civile. Per “iniziative pubbliche” si intendono tanto quelle in cui il soggetto pubblico abbia avuto il ruolo di committente per la preparazione di un sistema di AI, quanto quelle in cui il soggetto pubblico abbia solo acquistato ed impiegato un sistema di AI di produzione privata, offerto sul mercato.

Inoltre, secondo indicazioni presenti in dottrina¹, sarebbe necessario distinguere fra iniziative pubbliche volte a realizzare risultati *interni* al sistema giudiziario e iniziative pubbliche destinate a realizzare modalità di risoluzione alternativa delle controversie poste *al di fuori* del sistema giudiziario. Questa distinzione è interessante e mette in luce una possibile chiave di lettura focalizzata sugli equilibri fra potere esecutivo e potere giudiziario. Riteniamo comunque che anche le iniziative pubbliche volte a sviluppare sistemi di ADR che utilizzino strumenti di AI si collochino su un terreno di politica giudiziaria che non mira al

¹ Cfr. T. SOURDIN, *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*, Elgar, Cheltenham (UK), 2021.

contenimento dei poteri dell'ordine giudiziario, ma piuttosto – come è avvenuto per gli sviluppi dell'ADR attuata da agenti umani – alla preselezione dei casi che giungono all'esame dei giudici, nella convinzione che l'ipertrofia giudiziaria non rafforzi, ma indebolisca il ruolo del potere giudiziario nella costruzione di un "diritto vivente" fondato su un lineare e trasparente utilizzo delle fonti².

In questa prospettiva, le diverse iniziative pubbliche in materia di applicazione dell'AI alle controversie civili saranno trattate unitariamente.

La rassegna cercherà di concentrarsi su quelle esperienze che vanno oltre la fase della digitalizzazione dei processi, che, come tale, può dirsi ormai esperienza generalizzata in tutto il mondo, anche se, ovviamente, con diversi livelli di realizzazione e di efficienza³. Non ci soffermeremo particolarmente, inoltre, sulle applicazioni più semplici basate sull'AI, cioè quelle riguardanti l'anonimizzazione delle decisioni, la verbalizzazione automatizzata, la traduzione automatica, la realizzazione di *chatbot* atti a facilitare l'accesso alla giustizia⁴. La Commissione UE⁵ ha notato un fiorire di iniziative in queste direzioni, anche se afferma che il ricorso all'AI, da parte dei sistemi giudiziari europei, è ancora in uno stato embrionale. Peraltro, anche a livello dottrinale si osserva che *"l'uso di algoritmi di intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari europei rimane principalmente un'iniziativa commerciale del settore privato"*⁶. Ma, in realtà, lo stesso può dirsi a livello mondiale ed è significativo che il fenomeno si sia sviluppando al di fuori di ogni regolazione pubblica⁷.

² In questa sede non è possibile una trattazione del tema (v., p.e., T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le "alternative dispute resolution"*, in *Rivista AIC*, 2/2011) relativo all'ispirazione politica e al risultato socioeconomico dello sviluppo dei sistemi di ADR, sostenuti da diverse politiche pubbliche, ben prima dell'affermarsi del tema dell'applicazione dell'AI alle decisioni giudiziarie. Sulla linea di pensiero accennata nel testo v. comunque V. DI CATALDO, *A che cosa serve il diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017.

³ Ricche informazioni, in proposito, possono reperirsi sul sito *Remote Courts*, diretto da Richard Susskind, noto teorico della digitalizzazione della giustizia. Una sintesi del pensiero dell'a., che alla digitalizzazione spinta del processo unisce il favore per l'uso di sistemi di AI a fini di assistenza del giudice umano, può leggersi in R. SUSSKIND, *The Future of Courts*, in *Remote Courts*, July/August 2020. Una relazione completa sullo stato della digitalizzazione della giustizia nei paesi dell'UE è nella *Comunicazione* della Commissione UE, *Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea. Un pacchetto di opportunità*, SWD (2020), 540 final, del 2.12.2020.

⁴ V. ancora la *Comunicazione* (nt. 2), p. 10.

⁵ V. anche COMMISSIONE UE, *Study on the use of innovative technologies in the justice field*, 14 Sept. 2020.

⁶ A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Mondadori, Milano, 2020, 82.

⁷ V. T. SOURDIN (nt. 1), 273, secondo cui *"Internationally, much of the app and bot development in the justice sector is currently taking place in the private sector and is unregulated"*

Ci soffermeremo dunque su quelle iniziative che maggiormente si avvicinano a sistemi di giustizia predittiva.

Un'osservazione preliminare necessaria è che, se si eccettua l'esperienza della Repubblica Popolare Cinese, e in parte quella della Francia, le iniziative pubbliche avviate in altri Paesi presentano finora carattere settoriale, cioè non ambiscono, almeno dichiaratamente, a risultati di modernizzazione dell'intero processo decisionale nel sistema della giurisdizione civile.

La breve rassegna che segue è limitata agli impieghi della AI nel campo della giurisdizione civile. Non ci soffermeremo, dunque, p.e., sulle discussioni sollevate dall'uso del sistema Compas⁸ nelle Corti statunitensi, ai fini dell'accertamento del pericolo di recidiva. L'utilizzo di programmi offerti sul mercato da parte di organismi privati è comunque diffuso anche al di fuori della giurisdizione penale e in fase di sviluppo⁹.

Per quanto riguarda gli U.S.A. si ha anche notizia di impieghi di strumenti di AI da parte di autorità amministrative indipendenti (*Social Security Administration*, *Environmental Protection Agency*), per lo sveltimento delle procedure e per l'accertamento di illeciti. Ma siamo fuori dal campo della giustizia predittiva, e in particolare della giurisdizione civile.

Nel campo della giustizia civile, gli U.S.A. esprimono invece una fioritura di iniziative e di programmi privati, di cui si terrà conto nel capitolo loro dedicato, ma – per quanto a conoscenza di chi scrive – non ci sono finora utilizzazioni dirette di sistemi di AI da parte delle Corti. Sempre più frequenti sono, peraltro, le lamentele sulla lunga durata dei processi civili americani¹⁰.

Passiamo dunque alla lista delle esperienze pubbliche che, per quanto risulta a chi scrive, sono state finora avviate, premettendo che, per quelle italiane, si produrrà un'indagine più accurata, e tendenzialmente completa, nella seconda sezione.

ESTONIA

Il progetto pubblico più ambizioso, in teoria, è forse quello avviato in Estonia. Per comprendere il fenomeno, si deve considerare che l'Estonia è un Paese

⁸ *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS) è uno strumento di *risk assessment* di proprietà privata (Northpointe, ora Equivant) usato in diverse Corti americane per prevedere la probabilità di recidiva da parte di imputati in processi penali.

⁹ Per informazioni si può utilmente consultare il sito dello *Institute for the Advancement of American Legal System* dell'Università di Denver.

¹⁰ Si può fare, come più recente, l'esempio del caso *Oracle v. Google*, deciso dalla Corte Suprema ad aprile 2021, ed oggetto di molti commenti giornalistici, nel quale sono occorsi 10 anni per percorrere tre gradi di giudizio.

molto piccolo (1,3 ml. di abitanti), con un livello già elevato di accesso della popolazione a servizi digitali. Il Governo ha avviato, e in parte già realizzato, un progetto ambizioso di costruzione di una banca-dati unitaria per l'intero settore pubblico e di digitalizzazione delle attività di carattere pubblico¹¹.

In questo quadro, un capitolo ambizioso riguarda l'applicazione dell'AI nel campo della giustizia civile. Si sta elaborando un programma di giustizia predittiva che dovrà essere applicato a tutti gli *small claims* (per tali intendendo le pretese di valore non superiore a 7000€). Le parti introdurranno documenti e altre informazioni a sostegno delle proprie domande ed eccezioni in una piattaforma e l'agente intelligente formulerà una decisione. Il ricorso all'agente intelligente sarà obbligatorio, per questo tipo di casi, ma l'esito da lui indicato potrà essere oggetto di ricorso ad un giudice umano, su iniziativa della parte interessata.

Non si è ancora in grado di valutare le applicazioni pratiche del progetto. Si può tuttavia osservare che esso:

- 1) si connota per essere teoricamente molto ambizioso, in quanto tendenzialmente generalista, se pur limitato a cause di modesta rilevanza economica;
- 2) è molto ambizioso anche nel proporre un ruolo "alto" dell'agente intelligente: non tanto quello di *legal assistant* (come avviene nella maggior parte degli altri progetti), bensì quello di vero e proprio giudice-robot, sia pure concepito come giudice di prima istanza, le cui decisioni potranno essere appellate dinanzi a un giudice umano;
- 3) è un progetto, per altro verso, prudente, in quanto intende sperimentare la possibilità di realizzare un uso molto incisivo della giustizia predittiva in un ambito di controversie limitato e di modesto interesse per le professioni legali.

È facile però arguire che, se il progetto desse risultati incoraggianti, l'estensione dello stesso ad altri campi della giurisdizione civile diventerebbe molto probabile.

FRANCIA

In Francia, la legge 2016/1321 del 7 ottobre 2016 ha programmato la messa a disposizione del pubblico di una banca-dati comprendente tutte le decisioni giudiziarie. La disponibilità di questa mole di dati ha il fine di incentivare gli investimenti privati volti a realizzare sistemi di giustizia predittiva.

¹¹ V., anche per le informazioni ulteriori riportate nel testo, E. NILER, *Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So*, in *Wired*, 25 March 2019. Come nota di colore, può segnalarsi che, a capo del progetto, è stato posto un giovane di 28 anni, con un Ph.D. in informatica di un'università svedese.

In effetti, diverse risposte si sono avute e, fra queste, degna di massima attenzione è apparsa quella di un software, denominato *Predictice*, che dovrebbe essere in grado di prevedere l'esito giudiziario di una controversia (con ambizione generalista). Alcune Corti hanno sperimentato il programma, come strumento ausiliario per i giudici, ma gli esiti sono stati negativi: il programma sembra aver dato, spesso, risultati inattendibili, sicché la sperimentazione sembra essersi fermata¹² (anche se, visitando il sito di *Predictice*, il programma sembra in pieno sviluppo e adottato già da 2000 studi legali)¹³.

Più di recente, il D. 2020-356 del 27 marzo 2020 ha autorizzato il Ministro della Giustizia a curare la creazione di un sistema, denominato *DataJust*, atto a realizzare un trattamento automatizzato dei dati relativi alla liquidazione del danno alla persona. In questa prospettiva, è stato autorizzato il trattamento dei dati personali relativi alle decisioni e alle transazioni amichevoli degli ultimi due anni, al fine di realizzare uno strumento predittivo per la risoluzione di casi nuovi¹⁴. L'iniziativa ha, per ora, carattere sperimentale e potrà essere trasformata in uno strumento permanente, a disposizione di tutti gli operatori del diritto, se i risultati della sperimentazione saranno positivi.

Su questa iniziativa i commenti sono stati prevalentemente perplessi¹⁵: la preoccupazione più frequente è quella inerente al rischio di conformismo giudiziario probabilmente indotto dal nuovo strumento. D'altra parte, il *Conseil National des Barreaux* ha, pochi giorni dopo l'emanazione del decreto (3 aprile 2020), adottato una risoluzione molto critica, che paventa la lesione di diritti fondamentali (sui dati personali) e protesta per la mancata partecipazione degli avvocati al procedimento di costruzione dell'algoritmo, preannunciando un ricorso contro il decreto.

Questo episodio, che di per sé sarebbe di modesta rilevanza, è istruttivo della differenza di reazioni che la professione forense manifesta di fronte ad iniziative di impiego dell'AI a fini di giustizia predittiva: le iniziative private non suscitano proteste e vengono tendenzialmente considerate come mezzi di ammodernamento della professione; le iniziative pubbliche sono invece percepite

¹² Cfr. Cl. COSTA, *Intelligenza artificiale e Giustizia: tempi ancora prematuri per l'applicazione di algoritmi predittivi nei tribunali*, in *AI4Business*, 8 maggio 2019.

¹³ Impresione confermata leggendo V. CIARDO, *Tutela dei diritti e prevedibilità delle decisioni: la giustizia predittiva*, in *Diritto.it*, 22 aprile 2021.

¹⁴ Per una prima informazione sul tema, e sulle discussioni avviate in dottrina, v. G. DE PASQUALE, *La giustizia predittiva in Francia: il trattamento DataJust*, in *Judicium*, 2021.

¹⁵ V., p.e., M. BEAU, *Décret "DataJust": stupeur et mécontentements*, in *Le Monde du Droit*, 6 Avril 2020.

come mezzi di sostituzione del processo mediante decisioni automatizzate, con il risultato di mettere fuori gioco gli avvocati.

A nostro avviso, ambedue le reazioni sono superficiali. Gli impieghi privati dell'AI richiedono investimenti e costi e quindi non saranno, tendenzialmente, a disposizione di tutti i professionisti in modo eguale, ma solo di quelli che potranno permettersi i relativi costi e magari arricchire con proprie elaborazioni gli strumenti acquistati sul mercato. L'AI applicata alla giustizia predittiva diviene dunque uno strumento potente di miglioramento dell'offerta di servizi legali, ma anche di concentrazione dell'offerta stessa a favore degli studi meglio organizzati e più efficienti; per tale ragione, dovrebbe essere guardata con preoccupazione dagli ordini professionali, di solito sensibili nella difesa dei piccoli professionisti. Se ciò non avviene, è probabilmente per una reazione ideologica favorevole alle dinamiche di mercato, in quanto tali.

Invece, per ciò che riguarda le iniziative pubbliche, l'idea che possano esaurire il ruolo dei legali è esagerata. Per un verso, come già detto, il fatto che l'impegno di tecniche di AI possa incentivare l'impiego di strumenti di ADR, non deve intendersi – così come già accade per l'ADR non automatizzata – come un attacco al sistema giudiziario, ma come un opportuno strumento di preselezione delle controversie che arrivano all'esame del giudice pubblico.

Inoltre, i sistemi di giustizia predittiva possono darci solo una “previsione di decisione”. Spetterà al decisore politico trasformare questa previsione in una decisione effettiva o qualificarla come uno strumento a disposizione del giudice umano o comunque suscettibile di correzione da parte di quest'ultimo. È vero che, in ogni caso, l'esistenza di sistemi di giustizia predittiva ben funzionanti potrà spingere il giudice e le parti all'assuefazione, per pigrizia mentale. Ma, se all'AI non si rimette la decisione *tout court*, ipotesi che nessuno oggi fa propria (quanto meno come decisione definitiva) e che è ben distante dalla qualità delle risposte che si è oggi in grado di ottenere da parte di agenti intelligenti, i risultati della giustizia predittiva di iniziativa pubblica, se e in quanto messi a disposizione di tutti gli interessati, potranno essere visti come una buona base, per il giurista di valore, per affinare le proprie difese a sostegno di una tesi diversa e portarle davanti al giudice. In sostanza, le iniziative pubbliche di giustizia predittiva potrebbero avviare una sana *competition on the merits*, nel campo delle professioni legali.

OLANDA

In Olanda, il Governo ha portato avanti un progetto (*Rechtwijzer*, 2014), che prevede la gestione *on line* di casi di **mediazione delle controversie in materia di separazione e divorzio**. Il programma è stato frutto della collaborazione tra

Hiil (*Hague Institute for the Internationalisation of the Law*) e altre istituzioni universitarie e professionali. Nel 2017 la collaborazione per lo sviluppo della piattaforma originaria è stata sospesa, perché il successo era inferiore all'attesa¹⁶, ma si è avviato un rilancio del progetto, con un allargamento delle materie trattabili¹⁷. In sostanza, si tratta essenzialmente di un progetto di assistenza digitale, tendenzialmente generalizzata, nelle procedure di mediazione.

HONG KONG

È stata approvata una legge (aprile 2020) per la risoluzione rapida di controversie legate alla pandemia, di valore non superiore a circa 50.000€ e con almeno una delle parti avente la cittadinanza di HK. L'accesso alla procedura è facoltativo, ma, una volta avviata, la procedura giunge necessariamente a conclusione, mediante tre fasi successive: negoziazione, mediazione, arbitrato. Il sistema dà spazio alla scelta concordata delle parti, ma, se questa non si realizza, nomina direttamente i mediatori e, se neanche questi hanno successo, gli arbitri¹⁸.

Si tratta di un modello da prendere in grande considerazione. Anche se l'AI dà un valore aggiunto limitato, e il ruolo del professionista umano continua ad essere centrale, il guadagno in termini di efficienza del sistema giudiziario è notevole.

CANADA

Le Corti dei diversi Stati stanno adottando proprie iniziative, tendenti soprattutto alla digitalizzazione del processo. Si segnala, in particolare, l'iniziativa dello Stato di British Columbia, che ha adottato un sistema di AI finalizzato a favorire la mediazione fra le parti¹⁹.

SINGAPORE

L'esperienza di Singapore merita di essere citata perché, da un lato, sembra aver realizzato un grado molto elevato di digitalizzazione del processo e di im-

¹⁶ V. M. BARENDRECHT, *Rechtwijzer: Why Online Supported Dispute Resolution Is Hard to Implement*, in *Hiil*, 21 Jun 2017. L'articolo propone tre spiegazioni dello scarso successo del prodotto: la diffidenza delle parti private, la scarsa disponibilità dei consulenti legali, la diffidenza verso strumenti di natura pubblicitaria rispetto a quelli reperibili sul mercato.

¹⁷ Nel sito ufficiale di *Rechtwijzer* (in olandese) sono offerti servizi non solo nel settore originario delle crisi familiari, ma anche in materia di tutela dei consumatori, riscossione crediti, lavoro, abitazione e altri.

¹⁸ Cfr. G. MATTEUCCI, *Online Dispute Resolution e giustizia digitale*, in *Altalex*, 23.02.2021.

¹⁹ Cfr. T. VASDANI, *From Estonian AI judges to robot mediators in Canada, U.K.*, in *LexisNexis Canada*, 2019.

piego di strumenti “semplici” di AI, come verbalizzazione e traduzione automatica, ma non di giustizia predittiva²⁰; dall’altro, perché sembra caratterizzarsi per un’elevata quantità di investimenti pubblici nel settore *LegalTech*; e ciò in varie direzioni: sovvenzioni per imprese innovatrici del settore, sovvenzioni e attività di formazione per gli studi legali²¹.

Volendo interpretare in positivo questa strategia, potrebbe dirsi che essa punta su meccanismi di mercato (competizione fra imprese di *LegalTech* e fra studi legali) per elevare il livello qualitativo dei servizi legali privati²², con la convinzione che ciò dovrà produrre effetti positivi sulla qualità del servizio giudiziario pubblico.

AUSTRALIA

Si segnala²³ un’interessante esperienza, realizzata presso la Corte Suprema dello Stato di Victoria, che da lungo tempo ha investito per la realizzazione di una banca dati, inizialmente limitata alle controversie tecniche in materia di edilizia e oggi sviluppatasi in una “*TEC List*” (*Technology, Engineering and Construction List*”), utilizzata come piattaforma per la risoluzione di problemi di alta complessità tecnica nei settori di riferimento.

REGNO UNITO

È stato realizzato un sito governativo volto a favorire l’accesso alla giustizia da parte dei cittadini (*HM Courts and Tribunals Service*). Nell’ambito di questo progetto è stata programmata la realizzazione di “*Online Courts*”, destinate a risolvere i casi di valore inferiore alle 25.000£. Il progetto non è ancora divenuto operativo²⁴.

UNIONE EUROPEA

L’UE, oltre a numerosi e pregevoli documenti sulla digitalizzazione della giustizia, si è dotata di un ambizioso *Piano d’azione 2019-2023 in materia di giu-*

²⁰ J. LEE – J. NG, *Legal Tech-ing Our Way to Justice*, in *LawTech.Asia*, 10th May 2020.

²¹ ASIAN LEGAL BUSINESS, *Singapore: A fertile ground for LegalTech innovation*, 02 Feb 2021.

²² Negli scritti sopra citati si ricorda che Singapore, pur godendo di un livello di benessere complessivo molto elevato, è anche uno dei paesi con le maggiori diseguaglianze di reddito, a livello mondiale.

²³ T. SOURDIN (nt. 1), 58. Per più ampie informazioni, v. il sito <https://www.supremecourt.vic.gov.au/law>.

²⁴ Cfr. T. SOURDIN (nt. 1), 103.

*stizia elettronica europea*²⁵, che comprende diversi progetti, volti a favorire la circolazione informatica di dati giudiziari e dati di rilevanza giuridica ricavabili da registri pubblici. Centrale, nell’ambito del piano, è lo sviluppo del “Portale della giustizia elettronica” europeo, che, a regime, fornirà l’accesso a una banca-dati di ampia portata, comprendente informazioni normative e giurisprudenziali (anche con lo sviluppo dell’ECLI: *European Case Law Identifier*).

Tra i vari progetti compresi nel piano, si segnala quello volto a “*Sviluppare uno strumento di IA per l’analisi delle decisioni giudiziarie*”, di cui è capofila la Francia, insieme con la Commissione (si può segnalare, incidentalmente, che l’Italia non è capofila di alcuno dei progetti inclusi nel piano).

REPUBBLICA POPOLARE CINESE

Com’è noto, lo sviluppo del diritto privato e della giurisdizione civile in Cina ha avuto uno sviluppo enorme nell’ultimo quarto di secolo. Il Paese è passato da una tradizione confuciana, per cui la lite dinanzi al giudice era un fatto eccezionale, espressione del fallimento di un obbligo etico di armonia sociale, all’adozione rapida di modelli di diritto sostanziale e processuale tratti dall’esperienza occidentale. Questo passaggio è stato ritenuto necessario per dare al sistema economico cinese efficienza e competitività rispetto a quelli capitalistici avanzati. Il risultato è stato un incremento impressionante di controversie civili e l’emergere di una drammatica carenza di giudici dotati di una adeguata preparazione giuridica.

Questo fenomeno si realizzava contemporaneamente all’affermarsi della “rivoluzione digitale”. Il Governo cinese ha subito deciso di investire risorse per saggiare i possibili vantaggi che la tecnica digitale poteva dare al sistema giudiziario cinese. Questo programma si è articolato in tre fasi²⁶:

- 1) anzitutto, si è realizzato un grado avanzato di digitalizzazione del processo civile (1996-2003). Su questa base si è realizzato un programma (2004-2013) di udienze telematiche, volto ad accelerare lo sviluppo del processo e a facilitare il lavoro del giudice anche con il ricorso a strumenti di AI (mediante l’accesso alla banca-dati di cui al punto successivo);

²⁵ G.U.UE 2019/C 96/05.

²⁶ Per le informazioni riportate nel testo, salvo diversa indicazione, v. C. SHI – T. SOURDIN – B. LI, *The Smart Court – A New Pathway to Justice in China?*, in *International Journal for Court Administration*, March 2021, e B. CHEN – Z. LI, *How Will Technology Change the Face of Chinese Justice?*, preprint October 2020, reperibile in *S.S.R.N.*

La periodizzazione presentata nel testo è frutto di una elaborazione propria.

- 2) si è poi realizzata una completa banca-dati pubblica, comprendente tutti i riferimenti normativi e tutte le decisioni emanate da giudici cinesi (pare che siano già circa 120 milioni). La banca-dati è messa a disposizione del pubblico (naturalmente, può giovarsene solo chi conosce la lingua cinese);
- 3) attualmente, si sta incentivando lo sviluppo di sistemi di AI che siano in grado di sviluppare programmi di giustizia predittiva, utilizzando la banca-dati a disposizione.

Così, è stata messa a punto (a cominciare dal 2017) una “*Internet Court*”, di uso facoltativo, che consente ad un privato interessato (la cui identità è garantita dal riconoscimento facciale) di adire – nelle controversie nascenti dall’uso della rete – dai contratti informatici a quelli relativi al diritto d’autore – un giudice telematico, che rapidamente giunge a una decisione in base ai documenti prodotti dalle parti.

Più in generale, le Corti cinesi (che si avvalgono di finanziamenti dei governi locali, ovviamente di entità variabile in proporzione ai diversi livelli di sviluppo economico) sono chiamate a sviluppare iniziative autonome, cooperando con imprese private (molto attive: pare che la metà dei brevetti in materia di *LegalTech* provengano oggi da imprese cinesi²⁷). Il ruolo del governo centrale è dunque di stimolo ad iniziative decentrate²⁸.

L’obiettivo di questo programma non è quello di creare agenti intelligenti in grado di sostituire in tutto e per tutto il giudice umano. Le “*Internet Court*”, in cui l’agente intelligente valuta le prove ed emette la decisione (con udienze in videoconferenza in cui la presenza del giudice umano è simulata mediante un ologramma), possono essere adite solo per controversie in vario modo connesse all’economia digitale (il che non toglie che, a quanto pare, abbiano già emesso milioni di decisioni, con un tempo medio di durata del processo di 40 giorni). L’attività del giudice virtuale è però soggetta alla supervisione di giudici umani, a cui le parti possono appellarsi (ma sembra che la decisione del giudice virtuale sia accettata nel 98% dei casi)²⁹.

In una prospettiva più generale, l’obiettivo perseguito non è però quello di sostituire ovunque il giudice umano con un agente intelligente, bensì quello di mettere a disposizione dei giudici – ma anche delle professioni legali – strumenti potenti di selezione delle informazioni rilevanti e di formulazione di progetti di

²⁷ B. CHEN – Z. LI (nt. 26), p. 5.

²⁸ B. CHEN – Z. LI (nt. 26), p. 7. Nelle pagine successive di questo scritto una interessante esemplificazione sugli agenti intelligenti già in uso nelle Corti cinesi.

²⁹ Cfr. T. VASDANI, *Robot Justice: China’s use of Internet courts*, in *The Lawyer’s*, February 05, 2020.

decisione, con il fine di rendere più facilmente prevedibile l'esito delle controversie.

I risultati della sperimentazione della terza fase potranno vedersi solo nei prossimi anni. Allo stato, sono molto vivaci, a livello accademico e non solo, le discussioni. La preoccupazione maggiore – a parte quelle, destinate a risolversi col tempo, inerenti al *digital divide* e a qualche disfunzione tecnica dei sistemi in uso – è quella per cui i sistemi di AI porteranno a un tendenziale conformismo giudiziario. Ma vi è anche chi guarda favorevolmente a un tale esito, in quanto comunque preferibile ad esperienze di parzialità (e anche corruzione) giudiziaria e comunque tale da non impedire il giudizio critico umano sui risultati proposti dall'agente intelligente.

Parte II – Le iniziative pubbliche (in Italia) – Uso dell'intelligenza artificiale (AI) per analisi di dati giurisprudenziali: la giurisdizione ordinaria

1. Premessa

Nell'ambito della giurisdizione ordinaria le iniziative che hanno di mira l'utilizzo dell'intelligenza artificiale (AI) sono legate a taluni progetti di c.d. "giustizia predittiva", che, allo stato, presentano uno sviluppo ancora embrionale rispetto alle effettive potenzialità che la stessa AI può assicurare.

Si tratta, segnatamente, di iniziative assunte singolarmente da taluni uffici giudiziari, senza che tra di essi vi sia stata una interazione e un coordinamento istituzionalizzati, tali da poter costituire, seppure ad uno stadio iniziale, una rete a livello territoriale.

Né una siffatta specifica e condivisa progettualità trova, attualmente, conforto e supporto in una puntuale azione del Consiglio Superiore della Magistratura.

Nelle "Linee programmatiche sulla formazione e l'aggiornamento professionale dei magistrati per l'anno 2020"³⁰, il tema dell'utilizzo delle nuove tecnologie nello svolgimento delle funzioni giudiziarie è sviluppato, piuttosto, sul piano di modelli gestionali per la redazione dei provvedimenti e della valorizzazione della conoscenza delle banche dati, anche esterne al pianeta giustizia, ma alla AI si guarda solo come "possibile uso" in "futuro".

Maggiore consapevolezza si manifesta, invece, sul piano formativo, mettendosi in risalto l'importanza di una "riflessione su temi che formano oggetto di studio da

³⁰ Delibera C.S.M. del 23 ottobre 2019. Le citazioni che seguono, riprese dalla delibera, si trovano alle pp. 5, 7 e 8.

parte della comunità scientifica e che hanno attinenza con il diritto e con il processo, sia penale che civile” e, tra questi, il settore di studi sulla AI, quale tema sensibile e da affrontare “in modo da salvaguardare le professioni forensi e la funzione giurisdizionale dal rischio di un inconsapevole appiattimento decisorio”.

Analoga e immutata prospettiva si rinviene nelle “Linee programmatiche sulla formazione e l’aggiornamento professionale dei magistrati per l’anno 2021”³¹.

Anche da parte del Ministero della giustizia e della sua articolazione istituzionalmente competente per l’informatica giudiziaria (Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati-DGSIA) non constano specifiche iniziative, in collaborazione con gli uffici giudiziari, che riguardino progetti di AI e, tra questi, quelli, coltivati come detto in alcuni distretti, di c.d. “giustizia predittiva”.

Tuttavia, un’iniziativa, parallela e propedeutica, è possibile riconoscere nell’istituzione, nell’ambito della Struttura tecnica per l’organizzazione del C.S.M.³², a seguito dell’emanazione del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 2020, n. 70 (che ha aggiunto il comma 11.1 all’art. 83 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, prevedendo, per il periodo di emergenza pandemica, che il deposito degli atti del magistrato abbia luogo esclusivamente con modalità telematiche), di un tavolo di lavoro tra CSM, Consiglio nazionale Forense e, per l’appunto, il Ministero della giustizia (DGSIA) per la predisposizione di modelli base per la redazione di provvedimenti giudiziari nativi digitali.

Un progetto con ambizioni che vanno oltre il periodo emergenziale e che ha come obiettivo quello di sfruttare le potenzialità non solo veicolari del PCT (processo civile telematico), ma anche la funzione classificatoria che esso svolge in riferimento agli atti processuali.

A tal fine, verrebbero utilizzate le informazioni strutturate in linguaggio XML presenti nell’atto telematico che consentono di fornire ai sistemi informatici le informazioni necessarie alla più completa e corretta classificazione degli atti e dei provvedimenti ed al popolamento dei dati nei registri di cancelleria, così da creare una base dati informatica per uso non solo gestionale, ma anche processuale. E sotto quest’ultimo profilo la base dati potrebbe essere indirizzata anche a funzioni inerenti alla c.d. “giustizia predittiva”, incrementando quella della giurisprudenza.

³¹ Delibera C.S.M. del 16 dicembre 2020. In particolare, si vedano le pp. 13, 14 e 17 della citata delibera.

³² I dati relativi alla S.T.O. si trovano al seguente indirizzo: <https://csmapp.csm.it/web/csm-internet/struttura-tecnica-per-l-organizzazione/innovazione-organizzativa>.

2. Le iniziative territoriali di “giustizia predittiva”

Quanto alle iniziative territoriali di “giustizia predittiva”, alle quali si è fatto innanzi cenno, si tratta di quelle sviluppate dalle Corti di appello di Brescia, Venezia, Bari e Genova, quest’ultima in coordinamento con il Tribunale di Pisa; iniziative che, salvo limitate eccezioni, peraltro in fase ancora progettuale, fanno emergere piuttosto un lavoro “manuale” di selezione dei dati giurisprudenziali, seppure affidato a presupposti concettuali di “*legal analytics*”.

2.1. Corte di appello di Brescia

L’iniziativa di “giustizia predittiva” ha preso corpo nell’aprile 2018, con la convenzione intercorsa tra la Corte di appello di Brescia e l’Università di Brescia.

L’obiettivo è quello di assicurare la qualità della giustizia in raccordo con le esigenze del territorio e ciò attraverso la trasparenza, la consapevolezza e la circolarità della giurisprudenza.

Obiettivo questo realizzabile attraverso banche dati condivise della giurisprudenza, che aprono ad una informazione degli orientamenti giurisprudenziali del distretto efficacemente utilizzabile sia da tutti gli operatori del diritto (giudici e avvocati), sia dagli stessi cittadini, consentendo così di avere tempi prevedibili della risposta giudiziaria e anche di saggiare le probabilità di accoglimento di una domanda proposta in una determinata materia.

Ulteriore convergente obiettivo è quello di creare un rapporto concreto di trasparenza e collaborazione attiva con il territorio, con auspicabili effetti deflattivi del contenzioso, poiché verrebbero, per un verso, disincentivate tutte le azioni con bassa probabilità di accoglimento e, per altro verso, stimolate soluzioni alternative.

In questo senso, il progetto mira a fornire agli operatori del diritto e agli utenti due dati fondamentali, che riguardano la certezza del diritto e la certezza delle relazioni industriali e sociali, ossia:

- 1) la durata prevedibile di un procedimento su una determinata materia;
- 2) gli orientamenti giurisprudenziali esistenti nei vari uffici giudiziari del distretto.

A tal fine il progetto, presupponendo un lavoro di studio e di elaborazione particolarmente approfondito, si sviluppa in relazione alla giurisprudenza formata su determinate materie, su cui operare in maniera sistematica al fine di trarre principi e casistica e, quindi, da tali dati, anche i tempi prevedibili della risposta giudiziaria. Le materie individuate, nell’ambito di questo progetto, sono:

- 1) tribunale delle imprese (societario, industriale);
- 2) appalti;
- 3) contratti bancari;
- 4) licenziamenti;

- 5) contributivo;
- 6) infortunistica sul lavoro³³.

I passaggi operativi sono così scanditi:

- a) creazione di una banca dati per ciascuna materia;
- b) circolarità della giurisprudenza dapprima tra tribunale e corte d'appello di Brescia e poi tra gli altri tribunali del distretto;
- c) estrazione di orientamenti e casistica (ad opera di gruppi di lavoro coordinati tra uffici giudiziari ed università);
- d) estrazione dei dati sui tempi medi di durata dei procedimenti materia per materia, al fine di individuare la durata prevedibile degli stessi;
- e) pubblicizzazione dei dati, anonimizzati, così ottenuti.

2.2. Corte di appello di Bari

Il progetto “prevedibilità delle decisioni” della Corte di appello di Bari (Terza sezione civile) è stato messo in atto nell'ottobre 2016, sulla base di “schede tematiche della giurisprudenza consolidata”³⁴.

L'iniziativa vuole essere in sintonia con il valore, ritenuto patrimonio dell'ordinamento giuridico (in quanto “espressione e presupposto del principio di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo”), della “prevedibilità delle decisioni”, il quale:

- a) adegua la motivazione ai paradigmi legali (la succinta esposizione delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi, presuppone che i precedenti siano conoscibili);
- b) rende possibile la motivazione semplificata per questioni seriali;
- c) aumenta le probabilità di successo di soluzioni alternative al processo;
- d) offre ausilio ai giudici di primo grado per la conoscenza degli orientamenti della Corte in talune materie e consente un migliore orientamento da parte dei difensori sulle scelte processuali da coltivare;
- e) rende noti alla collettività gli orientamenti degli uffici giudiziari e, per ciò, possibile ed auspicabile, un decremento del contenzioso.

Con tali prospettive, il progetto è indirizzato alla redazione di “schede tematiche sulla giurisprudenza consolidata della Sezione su materie e casistica ricorrenti”, a tal fine avvalendosi dell'opera dei tirocinanti e dagli specializzandi della sezione, sotto la supervisione dei consiglieri affidatari o di altro consigliere designato dal presidente di sezione.

³³ Si veda il link <https://giustiziapredittiva.unibs.it/>

³⁴ Si veda il link https://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_4.aspx

Il progetto è aperto all'interlocuzione dei magistrati di altre sezioni della Corte di appello o di altri uffici giudiziari del distretto, nonché ai rappresentanti del Foro o ai docenti universitari, al fine di garantire apporto scientifico all'iniziativa, nonché diffusione e pubblicità dei risultati raggiunti, anche attraverso la pubblicazione su siti istituzionali, associativi o di categoria.

Le materie implicate sono numerose (da quella bancaria, alla responsabilità civile, al lavoro e alla famiglia) e riguardano tutte le sezioni civili della Corte di appello.

2.3. Corte di appello di Venezia

L'iniziativa, nella sua conformazione originaria, è frutto della sinergia tra la Corte di appello di Venezia e l'Università Ca' Foscari e, in particolare, con il Dipartimento di Economia-Settore giuridico di detta Università, avendo l'obiettivo di far conoscere la giurisprudenza del distretto veneto, a partire dall'anno 2017, ai professionisti, alle imprese e agli operatori economici in particolari materie, ritenute sensibili per dette categorie (diritto dell'impresa, dei marchi e brevetti, dell'intermediazione finanziaria, diritto bancario, diritto societario e concorrenza sleale, diritto del lavoro).

Il progetto mira a selezionare gli orientamenti giurisprudenziali e, quindi, le soluzioni date in ordine alle varie problematiche giuridiche che pongono le materie implicate, al fine di far conoscere in anticipo rispetto alla promozione di iniziative giudiziarie, l'orientamento dei giudici del distretto, ponendosi, dunque, in una chiara ottica deflattiva del contenzioso giudiziario.

A tal fine sono state raccolte, massimate e commentate centinaia di decisioni degli uffici giudiziari del distretto, a partire dall'ottobre 2017 e per gli anni 2018 e 2019, così da realizzare una banca dati ragionata, fruibile dagli operatori del diritto e dai soggetti interessati (magistrati, avvocati, consulenti del lavoro, imprese).

Il 1° febbraio 2021 al progetto stesso è stato impresso un significativo sviluppo sotto il profilo tecnologico e in una prospettiva di effettiva implementazione ad opera di AI³⁵.

È sorta³⁶, infatti, una collaborazione tra gli attori originari dell'iniziativa e il dipartimento di intelligenza artificiale di Deloitte, al fine di realizzare un pro-

³⁵ Il 1° febbraio 2021 è stato organizzato un Webinar su piattaforma digitale dal Centro studi Giuridici ed il Master in Diritto del Lavoro dell'Università Ca' Foscari di Venezia, in collaborazione con la Corte d'Appello di Venezia, per illustrare il progetto.

³⁶ Le informazioni sono tratte dall'intervista al Prof. Adalberto Perulli, ordinario di diritto del lavoro e direttore del Centro di studi giuridici di Ca' Foscari, presente sul sito della stessa Università: <https://www.unive.it>

gramma algoritmico che consente, tramite l'impiego di alcune parole chiave, di “predire” l'esito di un giudizio, al fine di “orientare gli attori nella scelta della migliore strategia in vista di un'azione in giudizio, contribuendo da un lato a ridurre il contenzioso (effetto deflattivo), dall'altro a creare le condizioni per un effettivo rispetto della certezza del diritto”. In questo contesto coopera la già realizzata banca dati degli orientamenti giurisprudenziali sulle materie sopra indicate, su cui viene ad applicarsi “l'intelligenza artificiale, che crea delle mappe cognitive ed è in grado, se interrogata liberamente, di fornire risposte sul probabile esito di un giudizio, sulla base dei precedenti”.

2.4. Corte di appello di Genova e Tribunale di Pisa

Il progetto (cd. “*PredictiveJurisprudence*”) è nato tra i predetti uffici giudiziari e la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa³⁷. Esso muove da alcune tipologie di frasi (in numero di nove), estratte da dati processuali (provvedimenti giudiziari, atti di parte, etc.), descrittive di un determinato conflitto (ad es. in tema di lesioni personali e di diritto di famiglia, ma con possibilità di estensione anche ad altri settori giuridici) e che intercettano altrettante questioni giuridiche; ciò con l'obiettivo di riassegnare al medesimo giudice il contenzioso che riguardi questioni sovrapponibili e, quindi, agevolarne, anche nei tempi processuali, la decisione.

Si tratta, dunque, di un progetto particolarmente articolato, nel quale convergono più fasi: da una utile pre-elaborazione dei documenti legali e dei metadati, soggetti ad anonimizzazione in base ad appositi algoritmi, alla relativa gestione attraverso un *repository* centralizzato e, quindi, un' “interfaccia utente” per l'etichettatura dei dati stessi. Ulteriori fasi, che rappresentano il cuore del progetto, attengono, come accennato, all'estrazione di modelli di ragionamento dalle decisioni legali con un motore di ricerca “semantico legale”, per giungere, quindi, ad una piattaforma di “giustizia predittiva” per l'analisi di casi legali specifici, mediante l'utilizzo di algoritmi sui diversi temi della giustizia.

Il progetto si baserebbe, inoltre, sul principio di “spiegabilità” dell'algoritmo, così da renderne trasparente l'utilizzo.

3. L'iniziativa della Corte di Cassazione (tramite il suo Centro Elettronico di Documentazione – C.E.D.)

Infine, un'iniziativa che è maturata assai di recente, ma che sembra assumere un significativo rilievo nel panorama attuale dei progetti di settore, è quella tra

³⁷ Si veda il link: <https://www.predictivejurisprudence.eu/>

la Corte Suprema di Cassazione – e per essa del Centro Elettronico di Documentazione (C.E.D.) della stessa Corte – e la Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia, per una collaborazione volta allo sviluppo di ricerca avanzata nel settore degli strumenti tecnici per la raccolta e l'organizzazione del materiale giuridico digitale.

A tal fine, la Corte di Cassazione e lo IUSS hanno sottoscritto un'“Accordo quadro”³⁸ per la realizzazione, nell'arco di un quinquennio, di progetti di ricerca e di sviluppo tecnologico, di attività formative e di studi di fattibilità da svolgere in *partnership*, avendo come interesse comune la valorizzazione del patrimonio conoscitivo costituito dal *corpus* della giurisprudenza e della legislazione italiana e europea, attraverso l'uso degli strumenti di *legal analytics* (LA) e di intelligenza artificiale (AI).

L'obiettivo è quello di estrarre e rappresentare conoscenza giuridica, rinvenire correlazioni implicite, individuare tendenze circa gli orientamenti giurisprudenziali e/o legislativi in modo che sia meglio consultabile ed elaborabile in sede di attività giudiziaria e di ricerca scientifica.

Parte III – Le iniziative private. AI e studi legali

1. Introduzione

L'uso di AI si traduce nell'utilizzo di sistemi computazionali per svolgere attività prima affidate all'intelligenza umana. Ciò avviene già in molti settori. Anche il settore giuridico è oggi coinvolto da questa “rivoluzione tecnologica”.

Già nel 1963 l'*American Bar Association* ha pubblicato un articolo con il seguente incipit: «*Will computers revolutionize the practice of law and the administration of justice, as they will almost everything else?*»³⁹.

Alcuni autori da qualche anno hanno cominciato a parlare di “*end of lawyers*”⁴⁰. Allo stato, però, l'utilizzo di AI negli studi legali ha comportato più un

³⁸ L'“Accordo quadro” è stato sottoscritto il 29 settembre 2021 e si può leggere sia nel sito web della Corte di cassazione (www.cortedicassazione.it), sia su quello dello IUSS di Pavia (www.iusspavia.it).

³⁹ R.C. LAWLOR, *What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions*, in «*American Bar Association Journal*», 49, 1963, p. 337.

⁴⁰ Per una panoramica sul punto cfr. J. ARMOUR – M. SAKO, *AI-Enabled Business Models in Legal Services: from traditional Law-firms to Next-generation Law Companies?*, in SSRN, Dicembre, 2019, 3; J. ARMOUR – R. PARNHAM – M. SAKO, *Augmented Lawyering*, ECGI Law Working Paper n. 558/2020, in SSRN, 3 ss. Uno dei principali sostenitori della tesi secondo la quale le macchine si sostituiranno ai giuristi è RICHARD SUSSKIND. Si veda, ad esempio, quan-

umento della produttività delle prestazioni umane che una soppressione delle stesse⁴¹. Nondimeno si ritiene plausibile che l'uso di AI possa in futuro incidere sugli studi legali⁴², se non altro sotto il profilo della loro organizzazione. Ci si riferisce non solo alla provenienza dei capitali o all'incremento di risorse da investire nelle nuove tecnologie ma anche a quello della necessaria presenza di professionisti aventi competenze "altre" rispetto a quelle giuridiche. Si può pensare sia all'assunzione di informatici, esperti in *data science* o *project manager*,

to affermato dall'autore in *AI, work and "out-come thinking"*, in *34 British Academy Review*, 2018, 30 ss. "Il 15/12/2017: il telegiornale di Radio Montecarlo annuncia che 2/3 degli Avvocati in Italia si cancellerà nei prossimi anni. Motivo? L'arrivo dell'Intelligenza Artificiale anche nel mondo giuridico": è questo l'incipit della riflessione di A. DEL NOCE su *Programmi di intelligenza artificiale e impatto sullo studio legale*, in <https://studiolegaledelnoce.it/wp-content/uploads/2019/02/Relazione.pdf>.

⁴¹ È interessante a tal proposito l'intervista fatta dall'Avv. Del Noce all'Avv. Wolf Michael Kühne, fondatore della sede italiana dello Studio *DLA PIPER*, che utilizza il sistema *KIRA* (vedi *infra*), riportata nell'articolo citato nella nota precedente, a pagina 4: "*KIRA* elimina l'Avvocato? Secondo l'Avv. Kühne, no. Ma con una precisazione. Con i robot il legale non si occupa delle "parti meccaniche". Il valore aggiunto dell'Avvocato è la sua prestazione intellettuale. Quando gli chiedo se, in fondo, eliminando le "parti meccaniche" almeno in Italia una grande parte degli Avvocati sono davvero a rischio, come hanno scritto i giornali, l'Avv. Kühne risponde che in effetti l'Avvocatura italiana, che mostra numeri incredibili rispetto a quelli europei, deve attentamente valutare i processi di cambiamento in atto per non trovarsi di colpo spazzato via dal mercato. Di colpo poiché i processi sono velocissimi e non permettono proroghe. Quando gli chiedo se non c'è il rischio che si congeli il diritto creativo, quello che ha sempre permesso l'evoluzione del diritto, visto che un'AI ha uno sguardo verso il passato (omologando il presente), l'Avv. Kühne risponde di no, poiché nella sua esperienza, per ora, alla fine interviene sempre l'Avvocato che, sulla base dell'enorme mole di esame dei dati di *KIRA*, alla fine trae le conclusioni grazie alla sua preparazione ed alla sua esperienza. Chiedo infine un commento sulla specializzazione. Da anni si sta suggerendo agli Avvocati che si devono specializzare. Da poco è in vigore il regolamento del CNF sulla nostra specializzazione ed anche l'UNCC ha fatto partire corsi di Alta Specializzazione nel campo civile e nei settori che, anche dopo la sentenza del Consiglio di Stato, sono stati assegnati. Se il mercato cambia a ritmi vertiginosi, ha ancora un senso la specializzazione, o quella specializzazione a cui facciamo riferimento? Possiamo esser sicuri che, dopo aver acquisito una specializzazione in un settore richiesto ora dal mercato, dopo pochissimo tempo lo stesso mercato non ci possa cambiare le carte in tavola? Sul tema l'Avv. Kühne conferma che stiamo entrando in una nuova dimensione e che le esigenze del mercato stanno facendo diventare vecchia ogni tappa appena raggiunta: è necessario che l'Avvocato si specializzi ma non nel senso in cui oggi noi lo intendiamo. Deve esser una specializzazione flessibile".

⁴² Secondo Deloitte "Over 100,000 jobs in the legal sector have a high chance of being automated in the next twenty years" (<https://legaltechnology.com/deloitte-insight-100000-legal-roles-to-be-automated/>). Su come possa incidere l'IA sugli studi legali cfr. E. ROSENBAUM, *Can elite law firms survive the rise of artificial intelligence? The jury is still out*, in <https://www.cnn.com/2016/11/17/can-cash-cow-of-elite-legal-firms-survive-ai-the-jury-is-still-out.html>.

sia a quella di giuristi aventi anche competenze tecniche⁴³. È, infatti, possibile che il ruolo del giurista possa avere in futuro caratteristiche diverse rispetto a quelle attuali. Sembra probabile che il giurista chiamato a lavorare nei *Multi-disciplinary Teams* (MDT) debba avere una formazione, almeno in parte, diversa rispetto a quella attuale.

In questo capitolo si descriveranno, in modo necessariamente sommario, le iniziative di impiego di strumenti di AI negli studi legali (settore civilistico). Si farà, cioè, riferimento agli strumenti di AI elaborati e utilizzati all'interno di studi legali e a quelli che vengono messi a servizio dei clienti da organizzazioni che si propongono come alternative agli studi legali⁴⁴.

Si deve, infatti, subito segnalare che il panorama delle iniziative private in materia di *LegalTech* non è limitato alla produzione di servizi destinati agli studi legali, ma comprende anche altri due filoni di attività: (i) la produzione di servizi destinati alla committenza pubblica, e quindi in primo luogo allo stesso potere giudiziario (diversi esempi sono stati forniti nella prima sezione di questo scritto); (ii) la produzione di servizi che si rivolgono direttamente agli utenti finali, consentendo loro di evitare il ricorso a procedimenti giudiziari e a studi legali tradizionali e di giungere rapidamente a soluzioni conciliative di possibili controversie (si toccherà il punto nel § 3 di questa sezione).

È intuitivo che il filone di attività consistente nella produzione di servizi destinati agli studi legali è quello che presenta maggiore interesse e maggiori possibilità di profitto per operatori privati che intendano investire in materia di *LegalTech*.

Si segnala che attualmente l'uso di Ai negli studi legali è modesto ma in crescita⁴⁵.

⁴³ Cfr. A. SAUNDERS – M. AHRENS – M. QIAN, *Lawyering when the Law Becomes Machine-Learnt: Mapping LegalTech Adoption and Skill Demand*, in S. ADAM BHATTI – S. CHISHTI – A. DATOO – D. INDJIC (a cura di), *The Legaltech Book*, London, Wiley, 2020. Si segnala, con riferimento al punto trattato nel testo, quanto sta avvenendo negli Stati Uniti, nei termini in cui ne riferisce LAURI DONAHUE, *A Primer on Using Artificial Intelligence in the Legal Profession*, in <https://jolt.law.harvard.edu/digest/a-primer-on-using-artificial-intelligence-in-the-legal-profession>: “The ABA Model Rules of Professional Conduct (“Model Rules”) require that lawyers be competent—and that they keep up with new technology. As Comment 8 states: To maintain the requisite knowledge and skill, a lawyer should keep abreast of changes in the law and its practice, including the benefits and risks associated with relevant technology... At least 27 states have adopted some form of this Model Rule. In January of 2017, Florida became the first state to require technology training as part of its continuing legal education requirement. Other states seem likely to follow suit. Indeed, failing to use commonly available technology, like email and e-discovery software, can be grounds for a malpractice claim or suspension by the bar”.

⁴⁴ Non verranno in questa sede presi in considerazione gli strumenti di IA utilizzati dalle Società.

⁴⁵ J. ARMOUR – R. PARNHAM – M. SAKO, *op. cit.*, 11.

Come si è detto sopra, il sistema AI oggi è prevalentemente basato sul *Machine Learning*, la cui finalità principale è quella di predire esiti creando complesse connessioni con dati di partenza. Si dice, infatti, che il *Machine learning* funzioni in presenza di esempi che fungano da “precedenti”. In assenza degli stessi si ritiene, invece, che l'utilizzo di M.L. sia ineffettuale⁴⁶. In altre parole, la c.d. intelligenza creativa resta al di fuori dell'attuale portata del M.L. e allo stato occorre necessariamente utilizzare le banche dati. È probabile che le attuali banche dati siano complessivamente insufficienti per un funzionamento ottimale degli strumenti di M.L. e che, pertanto, occorra uno grande sforzo nella direzione dell'implementazione della raccolta dei dati. Ciò che sembra certo è che le più importanti banche dati (si pensi a *Lexis Nexis* o a *Thomson Reuters* o a *Wolters Kluwer*) costituiranno elemento fondamentale per lo sviluppo di tecniche predittive.

In ragione di quanto detto sopra, ci si può chiedere se il rifiuto, da parte delle banche dati, di cedere i dati da loro raccolti integri gli estremi della pratica anticompetitiva e se le banche dati possano esser protette in quanto opere “originali”. Attualmente c'è una controversia in corso riferita a quest'ultima questione⁴⁷.

Al momento gli strumenti di AI sono utilizzati prevalentemente da grandi studi internazionali. Ciò si spiega anche con la circostanza che i costi per l'implementazione di AI sono allo stato elevati.

⁴⁶ Cfr. J. ARMOUR – M. SAKO, *op. cit.*, 8; J. ARMOUR – R. PARNHAM – M. SAKO, *op. cit.*, 18.

⁴⁷ Sul punto vedi D. McAFEE, *Ross Intel Must Face Thomson Reuters' Westlaw Copyright Lawsuit*, in <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/ross-intel-must-face-thomson-reuters-westlaw-copyright-lawsuit>. L'autore sintetizza il caso come segue: “*Legal research provider Ross Intelligence Inc. failed Monday to convince a federal court in Delaware to throw out a lawsuit brought against it by competitor Thomson Reuters Enterprise Centre GmbH for allegedly infringing its copyrights by reproducing and creating work based on Thomson Reuters' content. Thomson Reuters and subsidiary West Publishing Corp. sued Ross in May 2020, accusing it of using a then-Westlaw licensee to access and copy Westlaw to create a competing product. Ross was alleged to have induced legal support services company LegalEase Solutions LLC to breach its contract with West by illegally reproducing copyrighted content and sharing it with Ross. Ross moved to dismiss in July 2020, arguing that the claim doesn't plausibly allege copyrightable material or the copying of such material, and that the tortious interference claim is time barred and doesn't sufficiently allege the elements of that claim. That motion was denied here by the U.S. District Court for the District of Delaware. The court held, as to the alleged copyright infringement, that Thomson Reuters met all prongs of the four-factor test developed to see if a complaint adequately states a claim. The complaint alleges specific original works, ownership of the copyrights in those works, registration of the work in question, and acts by which defendant infringed the copyright, Judge Leonard P. Stark held. Stark also rejected the argument that the tortious interference with contract claim must be rejected and considered untimely. The judge held that further proceedings before the court, however, will have to address statute of limitations questions*”.

Come è stato già detto sopra, gli impieghi privati dell'AI non saranno, tendenzialmente, a disposizione di tutti i professionisti in modo eguale, ma solo di quelli che potranno permettersi i relativi costi e magari arricchire con proprie elaborazioni gli strumenti acquistati sul mercato. L'AI applicata alla giustizia predittiva diviene dunque uno strumento potente di miglioramento dell'offerta di servizi legali, ma anche di concentrazione dell'offerta stessa, e, come tale, dovrebbe essere guardata con preoccupazione dagli ordini professionali. Se ciò non avviene, è probabilmente per una reazione ideologica favorevole alle dinamiche di mercato, in quanto tali.

Si registra un'attenzione accentuata verso questi strumenti in UK.

Si segnala che a volte gli studi legali internazionali hanno acquisito quote di partecipazione di società di AI (ad esempio, *Slaughter and May* ha quote di *Luminance*, su cui vedi *infra*), a volte hanno creato delle *joint ventures* e a volte hanno sviluppato strumenti *in-house*⁴⁸.

2. Uso di AI all'interno degli studi legali

Il M.L. negli studi è utilizzato prevalentemente per effettuare la *due diligence* e per analizzare le clausole di alcuni contratti (vedi, ad es., Coin, Kira, RAVN, Luminance). Inizialmente gli strumenti venivano utilizzati nella valutazione di transazioni standardizzate mentre oggi vengono utilizzati anche in transazioni più complesse, quali quelle di M&A⁴⁹.

Il M.L. è anche utilizzato per analizzare documenti e registri (vedi, ad es., Coin, LinkRFI), per gestire per conto delle banche i nuovi processi di *compliance* introdotti sul mercato dei derivati *over-the-counter* (vedi, ad es, Margin Matrix) e per affrontare questioni di privacy e diritto industriale (vedi, ad esempio, Prisca).

Il M.L. può anche esser utilizzato per predire esiti. Si pensi, a tal proposito, all'esperienza condotta da un gruppo di scienziati e ingegneri dell'UCL (che hanno lavorato insieme a ricercatori di University of Sheffield e University of Pennsylvania), diretto da Nikolaos Aletras, che ha creato un algoritmo volto a predire l'esito finale del processo. L'algoritmo è stato sperimentato qualche anno fa in relazione a casi riguardanti la violazione dei diritti umani (artt. 3, 6 e 8 dell'*European Convention on Human Rights*). Su 584 cause, il programma è giunto alle stesse soluzioni dei giudici nel 79% dei casi⁵⁰. In futuro anche gli studi

⁴⁸ Cfr. J. ARMOUR – M. SAKO, *op. cit.*, 25 ss.

⁴⁹ Cfr. J. ARMOUR – M. SAKO, *op. cit.*, 8; J. ARMOUR – R. PARNHAM – M. SAKO, *op. cit.*, 21.

⁵⁰ N. ALETRAS – D. TSARAPATSANIS – D. PREOȚIU-C-PIETRO – V. LAMPOS, *Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective*, in «PeerJ Computer Science», 2016, <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>.

legali potrebbero avvalersi di siffatti strumenti. Già oggi, per altro, si utilizzano strumenti volti a predire i tempi di decisione o le probabilità di successo in caso di assegnazione della questione a specifici giudici (vedi, ad es., *Lex Machina*).

Allo stato, non si può delineare una tipizzazione definitiva degli strumenti di AI che il mercato mette a disposizione degli studi legali (ma anche dell'utilizzatore pubblico)⁵¹. Possono comunque delinearsi tre filoni di offerta:

- a) banche-dati generali con motori di ricerca avanzati, a disposizione di qualsiasi acquirente. L'impiego della AI dovrebbe portare a trasformare questi prodotti sempre più in *personal assistant* tecnicamente attrezzati ad agevolare le ricerche del giurista umano;
- b) strumenti ausiliari specialistici a disposizione di qualsiasi acquirente: p.e. *risk assessment* su determinate questioni o esame standardizzato di documenti ecc.;
- c) strumenti specialistici di proprietà di una singola *law firm*, di norma elaborati in collaborazione con un'impresa specializzata nel settore.

È intuitivo, ma il tema non può essere approfondito in questa sede, che queste diverse possibili utilizzazioni dell'AI presentano diversi problemi di diritto della concorrenza e di disciplina delle professioni.

Analizziamo adesso più da vicino i principali strumenti di AI utilizzati negli studi legali.

Coin (Contract Intelligence) viene utilizzato da *JP Morgan* per interpretare i contratti commerciali. J.P.Morgan ha, in particolare, automatizzato il *check* dei documenti nel settore del credito.

La peculiarità del *software* risiede nell'utilizzo del c.d. apprendimento non supervisionato (*Unsupervised learning*). Si tratta di una tecnica di apprendimento automatico basata su una serie di *input*, riclassificati e organizzati autonomamente dal software.

⁵¹ Nella *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, adottata dalla CEPEJ (Commissione europea per l'efficienza della giustizia), Strasburgo, 3 dicembre 2018, è presentata la seguente classificazione:

- motore di ricerca giurisprudenziale avanzato;
- risoluzione delle controversie online;
- assistenza nella redazione di atti;
- analisi (predittiva, tabelle);
- categorizzazione dei contratti secondo criteri diversi e individuazione delle clausole contrattuali divergenti o incompatibili;
- "Chatbots" per informare le parti in lite o sostenerle nel procedimento giudiziario.

È evidente, senza necessità di ampi commenti, come questa tipizzazione sia tutt'altro che esauriente.

Kira è un *software* nato in Canada, dall'azienda tecnologica *Kira Systems*, che nel giugno 2016 ha siglato un accordo con *Dla Piper*, studio legale internazionale con sedi in 30 paesi del mondo, per fornire il sistema di IA. Dall'inizio del 2017 pure la sede italiana sta sperimentando il programma. Anche *Deloitte* utilizza l'intelligenza artificiale di *Kira* per provvedere alla correzione dei documenti.

Serve per valutare l'abusività delle clausole dei contratti e per svolgere attività di due diligence. DLA PIPER ha calcolato che il margine di errore di KIRA è del 2% mentre quello umano si aggirava sul 20-30%⁵².

Operano una revisione dei contratti anche LawGeex and eBrevia.

Lex Machina è stata fondata nel 2009 e ha sede a Menlo Park, California. *Lex Machina* fornisce analisi ad aziende e studi legali per elaborare strategie utili per impostare le cause e migliorare l'efficacia del *business*.

La piattaforma *Lex Machina* ha una varietà di funzioni per aiutare gli avvocati nell'impostare loro strategia legale. Ad esempio, *Timing Analytics* utilizza l'intelligenza artificiale per fornire la stima temporale di quando si andrà materialmente in giudizio davanti a uno specifico giudice.

Un'altra funzione permette agli utenti di selezionare gli avvocati rispetto alla loro esperienza indicando le possibilità di successo davanti a uno specifico giudice o a un tribunale. *Lex Machina* è stata acquisita da *LexisNexis* nel 2015 per un importo non conosciuto.

A Londra il colosso legale britannico *Linklaters*, presente con 29 uffici e oltre duemila avvocati in 20 Paesi del mondo, ha messo a punto, assieme alla startup londinese *Eigen Technologies*, un *device* chiamato *LinkRFI*. Quest'ultimo è un *software* che esamina per conto di banche (ad es. *Lloyds Banking* o *RBS*) i registri delle autorità di regolamentazione finanziaria europee per controllare migliaia di nominativi in tempo reale, e con grande accuratezza⁵³.

Luminance è una piattaforma di IA per la *due diligence*. È nata nel Regno Unito ed è stata implementata in Italia dallo studio Portolano Cavallo.

Luminance è una piattaforma di intelligenza artificiale per la professione legale, con oltre 250 clienti in oltre 50 paesi nel mondo. La tecnologia di "*machine learning*" consente a *Luminance* di leggere e comprendere il linguaggio forense, permettendo agli avvocati di effettuare analisi dei documenti in tutte le aree di attività (*due diligence*, negoziazioni contrattuali, analisi della conformità legale,

⁵² Notizia fornita da A. DEL NOCE, *op. cit.*, 4.

⁵³ Cfr. <https://www.linklaters.com/en/client-services/banking/financial-structuring>

analisi del portafoglio immobiliare e *Discovery*). *Luminance* ha sedi a Londra, Cambridge, New York e Singapore⁵⁴.

Nel 2016 un altro colosso legale, *Allen & Overy*, si è alleato con *Deloitte* per creare *MarginMatrix*, software che gestisce per conto delle banche i nuovi processi di *compliance*, introdotti sul mercato dei derivati *over-the-counter*⁵⁵.

Dla Piper ha messo a punto un *chatbot* (*Prisca*) basato su *Ibm Watson*, per rispondere ai quesiti in materia di *privacy* e segreto industriale: uno strumento che supporta e non sostituisce l'assistenza legale⁵⁶.

Nella capitale inglese è nata anche *Ravn*, un'intelligenza artificiale in grado di "leggere" migliaia di documenti in tempo reale organizzandone i contenuti secondo la chiave di analisi desiderata. Una ricerca *bi-tech* sartoriale, utilissima in studi legali in cui la massa di documenti continua a crescere. Oltre a *law firms* quali *Berwin Leighton Paisner* e *Linklaters*, questo software viene utilizzato anche da società come *Sky* e *Bloomberg*⁵⁷.

Prima lo studio *Baker & Hostetler*, nel 2016 e poi anche alcuni studi italiani si avvalgono del sistema *Ross Watson* di *Ibm*. Si tratta di un sistema cognitivo, che consente di offrire risposte all'interrogativo posto dall'uomo attraverso il richiamo di norme e sentenze. Si è parlato di *Robot Avvocato*. È stato principalmente pensato per questioni attinenti a controversie fiscali⁵⁸. *Ross* ha deciso di non accettare nuovi clienti in seguito all'azione intentata da *Thomson Reuters* (vedi *supra*).

3. Utilizzo degli strumenti di AI da parte di organizzazioni che si propongono come alternative agli studi legali

Negli ultimi anni si è assistito alla creazione di alcune piattaforme che propongono ai clienti di affrontare alcuni problemi legali attraverso l'utilizzo di strumenti di AI.

⁵⁴ Cfr. <https://portolano.it/news/portolano-cavallo-e-il-primario-studio-legale-in-italia-ad-adottare-luminance-discovery-la-piattaforma-di-intelligenza-artificiale-a-supporto-di-contenziosi-arbitrati-e-in-dagini-interne>.

⁵⁵ interessante l'intervista fatta dall'Avv. Del Noce all' Avv. Yan Pecoraro, socio dello studio Portolano Cavallo, riportata nell'articolo citato sopra nella nota 39, a pagina 4.

⁵⁵ Cfr. <https://www.law.com/international-edition/2017/11/09/top-20-legal-it-innovations-2017-ao-and-deloitte-marginmatrix-a-mini-law-firm-in-your-computer/?sreturn=20210225064156>.

⁵⁶ Cfr. <https://legalcommunity.it/dla-sanzioni-gdpr-europa/>

⁵⁷ Cfr. <https://www.prnewswire.com/news-releases/ravn-systems-artificial-intelligence-platform-is-deployed-successfully-at-berwin-leighton-paisner-528627681.html>.

⁵⁸ Cfr. <https://sciencecue.it/ross-lavvocato-progettato-dalla-ibm/9485/>

In particolare, *Do Not Pay* permette di contestare multe per divieto di sosta nel Regno Unito ed in alcune città statunitensi⁵⁹ e Volo Risarcito Gratis permette di verificare se il ritardo o la cancellazione del volo, o ancora lo smarrimento o danneggiamento del bagaglio possano dare diritto al risarcimento del passeggero⁶⁰.

Wevorce è stata sviluppata negli Stati Uniti e serve a guidare le coppie nell'individuazione di una soluzione⁶¹.

⁵⁹ Cfr. <https://donotpay.com/>

⁶⁰ Cfr. <https://www.volorisarcitogratis.com/>

⁶¹ Cfr. <https://www.wevorce.com/>

CAPITOLO 4
TECNOLOGIE E LAVORO

La forma digitale dei provvedimenti datoriali

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. Forme di esercizio del potere direttivo: dall'accordo individuale scritto (art. 19 L.81/2017) alla sua assenza (normativa emergenziale) – 3. Problemi di diritto sostanziale (pg. 6): I) Le diverse forme di comunicazione digitale delle direttive datoriali, atti tendenzialmente a forma libera: e-mail, sms, whatsapp; II) Quali gli strumenti di lavoro attraverso i quali la prestazione può o deve essere resa e le direttive possono o devono essere date?; III) Dovere o anche diritto alla disconnessione? I tempi del lavoro agile tra operatività e contattabilità; IV) Provvedimenti datoriali che assolvono ad obblighi di informativa in capo al datore di lavoro (codici disciplinari, norme sulla sicurezza sul lavoro); V) Provvedimento datoriale con cui si fanno cessare gli effetti del rapporto: la lettera di licenziamento; – 4. Questioni inerenti il processo: I) Limiti di conservazione della posta elettronica; II) Valore di prova in giudizio; III) Strumenti per la produzione nel processo telematico civile: trascrizioni, stampa di screenshot; file in formato zip allegati al fascicolo telematico; chiavette e CD allegati al fascicolo cartaceo – 5. Conclusioni.

1. Premessa

La comunicazione digitale anche prima della pandemia, e quindi già nella modalità di svolgimento prestazione lavorativa che nella generalità dei casi era “in presenza”, costituiva, soprattutto nelle realtà imprenditoriali di media e grande dimensione, la modalità più comune di comunicazione delle direttive datoriali. Oggi, nella condizione emergenziale che ha imposto per la generalità dei lavoratori la prestazione “a distanza”, è divenuta modalità necessitata.

Nella presente relazione si tratterà delle implicazioni derivanti dall'utilizzo della forma digitale per la comunicazione dei provvedimenti datoriali nel lavoro subordinato:

- **in presenza** (quella che è stata sino al periodo pre pandemia la forma classica di lavoro, espletato presso la sede aziendale);
- **nelle diverse modalità di lavoro a distanza o “da remoto”** (modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa dal marzo 2020).

In telelavoro (prima modalità a distanza disciplinata nell'ordinamento italiano) in cui il lavoratore pattuisce (quindi necessario un accordo tra azienda e dipendente che può essere contenuto nel contratto di assunzione o intervenire successivamente) di eseguire le prestazioni da un luogo esterno all'azienda avvalendosi di un dispositivo mobile collegato con il sistema informatico aziendale.

Mentre nei rapporti di lavoro privato non esiste una disciplina legale e la regolamentazione è stata dettata dalla contrattazione collettiva (vedi Accordo Interconfederale stipulato il 9 giugno 2004 che recepisce l'Accordo Quadro Europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002, dal quale emerge che il telelavoro è “una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa”), nella P.A. il telelavoro è stato normato a partire dall'art. 4 l. 16 giugno 1998, n. 191, “allo scopo di razionalizzare l'organizzazione del lavoro e di realizzare economie di gestione attraverso l'impiego flessibile delle risorse umane”, e dettagliatamente disciplinato con il D.P.R. 8 marzo 1999, n. 70.

Riassumendo il dipendente in telelavoro è vincolato:

- a lavorare da una postazione fissa e prestabilita;
- con gli stessi limiti di orario che avrebbe in ufficio; il datore di lavoro
- è responsabile della fornitura, dell'installazione e della manutenzione degli strumenti necessari al telelavoratore;
- deve rimborsare i costi dei collegamenti telefonici.

La P.A. ha anticipato la normativa del lavoro agile con l'art. 14 l. 124/2015 il quale prevedeva che le amministrazioni pubbliche, nei limiti delle risorse di bilancio disponibili e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, “adottino misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali per l'attuazione del telelavoro e per la sperimentazione, anche al fine di tutelare le cure parentali, di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa che permettano, entro tre anni, ad almeno il 10 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano, di avvalersi di tali modalità, garantendo che i dipendenti che se ne avvalgono non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera”.

In lavoro agile, modalità di prestazione dell'attività lavorativa che consente di svolgere – totalmente o parzialmente – il lavoro da casa o comunque fuori dai locali dell'azienda o dello studio, con “possibile utilizzo” di applicazioni tecnologiche come strumento di lavoro senza postazione fissa. A differenza del telelavoro, per il lavoro agile non è più elemento qualificante l'utilizzo dell'ICT, né la predeterminazione di luoghi e orari di lavoro. La disciplina della l. 81/2017,

applicabile in base alla previsione del comma 3 dell'art. 18 anche al lavoro alle dipendenze della P.A., non prevede infatti alcun vincolo se non i limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Art. 18 l. n. 81/2017: *“La prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.”.*

In **smartworking**, espressione che è venuta in voga con la normativa emergenziale la quale la utilizza come sinonimo di lavoro agile ma che, per la disciplina derogatoria che caratterizza la normativa in vigore dal marzo 2020, si identifica con forme nuove ed ibride di lavoro a distanza.

2. Forme di esercizio del potere direttivo: dall'accordo individuale scritto (art.19 L.81/2017) Alla sua assenza (normativa emergenziale)

La LEGGE 22 maggio 2017, n. 81 “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato”

(G.U. Serie Generale n. 135 del 13-06-2017) al comma 1 dell'art. 18 offre la definizione di lavoro agile: *“Le disposizioni del presente capo, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovono il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva”.* Per quel che qui andiamo trattando assume particolare rilevanza il comma 1 del successivo art. 19, il quale prevede obbligo di accordo scritto fra datore di lavoro e lavoratore subordinato che rende legittimo svolgere la prestazione lavorativa in tempi e luoghi diversi dai locali dell'azienda e dall'orario stabilito nei CCNL: *“L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tec-*

niche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro”.

E quindi l'accordo assicurava la codificazione tra le parti:

- delle forme di esercizio del potere direttivo;
- con quali strumenti lavorare;
- tempi di riposo;
- misure tecniche e organizzative che assicurano la disconnessione.

Elementi tutti che davano certezza anche in merito alle condotte non ammesse nell'espletare la prestazione lavorativa a distanza e che potevano dare luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

La **LEGGE 145/2018 del 30 dicembre 2018 (Legge di Bilancio 2019)** prevedeva, in favore delle lavoratrici madri e dei genitori con figli in condizioni di disabilità, una corsia preferenziale per l'affidamento della modalità in smart working.

Il comma 486, della Legge di Bilancio 2019 486 “All’articolo 18 della legge 22 maggio 2017, n. 81, dopo il comma 3 è inserito il seguente: “*3-bis. I datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità previsto dall'articolo 16 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104*”.

L'indicata normativa, quindi, nulla cambiava riguardo alle modalità con cui veniva concordato l'esercizio del potere direttivo e di controllo, fissando solo un criterio di priorità che il datore di lavoro è obbligato a seguire qualora sigli accordi per il lavoro agile.

IN TEMPO COVID-19 la chiusura obbligatoria delle attività produttive ha esteso il lavoro agile a tutti i lavoratori in generale, dipendenti di pubbliche amministrazioni e di privati, quale misura anti contagio a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione.

- Sullo smart working Il Governo è inizialmente intervenuto con il **DPCM del 23 febbraio 2020**, per rendere più immediato il ricorso all'istituto nelle aree considerate a maggiore rischio per l'emergenza coronavirus, ossia i Comuni della zona rossa. In tali aree, per favorire il normale svolgimento dell'attività lavorativa, il Governo aveva consentito, in via straordinaria, l'attivazione dello smart working anche in assenza dell'accordo individuale.

Il Ministero del lavoro, con successiva nota del 24 febbraio 2020, aveva chiarito che (ma, con espresso riferimento al DPCM citato) nella procedura telematica l'accordo individuale dovesse essere sostituito da un'autocertificazione che il lavoro agile si riferisse ad un soggetto appartenente a una delle aree a rischio e che nel campo "data di sottoscrizione dell'accordo", dovesse essere inserita la data di inizio dello smart working.

- Con il **DPCM del 25 febbraio 2020** si era prevista l'estensione del ricorso al lavoro agile semplificato (ossia anche in assenza di accordi individuali) a ogni rapporto di lavoro subordinato fino al 15 marzo 2020 per i datori di lavoro aventi sede legale o operativa nelle Regioni Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Piemonte, Veneto e Liguria, e per i lavoratori ivi residenti o domiciliati che svolgano attività lavorativa fuori da tali territori (art. 2).

Il Ministero del lavoro, con successiva nota del 26 febbraio 2020, omettendo qualsiasi richiamo all'autocertificazione precedentemente richiesta, si limitava a chiarire che gli obblighi di informativa sulla salute e sicurezza nel lavoro agile nei confronti dei lavoratori e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (RLS) dovessero essere assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'INAIL.

- Con il **DPCM del 1° marzo 2020** si prevede che la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81 possa essere applicata, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti per la durata dello stato di emergenza di cui alla deliberazione del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, ossia per la durata di 6 mesi – dai datori di lavoro (imprese e professionisti); – a ogni rapporto di lavoro subordinato; – sull'intero territorio nazionale, termine prorogato *ex d.l.* 23 luglio 2021, n. 105 da ultimo al 31.12.2021.

Il Ministero del Lavoro: fino al 31 dicembre 2021 le comunicazioni di smart working nel settore privato vanno effettuate esclusivamente attraverso la procedura semplificata già in uso (per la quale non è necessario allegare alcun accordo con il lavoratore), utilizzando esclusivamente la modulistica (Template per comunicare l'elenco dei lavoratori coinvolti) e l'applicativo informatico resi disponibili dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali... Accedi alla procedura semplificata per il caricamento massivo delle comunicazioni di smart working, ai sensi del DPCM del 1° marzo 2020.

E dunque in tempo di emergenza virale, la modalità agile della prestazione lavorativa prevede che la disciplina di cui dall'art. 18 l. 22 marzo 2017 n. 81 possa essere applicata dai datori di lavoro – imprese e professionisti – ad ogni tipo di lavoro subordinato compatibile con lo svolgimento a distanza sull'intero territorio nazionale senza necessario previo accordo, assolvendo

il datore di lavoro in via telematica agli obblighi di informativa sulla salute e sicurezza.

Riassumendo:

- Il lavoro agile pre-emergenziale era disciplinato dalla legge e dall'accordo individuale (la tornata contrattuale del 2018 aveva sostanzialmente ignorato l'istituto).
- Lo smartworking, o meglio l'home working emergenziale, venuto meno l'accordo individuale, è regolato da un accavallamento di legislazione d'urgenza, regolamenti, circolari, protocolli: un insieme normativo non organico, ma configurato come largamente derogatorio della normativa generale e destinato ad esaurire i suoi effetti al termine di un'emergenza dai contorni ancora indefiniti, ma che, per ora, sembra protrarsi oltre la fase dell'emergenza sanitaria in senso stretto (l'art. 90 c. 4 prevede per lo smartworking emergenziale il termine del 31.12.2020). Durante questo periodo la contrattazione vera e propria appare marginalizzata, anche per ragioni contingenti di accelerazione e semplificazione.

3. Problemi di diritto sostanziale:

D) Le diverse forme di comunicazione digitale delle direttive datoriali, atti tendenzialmente a forma libera: e-mail, sms, whatsapp

La disciplina del lavoro agile all'art. 19 l. n. 81/2017 poneva in capo al datore di lavoro l'obbligo di stabilire tramite accordo per iscritto le condizioni affinché il datore di lavoro potesse esercitare il proprio potere direttivo;

La normativa emergenziale se da un lato ha reso le modalità di comunicazione digitale necessitate, dall'altro, non prevedendo più la necessità di accordo scritto, ha fatto venir meno la disciplina pattizia riferita alle modalità di esercizio del potere direttivo con tutte le incertezze che ne possono conseguire.

Le e-mail

La posta elettronica (e-mail) è la forma più diffusa di comunicazione digitale e non vi è discussione che tramite questa possano essere comunicate direttive datoriali.

L'evoluzione tecnologica digitale delle forme di comunicazione non è però andata di pari passo con una formazione del personale al corretto utilizzo di tali nuovi strumenti di comunicazione, il che ha creato una serie di disfunzioni di cui le seguenti sono evidente esempio:

- In media, ogni dipendente spende un quarto di settimana lavorativa scrivendo e leggendo email, ciò sia perché le mail spesso vengono indirizzate non solo al vero destinatario ma ad innumerevole numero di altri colleghi per conoscenza sia perché l'oggetto delle medesime non è sempre chiaramente identificato, il che costringe alla loro apertura per comprendere se trattasi di argomento che effettivamente coinvolge il ruolo e le mansioni del ricevente.
- Sembrerebbe chiara la distinzione tra indirizzi di posta in utilizzo nella vita privata ed indirizzi personali di posta aziendale ma nei fatti accade spesso che i secondi siano utilizzati anche per comunicazioni personali tra dipendenti e, seppur più raramente, che il datore di lavoro utilizzi indirizzi di posta personali del lavoratore di cui è comunque a conoscenza per comunicare con lui. Può un ordine datoriale essere comunicato su indirizzo di posta personale del dipendente? O, in altre parole, è tenuto il dipendente ad adempiere ad ordine datoriale pervenuto su suo indirizzo di posta personale? E può ritenersi obbligo del datore di lavoro quello di utilizzare per le comunicazioni lavorative (ad esempio comunicazione di cambio turno) a sua volta di indirizzo di invio aziendale?

Eppure gli strumenti per un'educazione all'utilizzo dello strumento di comunicazione digitale esistono: sono stati redatti decaloghi per la redazione di e-mail di lavoro: oggetto sintetico e chiaro, no umorismo perché potrebbe non essere compreso, no a saluti troppo confidenziali, scrivere come se potessero leggere tutti, firmarsi con nome cognome ruolo e settore di appartenenza, inserire un avviso all'interno delle e-mail, nel quale si avverte della natura non personale del messaggio etc.etc. Esistono guide pratiche per la gestione della casella e-mail del lavoratore per suggerire al titolare del trattamento regole e procedure di gestione, backup e conservazione.

La comunicazione digitale permette altresì nuove forme di comunicazione e di co-decisione: ad es. in materia di turni di lavoro in presenza. Soprattutto in aziende di grandi dimensioni sta prendendo piede far partecipare i dipendenti nella scelta dei turni in presenza poiché l'ottimizzazione della gestione dei turni è stato valutato avere riflessi positivi anche sulla produttività.

L'esempio è l'introduzione di un innovativo sistema di gestione degli orari di lavoro, definito con l'acronimo T.I.M.E., ovvero 'trovare insieme il miglior equilibrio': si basa su un sistema informatico in grado di generare i turni in base al fabbisogno aziendale: prima i dipendenti indicano i turni preferiti, e poi, incrociando queste preferenze con le 'Regole Comuni' dell'azienda, il tool fornisce la turnistica di un periodo prefissato.

Poco rilevante negli ultimi anni la casistica delle comunicazioni tramite sms, più interessante è l'esame delle pronunce riferite alla messaggistica whatsapp.

Whatsapp

Meno formale e di più recente diffusione l'utilizzo dello strumento di messaggistica Whatsapp, soprattutto nell'ambito di gruppi di lavoro di piccole e medie dimensioni.

Sulla legittimità di ordini di servizio comunicati via whatsapp si è dibattuto in ambito di pubblico impiego, ed in particolare nel settore sanitario. Ricordato come l'ordine di servizio fosse già correttamente normato attraverso l'art. 28 del CCNL di comparto, confortato da ulteriori riferimenti legislativi in tema di lavoro straordinario (art. 31 CCNL ARAN, d.lgs. n. 66/2003, art. 5 comma 4 – Circolare n. 8/2005 del Ministero del lavoro), i sindacati hanno contestato la legittimità del comportamento volto ad impartire un ordine di servizio tramite WhatsApp.

Riguardo alla comunicazione delle assenze è di norma il contratto collettivo che ne disciplina la modalità di comunicazione: considerando che i CCNL non vengono aggiornati con la stessa tempestività che pervade l'aggiornamento informatico, non troviamo disciplinato in nessun contratto l'utilizzo di WhatsApp, ma l'uso di fax, e-mail o telefonata. Riguardo alle comunicazioni WhatsApp la sentenza n. 8802/2017 del Tribunale di Roma ha ritenuto la chat un canale idoneo per comunicare l'assenza per malattia.

Alcune recenti pronunce di merito:

- Sent. n. 71/2021 pubbl. il 25/06/2021 del Tribunale di Mantova su direttive tramite mail e comportamento disciplinarmente rilevante posto in essere tramite Whatsapp: (impugnativa sanzione disciplinare): “inviai mail esortandola a elaborare e a trasmettermi reports periodici; aggiungo che fin dall'inizio del rapporto ho chiesto verbalmente “un giorno sì e uno no” (nel senso di piu' volte) alla ricorrente di redigere e trasmettermi relazioni della sua attività. Ricordo che tempo prima della contestazione disciplinare convocai una riunione ma non ricordo dove a cui partecipo' la Spitti (non ricordo chi altro) in cui si tratto' della questione del mancato invio di reports da parte della ricorrente”. La deposizione trova conforto nella mail del 30.7.2019 sub doc. 12 di parte convenuta nella quale il Maresca scrive alla Spitti “: restiamo sempre in attesa di report settimanali”, nella mail 6 settembre 2019 della ricorrente che contiene un rendiconto della settimana 2-6 settembre sicuramente generico, nell'assenza di altri report in atti”; whatsapp di minacce da parte della dipendente: ti denuncio alla Procura della repubblica: confermata la sanzione disciplinare irrogata.
- Sent. n. 792/2021 pubbl. il 31/08/2021 della Corte d'Appello di Milano (la lavoratrice richiedeva il riconoscimento della subordinazione): le viene negata dal

giudice di primo grado. L'appello viene rigettato: “Quanto al lasso temporale più recente, in relazione al quale entrambe le parti hanno prodotto copia di messaggi whatsapp, dagli stessi risulta che l'amministratrice della società desse indicazioni sul lavoro da svolgere, ma con modalità compatibili con il lavoro autonomo” dando per sottintesa la legittimità di tal prassi di invio.

- Sent. n. 224/2021 pubbl. il 07/09/2021 del Tribunale di Rieti (dichiarazione di illegittimità di sanzione disciplinare per assenza dal luogo di lavoro ed inadempimento alla prestazione lavorativa – accertamento di accordo non scritto tra le parti per lo svolgimento della prestazione con modalità agile): la lavoratrice ha dedotto che già rendeva le proprie prestazioni sia presso la sede della società che presso l'abitazione familiare messa in smart working dal lockdown; che per effettuare le prestazioni presso la propria abitazione, la ricorrente si avvaleva di computer portatile marca ASUS mod. P553M s/n F4NXC537935176 e di cellulare Iphone XS ocd IMEI 357228091631313, entrambi di sua proprietà; la ricorrente compilava le schede contabili da casa inviandole esclusivamente con modalità telematica tramite Wetrasfer o tramite supporto USB consegnato; che la datrice di lavoro le chiedeva pretestuosamente spiegazioni, anche nelle ore serali, circa la redazione di relazioni contabili allorché le stesse erano state già debitamente compilate da tempo e sottoposte al suo vaglio ed approvate; non dava più consegne circa le attività da svolgere. Il Tribunale: ha ritenuto che tra le parti sia intervenuto un accordo in base al quale, nel periodo oggetto di contestazione (12 maggio – 25 maggio 2020), la ricorrente avrebbe potuto svolgere la propria prestazione lavorativa in modalità agile ai sensi della legge 22 maggio 2017, n. 81 (c.d. *smart working*) poiché “Tale circostanza, non solo non è contestata tra le parti, ma risulta anche documentalmente dimostrata nella parte in cui la stessa convenuta dichiara espressamente di aver concesso tale modalità di lavoro, seppure verbalmente e non per iscritto”. contrario, non vale addurre la mancanza di forma scritta dell'accordo, dal momento che, ai sensi dell'art. 19, legge n. 81/2017, la forma scritta è richiesta dalla legge ai soli fini della prova e non anche della validità dell'accordo. Ne consegue, pertanto, che la contestazione relativa all'assenza fisica della ricorrente dal luogo di lavoro deve ritenersi infondata, deve ritenersi ugualmente infondata la contestazione relativa alla mancata esecuzione della prestazione da parte della ricorrente in modalità di lavoro agile. A tal riguardo, è sufficiente osservare come la convenuta si sia limitata ad allegare l'inadempimento, senza tuttavia allegare e dimostrare la specifica prestazione che si assume inadempita. Sul punto, peraltro, occorre anche rilevare come la convenuta non abbia prodotto nessuna comunicazione via e-mail da cui evincere i compiti assegnati alla

ricorrente che sarebbero rimasti inevasi, la cui allegazione si rendeva tanto più necessaria alla luce dell'eccezione della ricorrente relativa alla mancata ricezione di istruzioni in merito al lavoro da svolgere (cfr. doc. 5 del ricorso: messaggio del 13.5.2020 ore 10:05 – L. V.: “resto in attesa di tue istruzioni via mail come abbiamo sempre fatto”. Ha quindi concluso per l'infondatezza del licenziamento disciplinare irrogato in relazione a tali fatti.

- Ord. Tribunale di Roma, Sez.III lavoro, in sede di reclamo del 22.8.2021 che ha esaminato, respingendo il ricorso della dipendente, fattispecie in cui la ricorrente lamentava l'illegittimità di comunicazione “Con messaggio Whatsapp del 17.5.2021 con cui la convenuta comunicava: “Per esigenze urgenti di servizio i turni hanno subito variazioni. Controllate bene. Domani mattina e domani pomeriggio. Gli operatori che non hanno fatto il vaccino da domani non possono venire in servizio. Disposizioni della struttura”. Orbene la lavoratrice ha contestato la sola sospensione dal servizio per i non vaccinati nulla obiettando in merito alle modalità di comunicazione datoriale.

II) Quali gli strumenti di lavoro attraverso cui la prestazione può o deve essere resa e le direttive possono o devono essere date?

Nel lavoro in presenza la questione della proprietà degli strumenti di lavoro aveva una rilevanza marginale per due ordini di motivi:

- normalmente gli strumenti di lavoro erano di proprietà datoriale;
- normalmente il dipendente era comunque contattato durante l'orario di lavoro e quindi sul luogo di lavoro.

L'art. 19 L. n. 81/2017 sul lavoro agile poneva in capo al datore di lavoro l'obbligo di stabilire tramite accordo per iscritto tra l'altro: quali strumenti dovessero essere impiegati dal lavoratore per rendere la prestazione (solo PC, PC e telefono, proprietà degli strumenti).

Con la normativa “COVID”, venuto meno l'accordo scritto e generalizzato per l'instaurazione del lavoro a distanza, possono permanere dubbi:

- su *quali siano gli strumenti* attraverso i quali la prestazione può essere resa e quelli tramite i quali non è consentito sia resa. Insomma un'incertezza sui mezzi da utilizzare, per quel che qui interessa, per operare comunicazioni ed impartire direttive datoriali;
- *in quali momenti della giornata* il lavoratore ha l'obbligo di rispondere a direttive datoriali ed in quali no.

La questione inerente le modalità ed i limiti di utilizzo dei “device” assume rilevanza anche in relazione al rischio di perdita o involontaria diffusione di dati

aziendali a terzi. Occorre infatti stabilire, onde valutare la responsabilità del lavoratore, se era stata fissata una disciplina vincolante inerente le modalità di utilizzo degli strumenti di lavoro a distanza (si pensi ad invio per errore di comunicazioni aziendali a terzi, di permeabilità del sistema in utilizzo ad intrusione di terzi). Problema divenuto scottante, stando ad una ricerca realizzata da Veritas Technologies, azienda specializzata nella produzione di soluzioni tecnologiche per la protezione dei dati: sui 12.500 intervistati, il 75% dei dipendenti utilizzerebbe Whatsapp per le proprie comunicazioni di lavoro in maniera frequente, con un picco del 71% che afferma di usarlo per inviare informazioni sensibili per conto dell'azienda per cui lavora. Anche Federprivacy ha scattato una fotografia simile del mondo del lavoro registrando un 52% di intervistati che ha riferito di utilizzare Whatsapp per inviare documenti, scansioni e file condivisi in maniera semplice e veloce. Un quarto del campione ha per altro ammesso che gli è capitato di sbagliare destinatario (24%).

Per tali motivi è stato evidenziato come l'utilizzo Whatsapp per lavoro sia consigliabile solo se esiste una procedura appositamente regolarizzata dall'azienda datore di lavoro tramite manuale della privacy interna, pena una violazione del GDPR (General Data Protection Regulation Regolamento generale sulla protezione dei dati – regolamento europeo che disciplina il modo in cui le aziende e le altre organizzazioni possono trattare i dati personali). Policy ad hoc destinata alle modalità e tempistiche di utilizzo di questo strumento di comunicazione.

Evidente che la strada di dotazione a cura del datore di lavoro di strumenti di lavoro a distanza con vincolo per il lavoratore di utilizzo solo di questi e solo per la resa della prestazione appare la più idonea ad evitare i rischi di perdita/diffusione a terzi di dati aziendali. Modalità che farebbe altresì chiarezza, nell'interesse del lavoratore, sulle vie abilitate alla comunicazione di comunicazioni e direttive datoriali.

Tale scelta deve però superare l'ostacolo dei costi e dei tempi legati alla realizzazione di tale progetto, tempi e costi che potrebbero andare a svantaggio della prosecuzione nell'immediatezza dell'esperienza del lavoro a distanza e che per tale motivo hanno visto sino ad ora in sede di contrattazione nel pubblico impiego, l'opposizione di parte dei sindacati chiamati al tavolo delle trattative con l'ARAN.

In tale direzione per altro si muovono le **“Nuove linee Guida” dettate dal Ministro Brunetta nello scorso ottobre (2021) in materia di lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche** (linee guida fornite ai sensi dell'articolo 1, comma 6, del Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione recante modalità organizzative per il rientro in presenza dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni) ove sono state previste condizioni tecniche necessarie per l'accesso al lavoro in forma agile del dipendente pubblico che la PA:

- *Si deve fornire il lavoratore di idonea dotazione tecnologica.*

- Per accedere alle applicazioni del proprio ente può essere utilizzata esclusivamente la connessione Internet fornita dal datore di lavoro.
- Se il dipendente ha un cellulare di servizio, è possibile inoltrare le chiamate dall'interno telefonico del proprio ufficio sul cellulare di lavoro.
- L'amministrazione deve prevedere apposite modalità per consentire la raggiungibilità delle proprie applicazioni da remoto. Se le applicazioni dell'ente sono raggiungibili da remoto, ovvero sono in cloud, il dipendente può accedere tranquillamente da casa ai propri principali strumenti di lavoro. Alternativamente si può ricorrere all'attivazione di una VPN (Virtual Private Network, una rete privata virtuale che garantisce privacy, anonimato e sicurezza) verso l'ente, oppure ad accessi in desktop remoto ai server. Inoltre, l'amministrazione, dovrà prevedere sistemi gestionali e sistema di protocollo raggiungibili da remoto per consentire la gestione in ingresso e in uscita di documenti e istanza, per la ricerca della documentazione, etc.”.
- In nessun caso può essere utilizzata un'utenza personale o domestica del dipendente per le ordinarie attività di servizio.

Linee guida che segnano un netto superamento di quelle che sono state le indicazioni sino ad ora seguite nella P.A. Ed infatti:

- Secondo le linee guida date dal Governo per il lavoro agile con la “direttiva registrata dalla Corte dei Conti il 26 giugno 2017, n. 1517” riguardo agli “strumentazioni necessarie per l’adempimento” da remoto era precisato, per vincolo di invarianza di spesa, che “In particolare non dovrebbe sussistere l’obbligo dell’amministrazione di fornire la strumentazione necessaria”. Quindi la regola era l’utilizzo da parte del lavoratore di dispositivi e connessioni proprie.
- A marzo 2020 (art. 87, comma 2, d.l. 18/2020) era stato previsto che il lavoro agile fosse la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa e che medesima “può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall’amministrazione”, soluzione ibrida.

III) Dovere o anche diritto alla disconnessione? I tempi del lavoro agile tra operatività e contattabilità

IL CASO: Sent. n. 224/2021 pubbl. il 07/09/2021 del Tribunale di Rieti (dichiarazione di illegittimità di sanzione disciplinare per assenza dal luogo di lavoro ed inadempimento alla prestazione lavorativa – accertamento di accordo non scritto tra le parti per lo svolgimento della prestazione con modalità agile): **la ricorrente ha lamentato che la datrice di lavoro le chiedeva pretestuosamente spiegazioni, anche nelle ore serali, circa la redazione di relazioni contabili (che lei**

inviava con modalità telematica tramite Wetrasfer o consegnava tramite supporto USB) anche se le stesse erano state già debitamente compilate da tempo e sottoposte al vaglio del datore di lavoro ed approvate.

L'art. 19 l. n. 81/2017 poneva in capo al datore di lavoro l'obbligo di stabilire tramite accordo per iscritto:

- le condizioni affinché il datore di lavoro potesse esercitare il proprio potere direttivo;
- i tempi di riposo e le misure tecniche e organizzative che permettono un'effettiva disconnessione intellettuale del lavoratore dagli strumenti tecnologici, considerando la reperibilità del lavoratore nel tempo di lavoro.

Già pre pandemia era stato messo da più parti in rilievo il limite soggettivo ed oggettivo di questa norma, segnalando l'utilità di un'integrazione ad opera della legge e della contrattazione collettiva (La necessità di una disciplina legislativa del diritto alla disconnessione era stata già evidenziata dal Ministro del lavoro nel governo Conte II).

La l. 6 maggio 2021, n. 61, di conversione del d.l. 13 marzo 2021, n. 30 (recante misure urgenti per fronteggiare la diffusione del COVID-19 e interventi di sostegno per lavoratori con figli minori in didattica a distanza o in quarantena; entrata in vigore il 13 maggio 2021) ha per la prima volta visto riconosciuto da norma di legge il diritto alla disconnessione

Il comma 1-ter dell' art. 2 così recita: *“Ferma restando, per il pubblico impiego, la disciplina degli istituti del lavoro agile stabilita dai contratti collettivi nazionali, è riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. L'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi”*.

La disposizione riveste un'indiscutibile importanza, in quanto:

- in senso positivo: riconosce come il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni e piattaforme tecnologiche / informatiche sia legato alla tutela dei tempi del riposo e quindi al diritto alla salute;
- in senso negativo: vieta che l'esercizio di tale diritto non possa avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sulla retribuzione.

Decisivo passo in avanti rispetto alla legge istitutiva del lavoro agile, nella direzione di garantire maggiori tutele ai lavoratori in smart working.

Il limite della riportata disciplina è che la medesima non fissa una tutela minima che giunga a definire fasce orarie ed un massimo di ore di connessione giornaliera.

La **contrattazione collettiva nazionale** raramente si è occupata della materia e nei casi in cui ciò è avvenuto ha menzionato il diritto alla disconnessione per rinviarne la disciplina alla contrattazione integrativa.

Così è avvenuto nel comparto scuola: l'art. 22 del CCNL scuola 2016/2018 precisava che sono oggetto di contrattazione integrativa di Istituto 'i criteri generali per l'utilizzo di strumentazioni tecnologiche di lavoro in orario diverso da quello di servizio, al fine di una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare (diritto alla disconnessione)'.

Sempre nel comparto scuola è stato precisato come non vi sia alcun obbligo, per il docente, a partecipare a gruppi WhatsApp ragione per cui la convocazione di un Collegio docenti o la pubblicazione di una circolare, tramite social o gruppi di messaggistica, non ha alcun valore legale essendo individuato quale legittimo canale di comunicazione il registro elettronico o il registro elettronico delle circolari.

Anche in altri settori la materia è stata disciplinata ma soprattutto a **livello di contrattazione aziendale:**

- Accordo quadro globale sui diritti fondamentali del lavoro di UniCredit: le comunicazioni aziendali, come telefonate, chat o e-mail devono essere effettuate nel rispetto delle norme sull'orario di lavoro previste dal contratto nazionale
- Findomestic, accordo raggiunto con i sindacati: al di fuori dell'orario di lavoro, strettamente correlato alla mansione e alla struttura di appartenenza, viene riconosciuto il diritto alla disconnessione, ossia la possibilità dei lavoratori di non rispondere alle e-mail e alle telefonate al di fuori del suddetto orario
- Policy Cattolica Assicurazioni: non è di regola previsto né richiesto lo svolgimento di attività lavorativa nella fascia compresa tra le 18:30 e le 7:45 né durante gli interi giorni di sabato e festivi
- Regolamento Università dell'Insubria: l'uso delle tecnologie deve essere calibrato e permettere al cervello di riposare. Dalle ore 20:00 alle ore 07:00 del giorno seguente e in tutti i fine settimana e festivi chi riceve mail, telefonate e altro ha il diritto di non rispondere e di concentrarsi sulla vita personale e non soltanto professionale.
- Acea nell'intesa di luglio del 2018 ha stabilito che «il lavoratore ha l'obbligo di connessione in concomitanza quanto più possibile con l'orario di lavoro di riferimento della propria unità di appartenenza salvo il diritto di disconnessione dalle ore 20 alle 8.30».

Si possono osservare due ordini di problemi:

- molti degli indicati accordi (in particolare gli ultimi tre citati) indicano un orario di connessione molto superiore a quello lavorativo, pari o maggiore di 11 ore giornaliere senza intervalli.
- Cosa succede oggi che l'accordo individuale non è più necessario e quindi non c'è alcuna regolamentazione pattizia obbligatoria per legge a disciplinare i tempi del diritto alla disconnessione/irreperibilità? I menzionati accordi integrativi trovavano infatti ragione nell'applicazione al rapporto di un orario di lavoro che nello smartworking o meglio nell'homeworking emergenziale è venuto meno.

Il problema è molto sentito: la media UE di lavoratori in smartworking è intorno al 37%. Orbene, oltre un quarto di questi lavoratori dice di dover lavorare anche nel proprio tempo libero per far fronte alle richieste datoriali. In Italia siamo passati da poche decine di migliaia di lavoratori (in totale meno di 600.000) a 6/8,5 milioni (studio dell'Università di Roma Sapienza, datato maggio 2020). Problematica della disconnessione da direttive e comunicazioni datoriali ancor più stringente quando gli strumenti, di lavoro vengono forniti dal datore di lavoro come *FRINGE BENEFITS* che il dipendente è autorizzato ad utilizzare anche nella vita privata, cioè per ragioni estranee all'adempimento della prestazione lavorativa: si pensi a smartphone, notebook concessi per uso promiscuo, lavorativo e privato che quindi il dipendente tendenzialmente terrà accessi e connessi anche nei tempi di libertà dall'impegno lavorativo.

Similmente nell'ipotesi di politiche aziendali di BYOD (Bring Your Own Device, ossia Porta il Tuo Dispositivo): su un dispositivo di proprietà del dipendente (smartphone, tablet, pc portatile) può essere installato un applicativo di proprietà del datore di lavoro, che consente di collegarsi alla rete aziendale al fine di ricavarne dati e informazioni e di prestare attività lavorativa anche al di fuori dei locali aziendali e del normale orario di lavoro.

A confermare l'attualità del problema un articolo apparso sul quotidiano Sole 24Ore dal titolo "I bancari chiedono 200 euro e il diritto alla disconnessione" ove si da atto che "In molte aziende, la diffusione di strumenti come smart working e flessibilità è stata accompagnata da una formazione specifica per i capi per far fronte alle nuove modalità di lavoro. Ma evidentemente non è bastato se, oggi, negli accordi aziendali e nelle piattaforme sindacali per il rinnovo di alcuni contratti si rivendica il diritto alla disconnessione".

Una prima indicazione normativa a livello nazionale riferita ai tempi della disconnessione viene ancora una volta dalle linee guida per il pubblico impiego dell'ottobre 2021 ove richiamata "La natura volontaria dell'adesione al lavoro agile" (punto 3) e reintrodotta "l'accordo individuale stipulato per iscritto" con

necessaria previsione dei “i tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro” (punto 4), viene inoltre previsto (punto 5) che la prestazione lavorativa in modalità agile è svolta senza un vincolo di orario nell’ambito delle ore massime di lavoro giornaliere e settimanali stabilite dai CCNL e sancito che “In ogni caso deve essere individuata una fascia di inoperabilità (disconnessione) – nella quale il lavoratore non può erogare alcuna prestazione lavorativa. Tale fascia coincide con il periodo di 11 ore di riposo consecutivo di cui all’art. 17, comma 6, del CCNL 12 febbraio 2018 a cui il lavoratore è tenuto”.

È evidente un’ambiguità di fondo: la disconnessione è solo obbligo di inoperatività a tutela del lavoratore in una determinata fascia oraria di 11 ore al giorno o obbligo di connessione e quindi di reperibilità per le restanti 13 ore di non disconnessione?

Essendo previsto “rispetto delle disposizioni in materia di orario di lavoro” ma “senza un vincolo di orario nell’ambito delle ore massime di lavoro giornaliere e settimanali stabilite dai CCNL” sembrerebbe che ciò che deve essere disciplinata è la distribuzione, durante le 13 ore di possibile connessione, delle ore lavorative giornaliere.

Ma, dato per presupposto nel pubblico impiego un orario di lavoro settimanale di 36 ore, se io decido di lavorare un giorno dalle 7,00 alle 13,00 cosa significa che ho diritto a disconnettermi per 11 ore? Posso nel pomeriggio ricevere direttive datoriali e sono obbligato a dare seguito a queste con svolgimento di attività lavorativa se qualificata come urgente dal dirigente o funzionario che mi ha contattato?

Problema rilevante perché nelle nuove linee guida si è tornati al concesso di prestazione oraria e non per obiettivi e risultati, modalità operativa quest’ultima propria del lavoro agile per come previsto per legge, creando una figura ibrida tra lavoro agile e telelavoro ove l’attività è affidata non per obiettivi e, di conseguenza, si è tenuti allo svolgimento di attività per le ore previste dal CCNL (seppur distribuite durante la giornata come ritenuto dal lavoratore) e malgrado ciò è prevista la disconnessione per sole 11 ore giornaliere.

Si può quindi ipotizzare l’esistenza di 3 fasce:
di cui le prime due richiedono la connessione:

- OPERATIVITÀ (attività lavorativa per il numero di ore previste dal CCNL)
- CONTATTABILITÀ (arco temporale in cui non hai diritto alla disconnessione e quindi – devi rimanere nella sostanza allertato) e la terza riguarda lo stato di disconnessione:

– INOPERATIVITÀ (fascia quest’ultima nella quale il lavoratore non può erogare nessuna prestazione né è tenuto ad essere contattabile perché deve essere disconnesso).

Si pone quindi il problema di una “contattabilità” che si estende per 7 ore giornaliere oltre l’attività lavorativa per ore 6, unica in relazione alla quale è prevista una retribuzione.

Il tema è cruciale per i risvolti in tema di salute (per come riconosciuto anche dal testo novellato dell’art. 2 l. 6 maggio 2021, n. 61 sopra riportato)

EU-OSHA ha pubblicato il 15 giugno 2000 la importante “Ricerca sullo Stress correlato al Lavoro” nella quale, nel prendere in esame i dati rilevati nell’indagine effettuata, è giunta alla conclusione secondo cui “uno stato di malattia correlato allo stress rappresenta il principale motivo di preoccupazione in relazione all’impatto che esercita sulla vita dei singoli individui e sulla produttività delle organizzazioni e dei Paesi”, aggiungendo che “lo stress correlato al lavoro costituisce un problema rilevante e rappresenta una delle sfide principali per la salute sul lavoro in ambito europeo”.

Sulla base dei risultati della suddetta ricerca le Parti sociali europee – preso atto della avvenuta identificazione a livello europeo, nazionale ed internazionale dello stress da lavoro come “elemento di preoccupazione” sia per gli imprenditori che per i lavoratori – hanno concluso lo “Accordo quadro europeo sullo stress nei luoghi di lavoro”, siglato dal sindacato europeo e dalle associazioni datoriali europee l’8 ottobre 2004.

È seguita Convenzione OIL n. 187 del 2006, riguardante il quadro promozionale per la salute e la sicurezza sul lavoro.

Necessità di tutela che trova copertura costituzionale poiché l’art. 2 Cost. non deve essere riferito soltanto ai diritti fondamentali garantiti da altre disposizioni della stessa Carta fondamentale, in quanto contiene un «elenco aperto», sicché la giurisprudenza costituzionale, attraverso gli strumenti dell’interpretazione storico-evolutiva, può individuare altre posizioni soggettive meritevoli dello status di diritti fondamentali, onde tutelare nuovi bisogni e nuove istanze, anche di prevalente natura sociale, in precedenza considerate al massimo espressione di interessi generali o diffusi (vedi, per tutte Corti cost. sentenze n. 215 e n. 561 del 1987).

La giurisprudenza di legittimità per altro in materia ha già affermato la risarcibilità di una malattia neurologica contratta dal lavoratore a causa dello svolgimento delle mansioni in turni di lavoro notturno (Cass. 5 maggio 2005, n. 9353), così come in ipotesi di un infortunio occorso a causa del superamento dell’orario lavoro (Cass. 23 maggio 2003, n. 8230).

È chiaro quindi come il diritto alla disconnessione sia strettamente correlato al diritto alla salute e come una mancata normazione in materia rischi di trasfor-

mare il lavoro a distanza come contrario alle finalità per cui il legislatore l'ha incoraggiato, e cioè quelle riferite alla miglior gestione dei tempi di vita da parte del lavoratore, a discapito dell'altra finalità perseguita relativa alla competitività datoriale.

IV) Provvedimenti datoriali che assolvono ad obblighi di informativa in capo al datore di lavoro (codici disciplinari, norme sulla sicurezza sul lavoro)

OBBLIGHI DI INFORMATIVA:

– l'art. 22 L.81/2017 intitolato "Sicurezza sul lavoro" statuisce l'obbligo di consegna di informativa scritta: *"1. Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro"*.

Quindi, obbligo per il datore di lavoro di informativa scritta, tramite consegna al lavoratore ed al rapp.te per la sicurezza, di documento sui rischi generali e specifici connessi allo smartworking.

ES. Informativa su salute e sicurezza nel lavoro agile, elaborata a cura dell'Organismo Paritetico Provinciale di Milano (costituito da Assolombarda Confindustria Milano Monza e Brianza e CGIL, CISL e UIL Milano) e contiene una traccia non vincolante per la redazione annuale della informativa prevista dall'art. 22 della Legge n. 81/2017.

– La disciplina COVID 19

Il Ministero del lavoro, con nota del 26 febbraio 2020, omettendo qualsiasi richiamo all'autocertificazione precedentemente richiesta, si limitava a chiarire che gli obblighi di informativa sulla salute e sicurezza nel lavoro agile nei confronti dei lavoratori e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (RLS) dovessero essere assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'INAIL.

L'INAIL ha quindi messo a disposizione un'informativa sulla salute e sicurezza nel lavoro agile in formato doc editabile che tutti i datori di lavoro possono personalizzare e inviare informaticamente.

Sul sito INAIL si legge: "Gli obblighi di informativa sulla salute e sicurezza nel lavoro agile nei confronti dei lavoratori e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (RLS) sono assolti in via telematica, anche ricorrendo alla documentazione in allegato."

Ci si chiede:

- riguardo allo strumento utilizzato: se l’obbligo di comunicazione previsto per legge possa ritenersi assolto dal datore di lavoro in ragione di comunicazione operata tramite portale della società, ad indirizzo aziendale collettivo dei lavoratori, o a indirizzo per gruppi di lavoro, oppure se sia necessario invio ad indirizzo aziendale personale del lavoratore del testo messo a disposizione dall’INAIL; se tale documento possa essere inviato anche tramite allegato fotografico in conversazione whatsapp;
- riguardo all’oggetto dell’invio: se il corretto assolvimento dell’obbligo sia soddisfatto tramite comunicazione del documento redatto dall’INAIL in formato testo o sia sufficiente, ad es.
- mail o whatsapp con rimando a link della pagina del sito dell’INAIL.

PUBBLICITÀ E CODICE DISCIPLINARE

Problematica che rileva in tutte le ipotesi di sanzione riferita a comportamento non immediatamente percepibile dal lavoratore come illecito, perché non contrario al c.d. minimo etico o a norme di rilevanza penale ((cfr. Cass. 7 novembre 2019, n. 28741; Cass. 31 ottobre 2017, n. 25977; Cass. 18 ottobre 2016, n. 21032).

Art. 7 Statuto lavoratori: Sanzioni disciplinari: *“Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse puo’ essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti”*.

Prima della normativa emergenziale: nei rapporti di lavoro privato riguardo alla pubblicità del codice disciplinare era stato ritenuto che la normativa disciplinare dovesse essere portata a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Con riferimento all’affissione è stata riconosciuta la sua duplice funzione:

- costituire uno strumento finalizzato ad attirare l’attenzione del dipendente sulla normativa disciplinare;
- predeterminazione di una normativa certa in materia disciplinare, con impossibilità – quindi – anche per l’imprenditore di distaccarsene; ciò al fine di attuare, tramite il controllo collettivo, una garanzia di obiettività e di imparzialità nell’esercizio del potere disciplinare.

Cass. Sez. I, Sentenza n. 20733 del 03/10/2007: condiziona la legittimità della sanzione disciplinare, affissione che permetta accesso deve essere libero e comodo, ossia senza difficoltà particolari, mentre non è richiesta l’affissione in un luogo in cui i dipendenti debbano passare necessariamente né nelle bacheche aziendali.

La norma in questione, benché formulata con estrema chiarezza, ha dato luogo a contrasti dottrinari e giurisprudenziali, essenzialmente in ordine alla

legittimità di altri mezzi equipollenti di diffusione delle normativa disciplinare, soprattutto con riferimento alla sufficienza o meno della consegna al lavoratore del contratto collettivo.

Se per altro all'affissione del codice disciplinare vanno riconosciute le due evidenziate finalità, appare di immediata evidenza come la predisposizione di altri mezzi di conoscenza, quali comunicazione per via telematica ad indirizzo di posta personale aziendale del lavoratore, non possa essere considerata equipollente, in quanto non si tratta esclusivamente di assicurare ai lavoratori la conoscibilità del codice disciplinare ma anche di assicurare un controllo collettivo e non solo individuale sull'operato dell'imprenditore in ragione della ufficialità ed oggettività del testo così pubblicizzato.

Questi i principi contenuti nella pronuncia a Sezioni Unite della Cass. n. 1208/1988, secondo cui: *“Se è vero che il codice disciplinare aziendale è atto unilaterale ricettizio con funzione normativa, ...e se la destinataria del codice è la stessa collettività indeterminata – anche perchè continuamente variabile – dei lavoratori, ne consegue che in tanto esso produrrà effetti in quanto sia stato reso noto o conoscibile alla collettività cui è destinato; senza tale conoscibilità il codice disciplinare è improduttivo di effetti in quanto giuridicamente inesistente. Ne consegue che l'opzione del legislatore a favore dell'affissione, rispetto ad altri ipotizzabili mezzi di esteriorizzazione di carattere individuale (come ad es., la consegna ai dipendenti dell'intero testo contrattuale o di un estratto contenente le sole disposizioni in materia disciplinare), non è arbitraria, né meramente indicativa ma prescrittiva ed esclusiva, in quanto trova la sua ratio nella natura e nella funzione cui l'atto si riferisce. Peraltro, la tesi secondo cui l'affissione va considerata come il mezzo esclusivo di cognizione del codice disciplinare non può essere inficiata dal richiamo al generale principio di libertà delle forme, posto che l'interpretazione letterale e sistematica del disposto di cui all'art. 7 statuto dei lavoratori, induce a ritenere che a detto principio si sia voluto derogare. Né possono venire in questione, al fine dell'efficacia delle norme disciplinari, mezzi di comunicazione del codice disciplinare diversi dall'affissione, ogni qualvolta essi riguardino i lavoratori individualmente considerati e non la collettività dei dipendenti”.* (conforme Sez. L, Sez. L, Sent. n. 6976 del 23/03/2010 e Sent. n. 15218 del 21/07/2015 che in tema di procedimento disciplinare nei confronti di dipendenti pubblici, la disposizione di cui all'art. 25, n. 10, del c.c.n.l. del 6 luglio 1995 per il personale degli enti locali – secondo cui al codice disciplinare deve essere data la massima pubblicità mediante affissione in luogo accessibile a tutti i dipendenti e tale forma di pubblicità ha carattere tassativo – non ammette equipollenti alla pubblicazione per affissione).

Cosa accade in regime di smartworking, fattispecie in cui un luogo fisico comune difetta? Evidente come l'affissione non sia più mezzo idoneo a garantire

la conoscibilità alla collettività dei lavoratori ed anzi così assicurata la pubblicità certamente non sarebbe idonea a raggiungere lo scopo.

Né può richiamarsi anche per i lavoratori assunti precedentemente all'applicazione del regime del lavoro agile la circostanza che in azienda ha continuato ad essere affisso il medesimo codice già a loro conoscenza tenuto conto che l'inosservanza, da parte del datore di lavoro, dell'onere di pubblicità del codice disciplinare non è esclusa dal fatto che l'affissione di questo nei locali dell'azienda si sia protratta per un certo periodo di tempo, essendo invece necessario che essa sia in atto al momento in cui il comportamento sanzionato è stato posto in essere (Sez. I, Sentenza n. 3845 del 03/05/1997).

Ne consegue che la comunicazione potrebbe ipotizzarsi in via telematica ma con modalità idonea comunque a garantire conoscibilità da parte della collettività dei dipendenti, come ad esempio indirizzo a casella di posta aziendale riferita non al singolo lavoratore ma all'intero organico aziendale, quale una mailing list via via aggiornata in ragione delle nuove assunzioni, oppure pubblicazione sul sito della società, come già avviene per il pubblico impiego ove l'art. 55, co. 2, D.LGS. n. 165/2001 statuisce che: *“Ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ai rapporti di lavoro di cui al comma 1 si applica l'articolo 2106 del codice civile. Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi. La pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare, recante l'indicazione delle predette infrazioni e relative sanzioni, equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro”*.

Ma anche riguardo alla pubblicazione su sito istituzionale/ufficiale possono sorgere delle perplessità quando la conoscibilità del codice è condizionata a diversi passaggi che di non intuitiva ed immediata operatività.

È il caso esaminato dalla Corte d'Appello di Palermo con sent. n. 985/2019 pubbl. il 16/12/2019: *“IL GIUDICE DI PRIME CURE ritenne infondata la censura riguardante il difetto di pubblicazione del codice disciplinare, rilevando che tale atto risultava pubblicato sul sito istituzionale del Comune di Palermo; L'APPELLANTE censura la sentenza nella parte in cui ha disatteso l'eccezione inerente la mancata affissione del codice disciplinare, rilevando, “a supporto di quanto eccepito e non contestato dall'Ente, ... che per rinvenire il predetto documento sul sito istituzionale è necessario navigare diffusamente e approfonditamente compiendo n. 4 passaggi ed aprendo ben n. 4 diverse pagine web la cui consequenzialità ed intelligibilità non risultano d'immediata e facile percezione, atteso che non si ravvede alcuna connessione logica ed eziologica tra le seguenti voci ivi indicate: “Amministrazione trasparente – Disposizioni generali – Atti generali – Codice di disciplina”. Del resto, se volessimo attenerci alla inequivocabile prescrizione normativa di assicurare “adeguato risalto” alla pubblicazione del Co-*

dice Disciplinare, logica di rigore imporrebbe di rinvenire il predetto documento immediatamente dopo la semplice apertura della home page istituzionale!

...Dunque, deve ritenersi errato il capo della Sentenza ove il Giudice di prime cure ha affermato la facile accessibilità al sito istituzionale e suo tramite al Codice di Disciplina; trattasi, piuttosto, di procedimento indaginoso e certamente “non a portata di click” riprendendo e mutuando tale inciso dalla terminologia informatica/cibernetica”. LA CORTE D’APPELLO: “va osservato come le censure circa una presunta difficoltà di reperimento del documento all’interno del sito medesimo (è necessario navigare diffusamente e approfonditamente compiendo n. 4 passaggi ed aprendo ben n. 4 diverse pagine web la cui consequenzialità ed intelligibilità non risultano d’immediata e facile percezione”) non possano condividersi, non essendo sufficiente a dimostrare l’assunto la mera circostanza di dovere aprire quattro successive pagine web per raggiungerlo, specie per una dipendente con mansioni di addetto stampa, da ritenersi certamente in possesso delle nozioni di base per accedere alla rete internet e ricercare dati.”

Orbene, nel caso all’esame della CdA di Palermo, se l’accesso è certamente “libero”, si dubita, per le modalità indicate, si possa definire “comodo” (vedi criteri individuati dalla Cass. nel 2007) e certamente non è idoneo ad “attrarre l’attenzione” del dipendente sulla normativa disciplinare.

V) Provvedimento datoriale con cui si fanno cessare gli effetti del rapporto: la lettera di licenziamento

5.1. Elementi essenziali del recesso datoriale e mezzi di comunicazione telematica

Punto di partenza per un’analisi delle problematiche connesse al licenziamento comminato tramite strumenti avanzati rimane il dato normativo di cui all’art. 2 l. n. 604/1966: “1. il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro. 2. La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato. 3. Il licenziamento intimato senza l’osservanza delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 è inefficace.”.

Partendo dall’esame dell’indicata norma, il giudice di legittimità ha da tempo enucleato quelli che ha definito “i tre elementi indispensabili” del licenziamento:

- a) la forma scritta;
- b) la chiara manifestazione di volontà del datore di lavoro di porre fine al rapporto;
- b) la comunicazione di tale volontà al lavoratore.

La domanda cui sono chiamati a rispondere gli operatori del diritto, e su cui si andrà in questa sede ragionando, è quindi la seguente: può un licenziamento comunicato non con la tradizionale lettera ma tramite mezzo di comunicazione telematica via via consentito dalla tecnologia, partendo dalle e-mail transitando dagli sms e giungendo a whatsapp, vedere la coesistenza degli indicati tre requisiti?

Quesito di non poco conto se solo si considera, avuto riferimento alla disciplina sostanziale, che il licenziamento intimato oralmente è una delle rare ipotesi di recesso che, anche dopo le riforme introdotte prima dalla legge Fornero nel 2012 e poi dal Jobs Act nel 2015, è totalmente inefficace e, come tale, inidoneo ad interrompere il rapporto di lavoro e considerato, sul piano procedimentale, che il licenziamento privo di forma scritta non fa decorrere alcun termine di decadenza per la sua impugnazione.

5.2. Strumento e forma della comunicazione: il requisito della FORMA SCRITTA

La forma scritta rileva sotto duplice profilo poiché la legge richiede che:

- a) la comunicazione avvenga con segni alfabetici convenzionali cristallizzati in un messaggio (irrilevante se vergato a mano, digitato o frutto di dettatura vocale);
- b) il messaggio sia firmato dal datore di lavoro, dando l'art. 2702 c.c. valore di "piena prova" esclusivamente agli atti sottoscritti o con firma autografa o con firma legalmente considerata come riconosciuta.

Nella casistica approdata alle aule di giustizia è certamente l'elemento di cui maggiormente è stata lamentata la mancanza. Ci si chiede: può ritenersi intimato per iscritto il licenziamento comunicato tramite e-mail, sms o whatsapp?

Quanto al profilo di cui al punto a) è indiscutibile che lo strumento di comunicazione, nella specie telematico anziché come in passato cartaceo, non debba essere confuso con la forma della comunicazione trasmessa, che anche nelle indicate ipotesi di e-mail, sms e whatsapp vede certamente l'invio di messaggio scritto nel senso sopra precisato.

Ma quando, in base al diritto dell'informatica, il messaggio scritto assurge alla dignità di "documento informatico"? Ed ancora, il documento informatico quando acquista la valenza di documento scritto *ex art. 2702 c.c.*?

Fonti:

- La l. 15 marzo 1997, n. 59 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa) all'art. 15, comma 2, fissava il principio della piena dignità giuridica del documento informatico sia pubblico sia privato, attraverso l'attribuzione al medesimo di "validità e rilevanza".

- A livello sovranazionale il regolamento eIDAS (Regolamento UE n. 910/2014 sull'identità digitale, atto normativo del diritto dell'Unione di portata generale ed obbligatoria e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri) all'art. 46 (che fissa il principio di non discriminazione) ha poi precisato che «*a un documento elettronico non sono negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica*».
- Oggi il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale) per come novellato dal d.lgs. n. 179/2016 in adeguamento alla fonte sovranazionale eIDAS, all'art. 1, lett. p) definisce il documento informatico come «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» e chiarisce all'art. 20 comma 1-*bis* che “Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 c.c. quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità.”

Riassumendo: in applicazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 46 eIDAS, il documento informatico, e cioè, *ex art. 20 CAD* per come riformato dal d.lgs. n. 179/2016, il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti, ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c. quando vi è apposta una firma digitale o altra forma di firma qualificata o elettronica avanzata.

Firma digitale, menzionato punto b), a sua volta definita dall'art. 1 lettera S) del d.lgs. n. 82/2005 per come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 179/2016 come quel particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici.

A sua volta, la nozione di firma elettronica qualificata ed elettronica avanzata sono desumibili dal Reg. eIDAS secondo cui quest'ultima, *ex art. 26*, ha una

connessione univoca al firmatario e come tale è idonea ad identificarlo essendo creata mediante dati che il firmatario può, con un elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo e che ha un collegamento diretto ai dati sottoscritti, in modo da consentire l'identificazione diretta di ogni successiva modificazione agli stessi.

La **firma elettronica qualificata** che, *ex* punto 25 Reg. eIDAS, rispetto alla semplice firma elettronica avanzata ha due ulteriori caratteristiche: gode del medesimo valore giuridico attribuito ad una firma autografa e se basata su certificato qualificato rilasciato in uno Stato membro dell'Unione Europea, sarà pienamente riconosciuta in tutti gli Stati dell'Unione.

E quindi: firma digitale come *species* del genus firma elettronica qualificata a sua volta appartenente alla più ampia categoria della firma elettronica avanzata, secondo un valore decrescente di certezza in merito a paternità e originalità del documento.

Si può quindi tentare di concludere, nell'estrema problematicità del rapporto tra le fonti normative in materia (diverso ambito generale/speciale di applicazione, differente livello gerarchico tra decreti aventi forza di legge, decreti ministeriali classificati come regolamenti, decreti dirigenziali integrativi della normativa primaria, fonti di promanazione nazionale e sovranazionale), affermando che il documento informatico con cui viene intimato il licenziamento ad un dipendente ha la stessa efficacia prevista *ab origine* per il documento in forma analogica *ex art.* 2702 c.c. se al medesimo è apposta quanto meno una firma elettronica avanzata.

Una prima discrasia balza all'attenzione: mentre nel documento analogico la presenza della firma autografa è immediatamente percepibile dal destinatario poiché contenuta nel testo, altrettanto non avviene per la firma apposta al documento informatico poiché salvo l'ipotesi di firma digitale con chiave di decrittazione dell'autore del messaggio da parte del ricevente avente parimenti chiave di lettura (c.d. posta elettronica certificata), la firma dell'autore non è riprodotta sul documento e potrebbe non corrispondere a quella che dovesse eventualmente apparire digitata in caratteri alfabetici in calce.

Se quindi in ipotesi di invii tramite posta certificata non si pone alcun problema di certezza della provenienza del documento e dell'originalità del suo contenuto, altrettanto non può dirsi nelle altre fattispecie di invio informatico, quelle numericamente ad oggi costituenti oltre il 95% delle ipotesi di comunicazione informatica e la totalità della casistica arrivata nelle aule di giustizia.

Dubbi circa l'autore dell'invio ed alla genuinità del messaggio che pongono il lavoratore ricevente nell'incertezza tra il considerare la comunicazione come inefficace (e quindi impugnabile al di fuori dei termini di decadenza di cui

all'art. 32 l. n. 183/2010) mancando i requisiti per definirla documento informatico o impugnare al buio una mail o messaggio senza essere certo che il ricorso non verrà respinto ben potendo il datore di lavoro disconoscere la paternità dello scritto di cui è autore apparente o di cui contesta l'originalità del testo. Eccezioni per nulla peregrine poiché e-mail ed sms sono privi un sistema di crittografia "end to end", il che permette a terzi di intercettare i dati in transito tramite analizzatori di rete o sniffer capaci di modificare il messaggio all'insaputa sia del mittente che del destinatario a cui apparirà il mittente originario, mentre la messaggistica whatsapp, che invece di sistema di crittografia si giova, è priva di firma elettronica avanzata.

Tentando quindi di schematizzare sembra di poter affermare che:

- a) la e-mail può definirsi documento informatico poiché user id e password utilizzati per accedere alla casella di posta soano mezzi di identificazione informatica come tali rientranti nella definizione di firma elettronica avanzata. Ciò non toglie che siano da più parti stati manifestati dubbi circa la sussistenza del requisito dell'immodificabilità del messaggio.
- b) il messaggio whatsapp non è documento informatico poiché, pur garantendo l'immodificabilità del testo crittografato, manca di connessione univoca con il firmatario poiché privo di identificazione informatica certa del mittente.
- c) il messaggio sms non può a maggior ragione definirsi documento informatico mancando sia di certezza in merito all'autore sia riguardo al contenuto del testo.
- d) In assenza di "documento informatico" per come definito dal diritto dell'informatica, e quindi esclusa la valenza probatoria di cui all'art. 2702 c.c., la valutazione del "documento elettronico" con cui è stato intimato il licenziamento dovrebbe quindi essere operata in ragione del disposto di cui all'art. 2712 c.c. (così come modificato *ex art. 23-quater*, CAD) alla stregua del quale "Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime".

Le pronunce della GIURISPRUDENZA DI MERITO segnano il faticoso cammino di incasellamento degli strumenti informatici entrati nell'utilizzo della vita quotidiana nelle nuove categorie giuridiche delineate da una normativa in continua evoluzione all'inseguimento del progresso tecnologico. Passi incerti, poiché l'applicazione del diritto dell'informatica richiederebbe conoscenze informatiche riferite a flussi di dati, cifrature, certificazioni, sicu-

rezza delle reti, non facenti parte del curriculum standard del giurista, salvo passioni personali.

- Ordinanza del 20 dicembre 2013, il Tribunale di Roma che si è espressa per l'inefficacia del licenziamento intimato tramite e-mail “in quanto non fornirebbe al destinatario garanzia della provenienza dal mittente dichiarato potendo ad esso sostituirsi qualsiasi soggetto capace di confezionare un indirizzo elettronico aziendale fraudolento”. Pronuncia che, valutata quale mero indizio la digitazione in calce al testo del nominativo dell'apparente autore, ha sottolineato l'inaffidabilità dell'indirizzo elettronico apparentemente facente capo all'azienda datoriale.
- Nella stessa direzione il Tribunale di Frosinone (ordinanza del 15 febbraio 2016) in fattispecie nella quale la posta elettronica proveniva da indirizzo e-mail riconducibile alla datrice di lavoro, ha affermato che “la e-mail priva di firma digitale non è licenziamento scritto” poiché mancante dei requisiti propri dell'atto scritto *ex art. 2702 c.c.*, dichiarando l'inefficacia del licenziamento per mancata sottoscrizione con firma elettronica certificata.
- In senso opposto si è espressa sentenza del 23 aprile 2018 della Corte d'Appello di Roma: dedotta dal dipendente la nullità del licenziamento per difetto di forma, ha ritenuto la piena efficacia di licenziamento intimato tramite sms richiamandosi al principio generale della libera forma negoziale e al disposto di cui all'art. 2 l. n. 604/1966 che “imponendo che la volontà solutoria del contratto sia comunicata per iscritto, senza ulteriori previsioni limitative per il datore di lavoro” prescindere “dal supporto con cui lo scritto è trasmesso”. Sul mancato disconoscimento in giudizio dello scritto da parte del datore di lavoro e sull'identificazione da parte del lavoratore dell'autore della comunicazione in ragione di elementi estranei alla nozione di documento informatico, quali l'indirizzo di posta elettronica di provenienza della e-mail o l'abituale utilizzo da parte del primo del numero di utenza telefonica di invio dell'sms o del messaggio whatsapp, si sono fondate molte delle pronunce giudiziali intervenute, in tal modo by-passando i problemi riferiti sia alla firma/imputabilità/riconoscibilità dell'autore del licenziamento che alla immodificabilità del messaggio. Così:
- ordinanza n. 223 del 5 aprile 2016 del Tribunale di Genova che innanzi ad sms “non faccio più aperitivi, buona fortuna” privo quindi di indicazione dell'autore anche nel testo, in merito alla cui identità però il lavoratore non dubitava, ha ritenuto che “l'sms è un documento informatico, sottoscritto con firma elettronica. Tale forma di firma elettronica, pur non consentendo l'identificazione del firmatario del documento, è idonea a soddisfare i requisiti di forma scritta richiesti dalla legge ai fini della validità del licenziamento”.

- Ad analoga conclusione è giunta la Corte d'Appello di Firenze con sentenza n. 629 del 5 luglio 2016, che ha ritenuto l'utilizzo di un sms idonea forma scritta poiché assimilato al "telegramma fonodettato o alla comunicazione e-mail la cui provenienza sia provata o non contestata". Rilevanza giuridica attribuita al telegramma che trova fonte nell'art. 2705 c.c. disciplina speciale che, per tale ragione, qui si dubita possa essere richiamata per via analogica.
- Ed ancora il Tribunale di Catania con ordinanza del 27 giugno 2017 ha ritenuto che "Il recesso intimato a mezzo 'whatsapp' assolve l'onere della forma scritta, trattandosi di documento informatico che parte ricorrente ha con certezza imputato al datore di lavoro, tanto da provvedere a formulare tempestiva impugnazione stragiudiziale" da cui l'accoglimento dell'eccezione preliminare di inammissibilità della domanda per intervenuta decadenza dal diritto di impugnativa del recesso.
- Medesimo iter argomentativo seguito nella sentenza del 27.9.2017 della Corte d'Appello di Roma secondo cui la paternità del messaggio è stata ritenuta provata in fattispecie in cui "Risulta agli atti la 'stampata' del messaggio sms a firma del R. prodotta dal destinatario, mentre difetta ogni contestazione dell'apparente mittente sull'invio e sulla integrità e completezza della comunicazione".
- sentenza del Tribunale di Milano 27.11.2018 che riguardo a licenziamento tramite sms ha ritenuto che trattasi di documento con "firma elettronica leggera" che in quanto tale "non consente l'identificazione del firmatario del documento, né garantisce la connessione in maniera univoca al firmatario" poiché utilizza "tecniche di autenticazione che consistono nell'utilizzazione o di username e password o di un personal identification number" e, ha ritenuto pacifica poiché non disconosciuta dal datore di lavoro contumace la provenienza e contenuto del messaggio, arrivando quindi a concludere che era intervenuto licenziamento scritto e non orale come dedotto e lamentato dal ricorrente.
- Da ultimo Sentenza n. 311/2020 pubbl. il 30/06/2020 del Tribunale di Firenze (licenziamento tramite whatsapp): La convenuta affermava di aver inviato, in data 30.7.2019, tramite messaggio whatsapp, una lettera di licenziamento per mancato superamento della prova datata 29.7.2019. Il Tribunale: È provato invece che la ricorrente ha ricevuto, tramite messaggio whatsapp inviato il 30.7.2019, la lettera di licenziamento per mancato superamento della prova datata 29.7.2019; da un lato, infatti, essa non ha specificamente contestato la stampa delle conversazioni whatsapp prodotte dalla convenuta, in cui risulta l'invio della lettera in questione, dall'altro della sua ricezione la stessa ricorrente ha dato espressamente atto nella lettera di impugnazione del licenziamento datata 7.8.2019.

Pronunciamenti questi ultimi secondo cui il comportamento concludente dei protagonisti del rapporto è idoneo a fondare pronuncia di licenziamento validamente intimato in forma elettronica a prescindere dall'utilizzo di documento informatico secondo la nozione normativa *ex art. art. 2712 c.c.* (così come modificato *ex art. 23-quater*, CAD) alla stregua del quale “Le riproduzioni informatiche formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”.

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ – Scelta sostanzialista avallata da Cass., Sez. Lav., sentenza n. 12106 del 16/05/2017, secondo cui “la scrittura con la quale sia intimato il licenziamento può ritenersi valida, ai sensi dell'art. 2, l. n. 604/1966, anche quando non venga sottoscritta dal datore di lavoro o da un suo rappresentante, qualora venga esibita dalla parte stessa nel giudizio pendente nei confronti del destinatario del recesso”, affermazione che lascia per la verità non poco perplessi implicando, da un lato, autorizzazione generalizzata al datore di lavoro a non assumersi la responsabilità di un licenziamento tramite sottoscrizione, riservandosi poi secondo convenienza di esibirlo in giudizio validandolo oppure di negarne con agio l'esistenza e, dall'altro, gettando il lavoratore nella più completa confusione sul valore dello scritto recapitatogli e sul da farsi (devo impugnare nei termini? Se non vado al lavoro potrò essere accusato di assenza ingiustificata?).

- Parimenti, con sentenza n. 29753 del 12/12/2017 la Sez. Lav. della Corte, la quale ha ritenuto di non dover affrontare la questione afferente la qualificazione della e-mail non firmata digitalmente per essere stato il documento nell'immediato qualificato come licenziamento dal ricevente.
- Cass. n. 5523 del marzo 2018 secondo cui Le e-mail sono liberamente valutabili dal giudice perché l'efficacia di piena prova prevista dall'articolo 2702 del cod. civ. è propria solo della scrittura privata / documento sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale. Nel caso di specie è stata confermata la sentenza d'appello che aveva dubitato della provenienza della mail dall'autore apparente pur incontestato che l'indirizzo di invio fosse a lui riferibile e quindi dichiarata l'illegittimità del licenziamento di dirigente a cui era stata contestata condotta irregolare nella rivalutazione del magazzino.
- Cass. 5141 del febbraio 2019 che prima ha definito l'SMS “documento informatico privo di firma digitale” e poi a fronte della produzione in giudizio di trascrizione di SMS la cui provenienza dall'utenza telefonica del mittente non era stata contestata ma disconosciuto il contenuto, ha affermato la possibilità del giudice (diversamente dal disconoscimento di scrittura privata x cui occorre verifica positiva) di valutare come indizio l'sms e

comunque di ritenere la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova comprese le presunzioni (apprezzamento di merito)

Ma quando è stato ritenuto validamente operato il disconoscimento?

Chiarimenti ci vengono dalla sent. Corte Cass. n. 19155/2019 pronunciata tra due coniugi ove il marito aveva dato l'assenso tramite messaggio all'assunzione della metà delle spese riferite all'asilo nido del figlio. Aveva ricorso in cassazione il padre del minore lamentando: 1) la violazione ed errata applicazione, *ex art. 360 n. 3 c.p.c.*, degli artt. 2702 e 2712 c.c., per avere il Tribunale riconosciuto efficacia probatoria, quale scrittura privata, a tre messaggi telefonici riprodotti meccanicamente, erroneamente a lui attribuiti quale presunto autore, pur essendo privi di sottoscrizione e del numero di cellulare del soggetto che li aveva inviati e del soggetto che li aveva ricevuti; 2) la violazione ed errata applicazione, *ex art. 360 n. 4 c.p.c.*, dell'art. 115 c.p. c., non avendo il Tribunale rilevato che la difesa, oltre che in sede di comparsa conclusionale, già all'udienza prima comparizione delle parti aveva tempestivamente contestato «le produzioni» di controparte.

La Corte ha in primis chiarito che in tema di efficacia probatoria delle riproduzioni informatiche di cui all'art. 2712 cod. civ., il disconoscimento idoneo a fare perdere ad esse la qualità di prova doveva essere “chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi concretizzare nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta”, dal che l'insufficiente della generica “contestazione delle produzioni” in prima udienza e la tardività della pur specifica contestazione operata in sede di memoria conclusionale.

Ancora una volta, efficacia legale dell'sms derivante non dalle caratteristiche intrinseche del messaggio ma dalla mancata esplicita, chiara e circostanziata contestazione della non corrispondenza del messaggio alla realtà fattuale.

– Sentenza n. 13673/2020 pubbl. il 07/10/2020 del Tribunale ordinario di Roma sezione X civile (sugli sms e wap): l'eventuale disconoscimento di tale conformità non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata previsto dall'art. 215, comma 2, c.p.c. poiché, mentre, nel secondo caso, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo della stessa, la scrittura non può essere utilizzata, nel primo non può escludersi che il giudice possa accertare la rispondenza all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni (Cass. n. 5141 del 21/02/2019). Si aggiunga che il disconoscimento, da effettuare nel rispetto delle preclusioni processuali degli artt. 167 e 183 c.p.c., deve essere chiaro, circostanziato ed esplicito e concretizzarsi nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra la realtà fattuale e quella riprodotta (Cass. n. 1250 del 19/01/2018), mentre nel caso in esame la contestazione della conformità della parte era stata del tutto generica. L'eccezione è stata quindi disattesa.

– Sentenza n. 1375/2020 pubbl. il 30/06/2020 del Tribunale di Taranto: “il credito della parte opposta è stato dimostrato limitatamente all’inferiore importo di euro 3.014,35 risultante dai prospetti delle provvigioni contenute nel messaggio whatsapp inviato dall’amministratore dell’opponente documentato dalla stampa del relativo screenshot, prodotta in giudizio dalla parte opposta. Deve al riguardo evidenziarsi che, per insegnamento della S.C., “lo short message service (sms) contiene la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti ed è riconducibile nell’ambito dell’art. 2712 c.c., con la conseguenza che forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne contesti la conformità ai fatti o alle cose medesime. Tuttavia, l’eventuale disconoscimento di tale conformità non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata previsto dall’art. 215 co. 2 c.p.c. poiché, mentre, nel secondo caso, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo della stessa, la scrittura non può essere utilizzata, nel primo non può escludersi che il giudice possa accertare la rispondenza all’originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni” (cfr. Cass. 5141/2019); a sua volta, “il messaggio di posta elettronica (c.d. e-mail) costituisce un documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure privo di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all’art. 2712 c.c. e, pertanto, forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime (cfr. Cass. 11606/2018); inoltre, “sempre in tema di efficacia probatoria delle riproduzioni informatiche di cui all’art. 2712 c.c., il disconoscimento idoneo a far perdere ad esse la qualità di prova, pur non soggetto ai limiti e alle modalità di cui all’art. 214 c.p.c., deve tuttavia essere chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi caratterizzare nella allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta, anche se non ha gli stessi effetti del disconoscimento previsto dall’art. 215 co. 2 c.p.c., perché mentre questo, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo di questa, preclude l’utilizzazione della scrittura, il primo non impedisce che il giudice possa accertare la conformità all’originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni”(cfr. Cass. 17.7.2019 n. 19155 e, in senso conforme, Cass. 23940/2017, Cass. 27000/2016, Cass. 11892/2016 e Cass. 13960/2014, ivi richiamate. Analoghi principi devono senz’altro ritenersi applicabili, per analogia, ai messaggi whatsapp. Ebbene, nella specie il disconoscimento del messaggio whatsapp prodotto in giudizio dalla parte opposta è privo dei prescritti requisiti, e ciò in quanto l’opponente, nell’u-

dienza del 17.9.2019, si è limitata a dedurre quanto segue: “impugna e contesta tutta la documentazione avente ad oggetto la conversazione su whatsapp tra il ricorrente e il signor Durante nonché il presunto estratto conto esibito e facente riferimento alla predetta conversazione in quanto dalla schermata nulla si evince in merito alle ragioni creditorie ed altresì atto di parte del signor Durante non riconducibile al signor De Santis”. In particolare, il disconoscimento così operato è inidoneo siccome non circostanziato, avendo l’opponente del tutto omesso di allegare gli “elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta”, come richiesto dalla giurisprudenza sopra citata.

Disconoscimento, per la verità, in ipotesi di impugnativa del licenziamento ben raro avendo tutto l’interesse il datore di lavoro che vede la produzione della comunicazione da parte del lavoratore a riconoscere come da lui proveniente il messaggio di licenziamento ricevuto dalla controparte onde validarne gli effetti risolutivi.

Il diverso ed opposto interesse del dipendente può essere viceversa tutelato non producendo in giudizio il messaggio ed adducendo mero licenziamento verbale essendo a quel punto onere di controparte produrre e comprovare il valore di prova legale del messaggio inviato.

5.3. LA “CHIARA MANIFESTAZIONE DI VOLONTÀ” nel magma del linguaggio parlato

L’interpretazione che la Cassazione ha offerto “in tema di forma scritta del licenziamento” è nel senso che “non sussiste per il datore di lavoro l’onere di adoperare formule sacramentali, potendo, la volontà di licenziare essere comunicata al lavoratore anche in forma indiretta purché chiara”. Su tale scorta è stato ritenuto atto scritto di recesso la consegna al dipendente da parte del datore del libretto di lavoro accompagnata da lettera di trasmissione indicante il recesso datoriale. Essendo sufficiente una manifestazione di volontà di licenziare anche indiretta purché “chiara”, occorre individuare i limiti posti da quest’ultimo aggettivo, vieppiù sfumati se dai confini noti di una lettera concepita e nata al solo scopo di manifestare la volontà di recesso (discorso che può traspirare senza particolari problemi alla e-mail) ci si allontana per avventurarsi nel terreno di messaggi concepiti nell’ambito di conversazioni articolate come quelle sms e ancor più nell’istantanea della messaggistica whatsapp, costituita spesso da plurimi “botta e risposta” in pochi secondi.

Molteplici i profili problematici che si possono presentare:

- a) l’utilizzo di espressioni dal significato ambiguo: emblematica la menzionata fattispecie all’esame del Tribunale di Genova (ordinanza n. 223 del 5

- aprile 2016) che vedeva un barista addetto alla preparazione di aperitivi che è stato licenziato dal datore di lavoro con l'sms "non faccio più aperitivi, buona fortuna", testo che è stato ritenuto manifestazione inequivoca di volontà datoriale di recesso;
- b) il valore di messaggi contenenti frasi che perdono del tutto di significato se estrapolate dal contesto della conversazione nel suo complesso come nel caso all'esame della Corte d'Appello di Roma, sentenza del 23 aprile 2018 che ha ritenuto chiara manifestazione di volontà l'sms ".. ci riserviamo noi di contattarti se supereremo questo momento di dolore e dispiacere ...") poiché accompagnato dal richiamo a pregressi colloqui tra le parti;
 - c) l'invio di esternazioni frutto di concitazione nella conversazione o del sentire del momento piuttosto che espressione di volontà datoriale meditata e consapevole. Orbene, il legislatore, sanzionando con l'inefficacia il licenziamento verbale, ha inteso non solo garantire la certezza nei rapporti giuridici (elemento assicurato dalla cristallizzazione nella forma scritta della volontà) ma anche sventare la possibilità di risoluzione del rapporto di lavoro sull'onda dell'emotività momentanea, della foga di una diatriba in corso, richiedendo quanto meno i tempi di una rimediazione necessitati dal sedersi, prendere carta a penna e redigere una comunicazione scritta con datazione, motivazione seppur succinta e firma della medesima. Spatium deliberandi che all'evidenza non è assicurato da strumenti di comunicazione utilizzati per conversazioni istantanee, spesso dalla sequenza frenetica, come tali non idonei ad evitare il rischio di "licenziamenti d'impulso";
 - d) invio di messaggistica testuale di un determinato tenore contraddetto da emoticon di tono diverso. Sul valore delle EMOTICON, il Tribunale di Roma sentenza del 12.03.18 ha ritenuto insussistente la condotta vessatoria di un datore di lavoro in quanto le comunicazioni Whatsapp erano "espressione di un rapporto di familiarità e cortesia, frequentemente corredati di emoticon affettuose". Sempre sul valore delle emoticon, il Tribunale di Parma sentenza n. 237 del 7 gennaio 2019 ha considerato illegittimo il licenziamento di una dipendente, perché i commenti negativi sul conto del datore erano intervallati appunto da emoticon che rendevano gli insulti "più canzonatori che offensivi". Il Giudice ha ritenuto l'uso delle faccine un atteggiamento più canzonatorio che offensivo, comunque tale da non essere di facile comprensione. Le emoticon possono alterare il senso delle parole dandone un aspetto divertente. Un licenziamento del tenore "Facciamo che da domani sei libero di dedicarsi tutto il tempo ai tuoi hobby preferiti" accompagnato da emoticon di isoletta caraibica, palme e cocteil e faccina sorridente?

Da ultimo Sentenza n. 311/2020 pubbl. il 30/06/2020 del Tribunale di Firenze (licenziamento tramite whatsapp): “La ricorrente qualifica come licenziamento verbale il messaggio telefonico whatsapp del 25.7 2019, con il quale la convenuta scriveva: “allora domani non venite alle 11. Fate quello che avete da fare. Io faccio quello che ho da fare. Da domani non c’è bisogno di venire più”. Il Tribunale ha ritenuto il significato di tale messaggio non univoco ed ha quindi ritenuto non costituisce atto di recesso datoriale potendosi interpretare come generica volontà di riduzione di personale.

5.4. PERFEZIONAMENTO DELLA “COMUNICAZIONE” della volontà al lavoratore: inutilizzabilità dei parametri tradizionali

Quando si può considerare perfezionata la comunicazione in ipotesi di licenziamenti operati tramite e-mail, sms e whatsapp?

Che prova ne può essere offerta in giudizio?

Ed ancora: cosa si deve intendere in questi casi come indirizzo del destinatario?

Interrogativi che si impongono *ex art. 6, comma 1, l. n. 604/1966* poiché “Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta..”, norma da leggersi, ai nostri fini, in combinato disposto con l’art. 1335 c.c. secondo cui “La proposta, l’accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all’indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell’impossibilità di averne notizia”.

Inutilizzabili i canoni tradizionali (consegna a mano della lettera sul luogo e nell’orario di lavoro con firma e data per ricezione o all’indirizzo di abitazione del destinatario con cartolina di ritorno attestante parimenti la data di consegna) solo apparentemente gli strumenti informatici, attraverso i sistemi automatici di registrazione dell’esatto momento in cui le operazioni vengono effettuate, semplificano l’attestazione della data di consegna del messaggio elettronico.

Un primo esempio di problematica è stato offerto dal licenziamento intimato dalla società Ericsson ai dipendenti della sede di Genova tramite invio della e-mail agli indirizzi di posta interni di ciascun dipendente il venerdì sera ben oltre l’orario di lavoro e contemporanea disabilitazione dell’accesso esterno alla rete aziendale da cui l’impossibilità di lettura della comunicazione sino al lunedì mattina successivo. Pur risultando quindi dal sistema informatico attestato l’arrivo della mail alla casella di posta dei singoli destinatari nella giornata di venerdì 21, il termine decadenziale non avrebbe potuto che farsi decorrere dal lunedì 24 difettando in precedenza conoscibilità.

Parimenti possono presentarsi problemi con comunicazione di recesso tramite sms e whatsapp.

Ad esempio: può il numero di cellulare sul quale è stato recapitato un sms o un messaggio whatsapp essere qualificato “indirizzo” del lavoratore anche qualora non intestatario della scheda? Per la soluzione ci si richiama alla giurisprudenza che più di una volta ha chiarito come la nozione di “indirizzo” comprende qualunque luogo (un tempo in senso fisico, attualmente anche virtuale) che per “collegamento ordinario o per una normale frequenza” risulti in concreto “nella sfera di controllo o di dominio del destinatario” e dunque appaia in concreto idoneo a consentirgli la ricezione dell’atto e la possibilità di conoscenza del relativo contenuto. Laddove dunque sia dimostrato che il telefono cellulare sul quale il messaggio è stato recapitato era nella abituale disponibilità del lavoratore destinatario (soggetto cioè al suo “controllo e dominio”), si ritiene di poter ipotizzare che l’eccezione afferente il difetto di titolarità della scheda opposta dal lavoratore dovrebbe essere agilmente superata.

Ed ancora: qualora il telefono del ricevente sia spento o non raggiungibile, l’ sms perviene al destinatario con il giorno e l’ora in cui il telefono viene riconnesso alla rete mentre data e ora attestati sul cellulare del mittente rimangono quelli dell’invio con discrasia non solo di orari ma anche di giorni per come registrati sui rispettivi apparecchi. Sul punto certamente la trasmissione di un messaggio whatsapp risulta essere più efficiente fornendo a colui che invia tre tipologie di informazioni riferite ai diversi momenti della spedizione, della ricezione e della lettura del messaggio, tramite rispettivamente il sistema della spunta semplice grigia, della “doppia spunta” grigia e blu. Con la precisazione che il perfezionamento della consegna, attesa la rilevanza del dato riferito alla conoscibilità e non alla effettiva lettura del testo, si dovrebbe ritenere avvenuta con la comparsa della doppia spunta grigia.

Ma anche le comunicazioni con il sistema whatsapp, così come gli sms, possono presentare una serie di problematiche riferite alla “comunicazione” su cui alcuna pronuncia giudiziale è ancora intervenuta:

- se il telefono è di proprietà aziendale ma il rapporto di lavoro non prevede obbligo di reperibilità il dipendente ha il dovere di tenere l’apparecchio acceso, ad esempio in periodo di ferie? E se tale dovere non esiste, può essere previsto sine die alla stipula del contratto di assunzione o introdotto con accordo in un momento successivo?
- Ed ancora, può essere richiesto al dipendente di comunicare il numero privato di cellulare? E una volta noto il numero al datore di lavoro, il pre-

statore ha l'obbligo di avvertire il primo di eventuale cambiamento del numero di utenza?

- Cosa accade se il dipendente “blocca” sul sistema whatsapp il numero del datore di lavoro già in agenda?
- E se il dipendente non ha memorizzato in rubrica il datore di lavoro e la comunicazione gli appare come mera sequenza numerica, può parlarsi di messaggio idoneo a portare a sua conoscenza la volontà di recesso datoriale?

Medesimi problemi che potrebbero sorgere riguardo a comunicazioni in risposta provenienti dal lavoratore che non avrebbero ragione di essere discriminate rispetto a modalità di invio/efficacia consentite al datore di lavoro.

Per dare un esempio, volutamente paradossale ma non lontano dal reale atteggiarsi della messaggistica, si può immaginare la seguente conversazione whatsapp:

- “da domani puoi andare ad abitare anche in Perù. Non è più affar mio” (licenziamento)
- “e perché?” (richiesta dei motivi)
- “Per quel che c'è da fare siamo già abbastanza” (giustificato motivo oggettivo) o “non c'è bisogno di un piantagrane come te” (giustificato motivo soggettivo)
- “Guarda che non finisce mica qui!” (impugnativa extragiudiziale del licenziamento)

5.5. Dignità del lavoro e nuove tecnologie

Alzato lo sguardo dall'ottica sino ad ora percorsa di uno stretto tecnicismo, sia consentita una riflessione di possibile indirizzo nelle diverse opzioni interpretative della normativa in materia: le vetuste e obsolete forme ed i tempi lenti che necessariamente richiedevano, se sono in apparente distonia con una “civiltà liquida” ed efficientista dalle comunicazioni sempre più rapide, imponevano però l'impiego di tempi di meditazione consoni a manifestazioni di volontà che erano, e rimangono a tutt'oggi, idonee ad incidere fortemente sulla vita dei destinatari e favorivano la percezione del lavoro (da una parte e dall'altra del rapporto) come luogo in cui si sviluppa e ha casa la dignità del prestatore, posta a fulcro delle norme costituzionali in materia (artt.1, 4, 35, 36 Cost.). Dignità che deve essere tutelata non solo nel momento focale dell'assunzione (da più parti oggetto di critica i riverberi in termini sociali delle forme di assunzione precarie) e nel corso del rapporto (si pensi alla tutela apprestata dall'ordinamento in ipotesi di demansionamento, mobbing) ma anche nell'eventualità di epilogo traumatico e cioè nell'ipotesi di licenziamento.

4. Questioni inerenti il processo:

D) Limiti di conservazione della posta elettronica

Una prima difficoltà per la produzione in giudizio di documentazione digitale deriva dai limiti temporali posti alla sua conservazione.

Prov. Garante n. 53 del 1° febbraio 2018: limitare la conservazione delle e-mail (o di dati relativi al traffico telematico in generale) adottando sistemi di cancellazione automatica salvo che sussistano: specifiche esigenze tecniche o di sicurezza (il tempo di conservazione per fini di sicurezza indicato dal Garante è di 7 giorni, salvo casi particolari per finalità specifiche che giustifichino una conservazione limitata al tempo necessario e predeterminato a raggiungerle (è comunque possibile un allungamento dei termini se i dati sono indispensabili per la difesa di un diritto in sede giudiziaria o relativamente a indagini dell'autorità giudiziaria o polizia ma non è consentita la conservazione massiva delle e-mail allo scopo di tutelare i diritti del datore di lavoro in possibili ed eventuali e futuri giudizi).

Per quanto riguarda la conservazione delle e-mail deve:

- risultare indispensabile (principio di minimizzazione). Va precisato che non è indispensabile la conservazione delle e-mail al fine di custodire file e documenti di rilevanza aziendale e che tale aspetto, nell'ottica del bilanciamento di interessi, dovrebbe essere regolato predisponendo e adottando adeguate procedure affinché tali documenti siano conservati in altre forme;
- essere supportata da valide motivazioni e non risultare eccedente;
- la conservazione dei dati personali scaturenti dalla gestione della posta elettronica dei dipendenti può avvenire entro limiti determinati: minimizzazione e specificità sono le parole chiave.

Menzionate linee guida del Garante per posta elettronica e internet di cui alla Gazzetta Ufficiale n. 58 del 10 marzo 2007 sono ancora applicabili se compatibili con il GDPR e il decreto di adeguamento del nostro Codice in materia di protezione dei dati personali (art. 22.4 del d.lgs. 101/2018).

Possono applicarsi per analogia tali limiti di conservazione a conversazioni operate sugli smartphone tramite messaggistica sms e whatsapp nel momento in cui queste diventano a loro volta strumenti di lavoro?

II) Valore di prova in giudizio

Le Sezioni Civili della Corte (Cass. Sent. 5141 del febbraio 2019) a fronte della produzione in giudizio di trascrizione di SMS la cui provenienza dall'utenza telefonica del mittente non era stata contestata ma disconosciuto il contenuto, hanno affermato la possibilità del giudice (diversamente dal disconoscimento di

scrittura privata per cui occorre verifica positiva) di valutare come indizio l'SMS e comunque di ritenere la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova comprese le presunzioni (apprezzamento di merito).

Soluzione quest'ultima di segno diverso rispetto alle pronunce delle Sezioni Penali della Corte.

La Corte di Cassazione, sez.pen, con pronuncia n. 49016 del 2017 ha ritenuto (considerato l'art. 234 comma 1 c.p.c., norma che consente di acquisire in giudizio anche documenti che rappresentano fatti e persone mediante fotografie, cinematografia e fonografia o qualsiasi altro mezzo idoneo) che le conversazioni contenute nelle chat di Whatsapp possono acquistare valore di prova legale in giudizio se viene operata l'acquisizione del supporto dove è avvenuta la comunicazione, e quindi dello smartphone su cui è avvenuta la conversazione, consentendo solo tale ultima modalità (a differenza della produzione di mera trascrizione, stampa di screenshot o allegazione del messaggio tramite chiavetta usb) di avere la certezza del contenuto e della genuinità del messaggio (la fattispecie aveva visto il rifiuto della Corte territoriale ad acquisire trascrizione di messaggistica whatsapp richiesta da un imputato di atti persecutori onde dimostrare l'inattendibilità della persona offesa la quale aveva riferito di aver interrotto i rapporti con lui anni addietro, decisione ritenuta "inecepibile").

Parimenti, la Sezione VI penale della Corte, con la sentenza n. 1822 del 17 gennaio 2020 in fattispecie nella quale vi era stato il sequestrato di cellulare dell'imputato in sede di perquisizione ha ritenuto che i messaggi whatsapp così come gli sms conservati nella memoria di un apparecchio cellulare hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., di tal che la relativa attività acquisitiva non soggiace alle regole stabilite per la corrispondenza, nè tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche, con l'ulteriore conseguenza che detti testi devono ritenersi legittimamente acquisiti ed utilizzabili ai fini della decisione ove ottenuti mediante riproduzione fotografica a cura degli inquirenti.

Nel processo tributario la Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia, Sez. I, Sent.

105 del 14/04/2021 la quale ha ritenuto (richiamandosi alle sezioni penali) che la trascrizione di conversazioni, effettuate via whatsapp e registrate da uno degli interlocutori, pur concretandosi nella memorizzazione di un fatto storico, costituente prova documentata ex art. 234 c.p.p., può essere utilizzata in giudizio soltanto a condizione che venga acquisito il supporto telematico o figurativo contenente la relativa registrazione, al fine di verificare l'affidabilità, la provenienza e l'attendibilità del contenuto di dette conversazioni.

Tralasciando per un attimo la pronuncia del giudice tributario, evidenti appaiono le diverse soluzioni cui è approdato il giudice di legittimità:

– nel processo civile possibile acquisizione di valore di prova legale anche

della produzione di mera trascrizione, stampa di screenshot o allegazione del messaggio tramite chiavetta usb in ipotesi di mancato disconoscimento ed elemento liberamente valutato dal giudice in ipotesi di disconoscimento potendosi accertare la conformità del messaggio all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni (Cass. 19155/2019 che si richiama a Cass.3122/2015);

- prova legale nel processo penale solo se acquisito lo smartphone e inammissibilità della produzione di mera trascrizione, stampa di screenshot o allegazione del messaggio tramite chiavetta usb.

Pronunce di merito:

- Sent. n. 13673/2020 pubbl. il 07/10/2020 del Tribunale ordinario di Roma sezione X civile (sugli sms e wap): era stato richiesto lo stralcio dei messaggi whatsapp ed SMS formulata dal Pace e la contestazione della conformità degli stessi agli originali, formulata dal Pellicer. Il Giudice, all'udienza del 4.10.2018, ha dato atto che i files depositati dall'attrice in formato "ZIP" erano integralmente leggibili, come constatato da tutti i procuratori delle parti. In secondo luogo, "lo "short message service" ("SMS") contiene la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti ed è riconducibile nell'ambito dell'art. 2712 c.c., con la conseguenza che forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne contesti la conformità ai fatti o alle cose medesime. Tuttavia, l'eventuale disconoscimento di tale conformità non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata previsto dall'art. 215, comma 2, c.p.c. poiché, mentre, nel secondo caso, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo della stessa, la scrittura non può essere utilizzata, nel primo non può escludersi che il giudice possa accertare la rispondenza all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni (Cass. n. 5141 del 21/02/2019). Si aggiunga che il disconoscimento, da effettuare nel rispetto delle preclusioni processuali degli artt. 167 e 183 c.p.c., deve essere chiaro, circostanziato ed esplicito e concretizzarsi nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra la realtà fattuale e quella riprodotta (Cass. n. 1250 del 19/01/2018), mentre nel caso in esame la contestazione della conformità da parte del Pellicer è del tutto generica. Le eccezioni devono dunque essere disattese.
- Sent. n. 1375/2020 pubbl. il 30/06/2020 del Tribunale di Taranto: il credito della parte opposta è stato dimostrato limitatamente all'inferiore importo di euro 3.014,35 risultante dai prospetti delle provvigioni contenute nel messaggio whatsapp inviato dall'amministratore dell'opponente, a Durante Luca in data 30.11.2017 e documentato dalla stampa del relativo screenshot, prodotta

in giudizio dalla parte opposta. Deve al riguardo evidenziarsi che, per insegnamento della S.C., “lo short message service (sms) contiene la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti ed è riconducibile nell’ambito dell’art. 2712 c.c., con la conseguenza che forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne contesti la conformità ai fatti o alle cose medesime. Tuttavia, l’eventuale disconoscimento di tale conformità non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata previsto dall’art. 215 co. 2 c.p.c. poiché, mentre, nel secondo caso, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo della stessa, la scrittura non può essere utilizzata, nel primo non può escludersi che il giudice possa accertare la rispondenza all’originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni” (cfr. Cass. 5141/2019); a sua volta, “il messaggio di posta elettronica (c.d. e-mail) costituisce un documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure privo di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all’art. 2712 c.c. e, pertanto, forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime (cfr. Cass. 11606/2018); inoltre, “sempre in tema di efficacia probatoria delle riproduzioni informatiche di cui all’art. 2712 c.c., il disconoscimento idoneo a far perdere ad esse la qualità di prova, pur non soggetto ai limiti e alle modalità di cui all’art. 214 c.p.c., deve tuttavia essere chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi caratterizzare nella allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta, anche se non ha gli stessi effetti del disconoscimento previsto dall’art. 215 co. 2 c.p.c., perché mentre questo, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo di questa, preclude l’utilizzazione della scrittura, il primo non impedisce che il giudice possa accertare la conformità all’originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni”(cfr. Cass. 17.7.2019 n. 19155 e, in senso conforme, Cass. 23940/2017, Cass. 27000/2016, Cass. 11892/2016 e Cass. 13960/2014, ivi richiamate. Analoghi principi devono senz’altro ritenersi applicabili, per analogia, ai messaggi whatsapp. Ebbene, nella specie il disconoscimento del messaggio whatsapp prodotto in giudizio dalla parte opposta è privo dei prescritti requisiti, e ciò in quanto l’opponente, nell’udienza del 17.9.2019, si è limitata a dedurre quanto segue: “impugna e contesta tutta la documentazione avente ad oggetto la conversazione su whatsapp tra il ricorrente e il signor Durante nonché il presunto estratto conto esibito e facente riferimento alla predetta conversazione in quanto dalla schermata nulla si evince in merito alle ragioni creditorie ed altresì atto di parte del signor Durante non riconducibile al signor De Santis”. In particolare, il disconoscimento così operato è inidoneo siccome

non circostanziato, avendo l'opponente del tutto omesso di allegare gli "elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta", come richiesto dalla giurisprudenza sopra citata.

III) Strumenti per la produzione nel processo telematico civile: trascrizioni, stampa di screenshot; file in formato zip allegati al fascicolo telematico; chiavette e CD allegati al fascicolo cartaceo

In ragione di quanto chiarito da Cass. 5141 del febbraio 2019 (che, ricordiamo, a fronte della produzione in giudizio di trascrizione di SMS la cui provenienza dall'utenza telefonica del mittente non era stata contestata ma disconosciuto il contenuto, ha affermato la possibilità del giudice, diversamente dal disconoscimento di scrittura privata per cui occorre verifica positiva, di valutare come indizio l'sms e comunque di ritenere la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova comprese le presunzioni secondo apprezzamento proprio del giudice di merito) è ammessa la produzione nel processo civile di trascrizioni, stampa di screenshot; file in formato zip allegati al fascicolo telematico, chiavette e CD allegati al fascicolo cartaceo.

Con riferimento agli ultimi due tipi di allegati trattasi, nel processo civile telematico, di deroga alla necessaria produzione della documentazione per via telematica, che viene operata in ragione di specifica autorizzazione del giudice, giustificata dalla circostanza che ancora ad oggi non è stata ovviato all'impossibilità di produrre al fascicolo telematico allegati c.d. "pesanti" o file audio (si segnalano ad oggi in corso sperimentazioni volte a superare questa mancanza a sistema presso i Tribunali di Torino e Brescia).

Numerosi gli esempi di pronunce di merito che fondano il pronunciamento sulla indicata tipologia di produzione:

- Sent. n. 311/2020 pubbl. il 30/06/2020 del Tribunale di Firenze: produzione di stampa delle conversazioni whatsapp intrattenuta con la lavoratrice ricorrente da parte dalla convenuta. – Sent. n. 1375/2020 pubbl. il 30/06/2020 del Tribunale di Taranto: messaggio whatsapp inviato dall'amministratore documentato dalla stampa del relativo screenshot, prodotta in giudizio dalla controparte.
- Sent. n. 13673/2020 pubbl. il 07/10/2020 del Tribunale ordinario di Roma sezione X civile (sugli sms e wap): una parte aveva richiesto lo stralcio dei messaggi whatsapp ed SMS e l'altra contestato la conformità di analoga produzione avversaria agli originali. Il Giudice ha dato atto, insieme alle parti presenti in udienza, che i files depositati dall'attrice in formato "ZIP" erano integri ed intellegibili.
- Sent. n. 610/2021 pubbl. il 04/05/2021 del Tribunale di Milano: deduzione di aver ricevuto mediante l'applicazione Whatsapp comunicazione di so-

sospensione delle attività lavorative per il negozio non accompagnata da allegazione del relativo screenshot e produzione solo di comunicazione obbligatoria effettuata al centro per l'impiego costituente allegato al messaggio.

5. Conclusioni

La realtà lavorativa imprenditoriale e professionale così come il lavoro pubblico negli ultimi due anni sono passati, quale modalità ordinaria, dalla prestazione di lavoro in presenza a attività di lavoro a distanza. È probabile che dall'anno prossimo, o comunque da quando sarà superata la normativa pandemica, ci si affacci ad una modalità ordinaria ibrida (parte a distanza e parte in presenza), quella che era stata pensata dal legislatore nel 2017 con la normazione del lavoro agile. Modalità che nel periodo pre Covid non aveva avuto grande diffusione tanto da essere lasciata in secondo piano dalla contrattazione collettiva e che solo grazie alla pandemia ha trovato fortuna.

Le ragioni sono evidenti IN TERMINI DI VANTAGGI

- per il lavoratore: godere della possibilità di una libera organizzazione della prestazione che potrebbe consentire di conciliare i tempi di vita e di lavoro;
- per il datore di lavoro: vantaggio economico sui costi sostenuti per gli spazi di lavoro, possibile incremento degli operatori non più necessariamente proporzionati ai luoghi aziendali disponibili; focalizzazione del dipendente sugli obiettivi da raggiungere.

Vantaggi che non devono far dimenticare tutte le PROBLEMATICITÀ che si possono legare a forme “spinte” di lavoro a distanza (intendo quelle in cui la presenza fisica in un luogo comune di lavoro viene a mancare o diventa estremamente ridotta) ove:

per il lavoratore:

- la ricerca della disponibilità di almeno una stanza della casa compatibile con la prestazione lavorativa da adempiere, all'interno di una coabitazione restrittiva e forzata con familiari e animali;
- la condivisione di terminali e connessioni con familiari impegnati a loro volta in lavoro a distanza e figli in didattica a distanza;
- distrazioni proprie di un ambiente diverso da quello abituale;
- tempi di contattabilità di molto superiori ai tempi di lavoro;
- improvvisazione di mezzi e di tecnologie a supporto della prestazione lavorativa, informative carenti sul loro utilizzo
- rischi di malfunzionamento dei collegamenti in remoto;
- perdita di benefici di carattere economico di peso rilevante soprattutto in

- ipotesi di retribuzioni parametrare ai minimi tabellari, quali buoni pasto o maggiorazioni per lavoro straordinario;
- perdita di tessuto sociale lavorativo: è il singolo e non più una collettività innanzi a qualunque problematica lavorativa;
 - lontananza fisica del controllo e dell'assistenza sindacale.
 - per il datore di lavoro:
 - difficoltà di individuare obiettivi e tempi adeguati di realizzazione (come implicitamente ammessa dall'evoluzione normativa in materia di pubblico impiego cui abbiamo accennato);
 - minor controllo sull'effettiva produzione del dipendente/ lavoratore, collegato da casa;
 - assenza di “adrenalina da posto di lavoro” in azienda o ufficio, fattore che spinge ad eseguire la prestazione in tempi prestabiliti;
 - difficoltà di creare “spirito di squadra” e annullamento della possibilità di apprendimento per i neo assunti tramite affiancamento.

Con un'ultima precisazione: quanto ha contraddistinto la fattispecie dell'etero-organizzazione sino ad oggi rispetto al lavoro subordinato va vieppiù assotigliandosi nelle forme di lavoro subordinato in smartworking.

“L'intensità dell'etero-organizzazione della prestazione” che sfocia nella etero-direzione, elemento che per la Cassazione (Cass. 10 settembre 2019, n. 22634) ha contraddistinto sino ad ora la subordinazione (contrapposta alla auto-organizzazione propria delle collaborazioni), sta subendo un processo di ibridazione tenuto conto che il lavoratore subordinato ha libertà di orari, libertà di luogo, utilizza di strumenti anche propri di lavoro (si pensi alla rete internet di casa, alla bolletta elettrica ed in alcuni casi pc e telefono mobile del dipendente), tanto che forse proprio la pregnanza di direttive e controlli sulla tempistica dei risultati parziali del lavoro (l'art. 18 della l. 81/2017 ha introdotto il lavoro agile si riferiva a forme di organizzazione della prestazione riferite a “fasi, cicli e obiettivi”) diventerà elemento scriminante le diverse fattispecie. Controlli che fino ad ora, invece, avevano rilievo solo marginale nel rapporto caratterizzato dalla *locatio operarum*, in particolare nei limiti della prova dello scarso rendimento disciplinarmente rilevante solo se grave ed imputabile (la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi sul tema con la sent. n. 13625 del 02.07.2020, affermando che integra il giustificato motivo soggettivo o la giusta causa di licenziamento la fattispecie di inadempimento rispetto ad una competenza centrale e rilevante del dipendente determinata da mancanza di diligenza e di impegno professionale). Ne consegue che gli elementi classici di accertamento della subordinazione riferiti alle modalità estrinseche della prestazione (tempi – luoghi – proprietà degli strumenti di lavoro) saranno sempre più raramente dirimenti.

Aprè la strada a questo ordine di indagine la giurisprudenza formatasi in materia di subordinazione attenuata (tipica delle attività ad alto contenuto professionale – eminentemente tecnico o, al contrario, di contenuto del tutto elementare) poiché in tali fattispecie la Suprema Corte ha affermato che l'assoggettamento del lavoratore alle altrui direttive è configurabile anche quando il potere di direzione venga esercitato dal datore di lavoro attraverso l'emanazione di indicazioni di carattere programmatico "de die in diem", costituendo indici rivelatori del vincolo di subordinazione c.d. attenuata la programmazione quotidiana e l'inserimento delle prestazioni lavorative nell'organizzazione imprenditoriale (Cass. S.L. n. 29640/2018) intesa quale effettiva integrazione funzionale del lavoratore nell'organizzazione produttiva, secondo la teoria enunciata dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 30 del 5 febbraio 1996), la quale individuava nella c.d. doppia alienità (di risultato e di organizzazione) l'essenza della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c..

Ne consegue che le forme di comunicazione digitale dei provvedimenti datoriali, con tutte le problematiche che si è tentato di accennare, saranno sempre più spesso caratterizzanti le fattispecie all'esame dei giudici di merito e legittimità.

Le collaborazioni eterorganizzate e la rivoluzione tecnologica nella prospettiva interna ed europea

SOMMARIO: 1. Progresso tecnologico e diritto del lavoro. – 2. Il nuovo e variegato “mondo” delle piattaforme digitali. – 3. L'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015; l'inclusione del lavoro organizzato mediante piattaforma. – 4. Le collaborazioni etero – organizzate e la distinzione dagli altri modelli di organizzazione del lavoro. – 5. Le tutele applicabili tra integralità, selezione e compatibilità. – 5.1. Le tutele previdenziali. – 5.2. Le ipotesi di esclusione espressa. – 6. Il rider, protagonista anonimo della gig economy, tra subordinazione ed etero-organizzazione. – 7. Le tutele minime del rider autonomo. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Progresso tecnologico e diritto del lavoro

Le trasformazioni tecnologiche hanno determinato negli ultimi anni, con una velocità esponenziale, una rivoluzione strutturale ed economica che *ab imis* ha investito i settori produttivi, le comunicazioni, i servizi, e la vita quotidiana degli individui sia nella sfera personale che sociale.

Ogni cambiamento epocale, si pensi alla rivoluzione industriale, porta con sé innovazione, evoluzione, crescita, nuove opportunità, ma nello stesso tempo determina una destabilizzazione dei meccanismi di assestamento, di riequilibrio delle disfunzioni, di soluzione degli inconvenienti, ormai acquisiti nell'assetto preesistente.

In questi momenti di grande evoluzione si richiede al singolo ed alla società un particolare sforzo di adattamento, la capacità di governare il nuovo, di adeguarsi alle sfide del futuro, ed il modo migliore resta sempre quello di guardare avanti preservando ed attuando gli insegnamenti del passato.

L'“**Industria 4.0**”, termine con cui viene avveniristicamente indicata l'attuale fase tecnologica, tende ad una implementazione dei modelli produttivi e di organizzazione del lavoro grazie all'ausilio dell'automazione, della digitalizzazione, della connessione globale; per questo motivo va ad impattare pesantemente sul mondo del lavoro e, benché tra i suoi obiettivi dovrebbe esserci quello di migliorare le condizioni di lavoro, è stato da subito evidente quanto potesse essere

foriera anche di nuove forme di sfruttamento e di depotenziamento di diritti e di tutele.

Questa consapevolezza ha indotto i giuslavoristi all'analisi e all'approfondimento sistematico delle novità apportate dalle nuove tecnologie che potesse essere propedeutico alla ricerca di soluzioni tecniche finalizzate a rendere socialmente sostenibile la trasformazione.

Il salto tecnologico, fondato su digitalizzazione e automazione, porta infatti ad un aumento di produttività e di efficienza, alla creazione e allo sviluppo di nuove figure professionali, ma contemporaneamente impone l'adeguamento sia delle misure di sicurezza sul lavoro rispetto al nuovo assetto industriale, sia delle misure di tutela e protezione rispetto alle incidenze negative che la tecnologia può avere sulla qualità dell'occupazione in atto (si pensi ai controlli, al diritto alla disconnessione, alla tutela della privacy e riservatezza del lavoratore, alle discriminazioni determinate da una organizzazione del lavoro governata da sistemi standardizzati), e sulla quantità delle opportunità di lavoro, determinando una inevitabile vaporizzazione o contrazione di domanda per innumerevoli profili lavorativi.

Rispetto al progresso tecnologico non vanno alimentate visioni catastrofistiche, né è corretto assumere posizioni nostalgiche o conservative, piuttosto la vera sfida è individuare gli strumenti più efficaci per governare il cambiamento, per mitigare gli effetti distorsivi e potenziare quelli costruttivi, per accentuare i meccanismi compensativi, in modo da garantire che la rivoluzione in atto sia un'occasione di avanzamento per tanti, senza lasciare indietro nessuno.

Per farlo si potrebbe partire da una constatazione banale: l'analisi delle richieste di protezione e di intervento che emergono con più frequenza dalla trasformazione dei lavori e delle modalità di lavoro, indotte dalla rivoluzione tecnologica, ci conduce ad uno scenario sorprendentemente immutato nel tempo.

L'immutevolezza dei bisogni si manifesta nel fatto che qualificazione del rapporto di lavoro, e conseguenze in tema di tutele applicabili, restano i temi centrali e controversi, con la subordinazione che permane quale paradigma della massima tutela possibile e l'autonomia che, se non corrispondente ad una effettiva opzione del prestatore di lavoro, viene confezionata di volta in volta su misura come paravento in funzione elusiva di questa tutela, con nel mezzo tentativi, più o meno riusciti, di aggirare le pratiche abusive mediante estensioni, più o meno ampie, di garanzie tipiche della prima.

Sembra un paradosso, ma all'attualità, nonostante lo stravolgimento prodotto dall'economia digitale, dalla cibernetica, da forme sofisticate di organizzazione del lavoro che hanno superato i tradizionali limiti spazio-temporali, da una costellazione di nuove tecnologie che hanno modificato le relazioni lavorative, frammentando e scomponendo l'assetto classico del rapporto datore-lavoratore,

dall'analisi delle richieste di tutela risulta che sono rimasti inalterati gli squilibri contrattuali che hanno dato vita da sempre a quella condizione di debolezza personale, sociale ed economica del prestatore di lavoro che costituisce la ragion d'essere del diritto del lavoro, sia sostanziale che processuale, quale disciplina speciale e settoriale, nata per rispondere alle istanze di tutela ed al bisogno di protezione sociale dei lavoratori.

A conferma di ciò basta constatare che a fondamento del diritto del lavoro delle origini vi erano le rivendicazioni in tema di retribuzione e di orario di lavoro che hanno ispirato la Convenzione OIL n. 1 del 1919, e che, a ben cento anni di distanza, e non dieci, la Direttiva UE 2019/1152 del 20 maggio 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, che dovrà essere recepita dall'Italia entro il 1° agosto 2022, ha ancora come scopo migliorare le condizioni di lavoro, promuovere un'occupazione più trasparente e prevedibile, pur garantendo, nel contempo, l'adattabilità del mercato del lavoro e diritti minimi per tutti i lavoratori nell'Unione.

L'istanza tradizionale al diritto ad un lavoro dignitoso mantiene intatta la sua centralità anche nei nuovi scenari aperti dal progresso tecnologico; anzi il rischio del dissolvimento della componente umana nella selezione, nell'organizzazione e nella gestione dell'attività lavorativa la rende ancora più impellente, in quanto il rispetto della dignità di ogni individuo passa attraverso il riconoscimento del suo diritto ad un lavoro equo dal punto di vista della retribuzione e delle condizioni di lavoro, alla eliminazione delle discriminazioni, alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, all'informazione, prevenzione e formazione, alla tutela previdenziale, alla libertà di associazione e della contrattazione collettiva.

Resta a questo punto solo da verificare se nell'era della rivoluzione tecnologica all'immutevolezza dei bisogni possa corrispondere il mantenimento delle forme tradizionali di tutela, fatti salvi gli opportuni adattamenti.

2. Il nuovo e variegato “mondo” delle piattaforme digitali

Questa indagine va necessariamente calata nella realtà, che ci consegna un mondo di “nuovi” lavori, prodotto della rivoluzione tecnologica, dominato dalla cd. **gig-economy**, anglicismo utilizzato per definire l’“economia delle piattaforme”¹.

¹ Su cui P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018, spec. 17 ss.; S. FADDA, *Industria 4.0: prospettive e problemi per il mondo del lavoro*, in *Sindacalismo*, 2017, n. 35; G. CERVELLI – S. PIRA, – L. TRIVELLI, *Industria 4.0 senza slogan*, in *Quaderni Fondazione G. Brodolini*, 2017, n. 58; P. LOI, V. SPEZIALE (a

Il termine, preso a prestito dalla musica jazz, dove era usato fin dall'inizio del '900 per definire l'ingaggio di una serata, forse come contrazione della parola "engagement", nasce per individuare alcune tipologie di lavoro non inquadrabili nelle categorie "standard" ed è spesso associata ai "lavoretti" occasionali per integrare lo stipendio o sovvenzionare gli studi.

Nella sua accezione positiva la gig economy è caratterizzata dalla presenza di lavoratori freelance o con contratti a breve termine che, inseriti in un mercato occupazionale flessibile, dinamico e moderno, si avvantaggiano dell'autonomia organizzativa, della possibilità di lavorare da remoto, da casa o da qualsiasi altro angolo del mondo, della libertà della "pianificazione dell'ultimo minuto".

Nella gig economy virtuosa il lavoro si identifica nella singola prestazione, nel singolo lavoretto, di pochi minuti o di anche di una intera giornata, l'unico ad essere retribuito e solo se, e per il tempo in cui, viene svolto.

Purtroppo la frequente associazione ad attività al confine tra lavoro remunerato e hobby ha alimentato l'insidiosa convinzione che le prestazioni gestite dalle piattaforme siano svolte al di fuori di una genuina dimensione lavorativa, da soggetti che vi fanno ricorso per divertimento o per "arrotondare", e che per questo non hanno né il diritto né il bisogno di alcuna protezione.

Questa suggestione, alimentata dalla leggerezza richiamata dalla definizione, non rende però giustizia ai tantissimi gig workers per i quali, a causa della difficoltà di trovare occupazioni lavorative alternative, o anche solo perché attirati dalla facilità di accesso ai siti e alle applicazioni dedicate a mettere in contatto

cura di), Come cambia il diritto del lavoro nell'economia delle piattaforme, in RGL, 2017, n. 2, I, 171 ss.; P. ICHINO, Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro, in RIDL, 2017, n. 4, 525 ss.; ICHINO I diritti del lavoro nella gig economy, in "lavoce.info", 13.4.2018.; P. TULLINI, Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento, in RGL, 2016, n. 4, I, 748 ss.; M. TIRABOSCHI – F. SEGHEZZI, Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica, in LLI, 2016, n. 2, 41 ss.; M. LAI, Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di "smart working" e di "crowd working", in Dir. Rel. Ind, 2017, n. 4, 1000 ss.; V. DE STEFANO, The Rise of the «Just-in-Time Workforce»: On – Demand Work, Crowdwork and Labour Protection in the «Gig economy», in CLLPJ, 2016, vol. 37, n. 3, 471 ss.; DE STEFANO Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law, in Comparative Labor Law & Policy Journal, XXXVII, 2016, p. 461 ss.; DE STEFANO Lavoro su "piattaforma" e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata, in Riv. Giur. Lav. Prev 2017, I, p. 241 ss.; E. DAGNINO, Il lavoro nella "on-demand economy": esigenze di tutela e prospettive regolatorie, in LLI, 2015, n. 2, 21 ss.; S. CIUCCIOVINO Analisi e proposte sul diritto del lavoro nel tempo di Industria 4.0 in Dir. Rel. Ind 2018, n. 4, 1043; T. TREU, Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy, in "WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT-136/2017"; P. LOI Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio, in Riv. Giur. Lav. Prev. 2017, I, p. 259 ss.; E. RAIMONDI, Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie, in LLI, vol. 5, n. 2, 2019.

domanda e offerta, tale modalità di lavoro costituisce l'unica o prevalente fonte di reddito e quindi forma di sostentamento.

L'universo delle piattaforme digitali offre in verità un panorama molto variegato in cui è opportuno orientarsi con cautela.

Generalmente si definisce **piattaforma digitale** una infrastruttura di hardware e software che fornisce un insieme di strumenti informatici, quali programmi o applicazioni, che permettono di offrire agli utenti servizi, anche digitali, o la costituzione di ambienti virtuali in cui sviluppare ed eseguire le più svariate attività (lavoro, formazione, apprendimento, ricerca, sondaggi, monitoraggi ecc.), con forme di accesso, interazione, condivisione e comunicazione di diverso tipo (ad es. open source, previa registrazione, file sharing, downloading o uploading, streaming ecc.).

Le **capital platform** (i cui esempi più noti sono Ebay e Airbnb), che connettono clienti con venditori o affittuari per transazioni dirette che hanno ad oggetto beni di cui i secondi sono proprietari, vanno distinte dalle **labour platform**, che invece connettono in modo immediato clienti con prestatori di servizi caratterizzati da tassi di complessità e qualità molto diversi.

Nella seconda categoria di piattaforme, alcune forniscono prestazioni standardizzate ed uniformi, quali consegna di cibo a domicilio mediante biciclette o altri veicoli a motore, trasporto mediante l'uso dell'auto privata come taxi su richiesta, altre prestazioni di carattere fiduciario più o meno specializzate, quali baby sitting, dog sitting, personal shopping, servizi per la casa quali pulizie, piccoli lavori di manutenzione, pagamento di bollette, altre ancora prestazioni intellettuali e qualificate, più o meno complesse, quali ripetizioni private, traduzioni di testi, elaborazione di progetti, consulenze legali o commerciali.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea² ha sgombrato il campo da ogni ambiguità chiarendo in modo definitivo che tali piattaforme non sono mere fornitrici di un servizio tecnologico di intermediazione tra microimprenditori e clientela, bensì **imprese qualificabili come "datore di lavoro"** che operano in virtù di un ciclo produttivo organizzato da un algoritmo che, sulla base di previsioni statistiche, calcola il fabbisogno di manodopera necessario per soddisfare la domanda dell'utenza di una determinata area e in una determinata fascia oraria, offrendo un servizio creato ed interamente organizzato dalla piattaforma digitale che non esiste se non grazie a tale piattaforma.

Nell'ambito dei servizi forniti dalle **labour platform** le due principali forme di lavoro sono il **crowdwork** ed il **work-on demand** via apps, entrambe esternalizzate ed a richiesta.

² CGUE 20 dicembre 2017, C-434/15, Elite Taxi; CGUE 10 aprile 2018, C-320/16, Uber France; CGUE 22 aprile 2020, C-629/19, B. vs Yodel Delivery Network.

Il **crowdwork** è un nuovo modello organizzativo in forza del quale un'impresa affida la progettazione, ovvero la realizzazione di un determinato bene immateriale ad un insieme indefinito di persone, tra le quali possono inserirsi meri appassionati o professionisti del settore, interessati ad offrire i propri servizi sul mercato globale.

Spesso vengono richieste mini-operazioni, parcellizzate e ripetitive, come l'inserimento di stringhe in un foglio di lavoro o l'attribuzione di etichette ad immagini digitali, in cui i sistemi informatici simulano come eseguiti da computer servizi che in realtà non sono interamente affidabili all'intelligenza artificiale ma basati in parte sul lavoro umano; altre volte la domanda ha ad oggetto attività di elevata professionalità e tipicamente creative, come la ideazione di un logo o di un brand, lo sviluppo di un sito web o di un progetto di design.

In questi casi la distribuzione di lavoro su piattaforme online consente ai clienti di affidare in outsourcing qualsiasi prestazione che possa essere svolta da remoto rivolgendosi ad una "folla" di lavoratori potenzialmente connessi da qualsiasi parte del mondo.

Il lavoro a chiamata mediante piattaforme si svolge invece nel mondo reale, e non virtuale, ed ha ad oggetto la prestazione di servizi più tradizionali.

Le imprese che governano tali applicazioni hanno tendenzialmente un ruolo più pervasivo, in quanto non si limitano a mettere in collegamento domanda e offerta ma intervengono nella gestione dei soggetti che forniscono i servizi, agiudicano i lavori, stabiliscono gli standard minimi di qualità e le tariffe, vigilano sulle prestazioni in base a recensioni, voti o rating, che i lavoratori ricevono dagli utenti; alla maggiore specificità delle istruzioni e dei termini di servizio corrisponde una maggiore intensità del monitoraggio sul loro rispetto, e quindi un più invasivo sistema di incentivi e di "sanzioni" per la violazione degli standard o la mancata accettazione dei lavori.

Le due tipologie di lavoro, mentre condividono molte caratteristiche dal lato gestionale, in quanto l'utilizzo degli strumenti digitali consente di minimizzare i costi, ridurre i rischi del mercato, eliminare la logistica, smaterializzare le relazioni personali, garantendo alle imprese coinvolte un livello di flessibilità senza precedenti ed una massimazione dei profitti, a fronte di lavoratori disponibili "just-in-time" e remunerati "a consumo", presentano differenze sostanziali sul fronte dell'offerta in quanto, nel caso dei crowdworkers, l'attività si svolge interamente online, e dunque potenzialmente ovunque, mentre in quello a chiamata prevale la dimensione territoriale, con un mercato delimitato localmente.

Inoltre, nel primo caso il rischio principale è il dissolvimento del carattere umano del lavoro che si espleta virtualmente, con lavoratori che diventano "invisibili", si dematerializzano, vengono identificati con il servizio che offrono, sicché viene meno addirittura la percezione che al di là dello schermo vi sia

un individuo in carne ed ossa titolare di diritti, prerogative e aspettative da garantire; al contrario per il lavoratore a chiamata, chiaramente identificabile, che offre prestazioni di prossimità ed impegna nell'attività lavorativa la sua fisicità, divenendo oltre misura visibile, le istanze di tutela e di protezione, che restano sostanzialmente quelle tradizionali del lavoro manuale, sono talmente evidenti da divenire quasi imbarazzanti per chi abbia il tempo di soffermarsi sulle condizioni di lavoro che troppo spesso sono costretti ad accettare per poter lavorare e continuare a farlo.

3. L'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015; l'inclusione del lavoro organizzato mediante piattaforma

Il legislatore italiano si è occupato per la prima volta del lavoro attraverso piattaforme con le modifiche apportate dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101, conv., con modif., dalla l. 2 novembre 2019, n. 128 all'**art. 2 del d.lgs. n. 81/2015**, manifestando la sua preferenza per una riconduzione a tale norma di questa nuova modalità di lavoro.³

L'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 novellato prevede l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato ad ogni forma di collaborazione che, contemporaneamente, si caratterizzi quale prestazione prevalentemente personale, (e non più "esclusivamente" come previsto nel testo previgente), continuativa ed eseguita secondo modalità organizzate dal committente (senza più "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", presente nella vecchia formulazione).

In sede di conversione è stato aggiunto un ulteriore periodo all'interno del comma 1, che ne prevede l'applicazione "anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali."

Con riferimento all'**ambito applicativo** delle collaborazioni di cui all'art. 2, comma 1, non è stata fornita alcuna definizione di piattaforma, digitale e non, a differenza di quanto è avvenuto per i rapporti di lavoro autonomo di cui all'art. 47-*bis* dello stesso decreto, inoltre non è stato introdotto alcun riferimento ad uno specifico settore di attività.

Dando per utilizzabile la nozione informatica di piattaforma digitale, non è ben chiaro cosa debba intendersi per piattaforma "non digitale", a cui allude l'u-

³ Su tali norme si veda Circolare n. 17 del 19 novembre 2020 del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali, (impugnata innanzi al giudice amministrativo da parte di Assodelivery rigettata da Tar Lazio sentenza 3 agosto 2021 n. 1075), nonché Circolare n. 7 del 30 ottobre 2020 dell'Ispettorato nazionale del lavoro.

tilizzo della congiunzione” anche”; si è pensato ad esempio ad un sistema basato su chiamate telefoniche, ma in ogni caso la definizione omnicomprensiva non dovrebbe porre problemi applicativi, né al momento ne emergono dalla lettura della giurisprudenza che si è cimentata con l’applicazione della norma.

Nessun dubbio quindi che, ove ne ricorrano i presupposti, possano beneficiare delle tutele di cui all’art. 2, sia le collaborazioni etero-organizzate mediante piattaforme digitali che tramite piattaforme non digitali, e sia che abbiano ad oggetto le consegne di beni sia che non riguardino tale attività specifica.

Quanto alla **ratio** tutti concordano che la norma, introdotta contestualmente alla abolizione del lavoro a progetto, abbia un obiettivo più ampio finalizzato alla incentivazione del lavoro subordinato a tempo indeterminato, o quanto meno a disincentivare il ricorso a forme contrattuali elusive di quello statuto protettivo estendendone *ex lege* l’applicazione.

L’individuazione della **natura** della norma si è rivelata, invece, *ab initio* problematica, suscitando un animato ed articolato dibattito dottrinale.⁴

⁴ O. RAZZOLINI, La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.it, 2015, n. 266; L. NOGLER, La subordinazione del d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell’autorità dal punto di vista giuridico, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.it, 2015, n. 267, 1 – 31; T. TREU, In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali, GDLRI, 2015, 155-181; P. TOSI, L’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente? ADL, 2015, 1117-1131; E. M. TEREZIO, La riaffermata centralità della subordinazione, in E. Ghera – D. Garofalo (a cura di), Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita – lavoro nel Jobs Act, Bari, 2015, 131 – 154; L. TRIA, La nuova disciplina delle collaborazioni etero-organizzate tra giurisprudenza della Corte di cassazione e vocazione sovranazionale e internazionale del diritto del lavoro e sindacale, 1 ottobre 2015, in www.europeanrights.eu; G. FERRARO, Collaborazioni organizzate dal committente, RIDL, 2016, I, 53-76; M. MAGNANI, Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2016 n. 294, 1-25; G. ZILIO GRANDI – M. SFERRAZZA, Le collaborazioni organizzate dal committente, ADL, 2016, 756-779; A. DI STASI, Parasubordinazione e subordinazione: un ennesimo giro di valzer, VTDL, 2016, 243-265; G. Santoro Passarelli, Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre, DRI, 2017, 771-790; D. MEZZACAPO, L’incerta figura delle collaborazioni organizzate dal committente, RGL, 2017, I, 49-61; R. Diamanti, Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative, DRI, 2018, 105-144; M. PALLINI, Gli incerti confini dell’ambito di applicazione dello Statuto del lavoro autonomo, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile, Torino 2018, 229-252; A. PERULLI, Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro, in G. ZilioGrandi, M. Biasi (a cura di), Commentario breve già cit.; R. RIVERSO, Cambiare si può. Nuovi diritti per i collaboratori, 15 novembre 2019, in questionegiustizia.it; M. BARBIERI, Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura, e A. PERULLI, La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente le tutele del lavoro autonomo tramite piattaforme digitali, in La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate, a cura di U. CARABELLI – L. FASSINA, Ediesse, 2020, rispettivamente 75-105 e 27-74;

Qui è sufficiente ricordare come tutte le vie siano state percorse dalle diverse tesi “accademiche”, significative per numero e complessità, che si sono cimentate con il tema: quella che ha individuato nella innovazione un sostanziale rafforzamento, in funzione evolutiva, della nozione civilistica di subordinazione desumibile dall'art. 2094 c.c.; quella che, restando nell'ambito del lavoro autonomo, ne ha esaltato solo la funzione rimediale realizzata con l'applicazione a rapporti di collaborazione autonoma del regime del lavoro subordinato, con differenziazioni tra le posizioni favorevoli o ad una estensione totale o parcellizzata; quella che ha interpretato la nuova disposizione come il paradigma legale del tertium genus della cd. etero – organizzazione, intermedio dunque tra subordinazione ed autonomia.

Ancora irrisolti i problemi di inquadramento sistematico, il dato normativo come aggiornato nel 2019, che si caratterizza per un espresso riferimento ad una “applicazione di disciplina”⁵, porta innanzitutto ad escludere che il legislatore abbia introdotto una presunzione assoluta o relativa che consenta una conversione, e quindi una riqualificazione, di questi rapporti come subordinati.

La norma ci consegna piuttosto la disciplina per una situazione fattuale individuata sulla base di una serie di elementi costitutivi, in parte modificati dalla novella, che spetta all'interprete riempire di contenuto.

Chiamata a pronunciarsi sul famoso caso dei riders di Foodora, la Corte di cassazione nell'attesa e nota sentenza n. 1663 del 24 gennaio 2020 ha posto il primo punto fermo, quanto meno sul piano rimediale, sulla natura dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015.⁶

⁵ In termini simili si esprimeva già l'art. 86 del d.lgs. n. 276 del 2003 con riferimento all'associazione in partecipazione.

⁶ R. BELLOCCHIO, Collaborazioni etero-organizzate: la Cassazione chiarisce la disciplina, LDE, 2020, n. 1; M. BIASI, Tra fattispecie ed effetti: il “purposive approach” della Cassazione nel caso Foodora, LDE, 2020, n. 1; F. CARINCI, L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, LDE, 2020, n. 1; M. T. CARINCI, I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. n. 1663/2020, RIDL, 2020, I, 50-59; CARINCI, Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo di sistema di contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro, DRI, 2020, n. 2, 488-498; E. DAGNINO, Guardando l'altra parte del campo: la sentenza di Cassazione n. 1663/2020 al di fuori del food delivery, LDE, 2020, n. 1; M. FAIOLI, Situazione italiana delle tutele del lavoro nella gig-economy: i ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legislazione del 2019, RGL, 2020, n. 2, II, 252-265; G. FAVA, Cassazione: ai riders le stesse tutele previste per i lavoratori subordinati, LDE, 2020, n. 1; G. FERRARO, Collaborazioni e subordinazioni, LDE, 2020, n. 2; P. ICHINO, Gli effetti della sentenza della Cassazione sul lavoro dei rider, 25 gennaio 2020, lavoce.info; M. MAGNANI, Al di là dei ciclofattorini. Commento a Corte di Cassazione n. 1663/2020, LDE, 2020, n. 1; A. MARESCA, La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate, DRI, 2020, n. 1, I, 146-152.; MARESCA, Brevi cenni sulle collaborazioni etero-organizzate,

La Corte verifica quattro diverse soluzioni interpretative:

- a) qualificazione tipologica come versione moderna ed evoluta della subordinazione;
- b) figura intermedia fra subordinazione e autonomia, caratterizzata dalla etero – organizzazione e tipizzata nella norma in esame (cd. teoria del terzo genere);
- c) permanenza nell’ambito del lavoro autonomo come ulteriore ipotesi di para – subordinazione;
- d) approccio rimediale che ove ricorrono gli indicatori previsti dall’art. 2 consente di applicare la tutela “rafforzata” dei lavoratori subordinati.

Non prende affatto in considerazione invece la tesi della “norma apparente”, sul presupposto che nell’attività di interpretazione il giudice deve dare un senso alle norme, in vista di assicurare tutela agli interessi protetti, piuttosto che ricercare soluzioni ermeneutiche che le vanifichino privandole di ratio e spazio-applicativo.

Nella parte più contestata della sua decisione, il Giudice di legittimità prende posizione sulla questione interpretativa e definisce l’art. 2 come una «norma di disciplina che non crea una nuova fattispecie»; nessun *tertium genus*, ma norma che si limita a regolare l’estensione della disciplina del lavoro dipendente ad una eterogenea fascia di rapporti, collocati in quella che definisce zona grigia tra autonomia e subordinazione, accomunati da elementi tecnico-funzionali che li rendono congeniali ad una tutela omogenea a quella assicurata alla classica subordinazione in quanto operanti in una medesima condizione di “debolezza economica”.

RIDL, 2020, I, 73-87; F. MARTELLONI, Le collaborazioni eteroorganizzate al vaglio della Cassazione: un allargamento del raggio d’azione della tutela giuslavoristica, LDE, 2020, O. MAZZOTTA, L’inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali, Labor, 2020, n. 1; A. PERULLI, La prima pronuncia della Corte di Cassazione sull’art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria, LDE, 2020, n. 1; PERULLI, Collaborazioni etero – organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come “orientarsi nel pensiero”, DRI, 2020, n. 2, 267-311; O. RAZZOLINI, I confini tra lavoro subordinato, eteroorganizzato e lavoro autonomo coordinato: una rilettura, in DRI, 2020, n. 2, 345-379; R. Romei, I riders in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria, RIDL, 2020, I, 89 – 100; V. SPEZIALE, Prime osservazioni alla sentenza della Cassazione n. 1663 del 2020 sui riders, LDE, 2020, n. 1; C. SPINELLI, Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative, LLI, 2020, n. 1, 87-105; nonché il numero straordinario di Mass. giur. lav., 2020, interamente dedicato alla sentenza con i commenti di P. ALBI, E. ALES, G. MAURIZIO BALLISTRERI, P. BELLOCCHI, G.I. VIGLIOTTI, M.N. BETTINI, M. CINELLI E P. PARISELLA, S. CIUCCIOVINO E L. MONTEROSSO, V. FERRANTE, L. FIORILLO, E. GRAGNOLI, A. LASSANDARI, A. MARESCA, M. MOCELLA, P. PASSALACQUA, A. PERULLI, R. PESSI E A.D. ZUMBO, C. PISANI, G. SANTORO PASSARELLI, R. SANTUCCI, G. SIGILLÒ MASSARA, A. TAMPIERI, A. TOPO, A. VALLEBONA, L. VENDITTI, L. ZOPPOLI.

Tale conclusione viene raggiunta all'esito di una contestualizzazione dell'intervento del legislatore che, in un'ottica sia di **prevenzione** che "**rimediale**", avrebbe adottato una prospettiva antielusiva, in quanto consapevole della complessità e varietà delle nuove forme di lavoro e della difficoltà di ricondurle ad un'unica tipologia, e previsto, al fine di limitare gli abusi e con esonero del giudice da ogni ulteriore indagine, l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche a forme di collaborazione, continuativa e personale, realizzate con l'ingerenza funzionale dell'organizzazione predisposta unilateralmente da chi commissiona la prestazione.

Si è posto innanzitutto un problema di **efficacia temporale** della norma e delle successive modificazioni; la sua natura innovativa e sostanziale consente di escluderne agevolmente l'efficacia retroattiva.

Il riferimento alla data del 1° gennaio 2016, rispetto ad una norma entrata in vigore il 25-6-2015, ha posto il problema della sua applicabilità, sempre a decorrere da questa data, a rapporti sorti in data antecedente all'entrata in vigore del decreto, e quindi già in essere al 25-6-2015.

L'applicazione in un rapporto di durata sensibile alle modificazioni normative sopravvenute, la natura dell'art. 2 cit. quale norma di mera disciplina, la non incidenza in senso modificativo su clausole contrattuali già in essere tra le parti rispetto ad un rapporto che resta fermo nel suo assetto di interessi iniziale, e da l'ultimo il dato letterale dell'assenza di un riferimento ai rapporti costituiti "a far data da", sembrano tutti elementi che dovrebbero deporre a favore di un'applicazione dal 1° gennaio 2016 a tutti i rapporti che presentino quelle caratteristiche, anche se costituiti prima; analogamente per le modifiche di cui al d.l. n. 101 del 2019, entrate in vigore il 5-9-2019, che ai fini dell'applicazione della norma dovrebbero avere rilevanza da tale data anche per i rapporti sorti prima.

Per individuarne i **presupposti costitutivi**, mentre non è qualificante *ex se* il riferimento alla "collaborazione", individuata in genere nel collegamento funzionale tra l'attività del lavoratore e quella del datore di lavoro, presente anche in termini identici nell'art. 409 n. 3 c.p.c., e addirittura nell'art. 2094 c.c., ove il lavoratore si obbliga a "collaborare" nell'impresa, i rapporti di "collaborazione" di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 sono identificati in quelli a) esclusivamente/prevalentemente personali; b) continuativi; c) con modalità di esecuzione organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro/o nonanche.

Sul requisito della **personalità**, il nuovo testo prevede una definizione sovrapponibile a quella di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c., con conseguente applicabilità dei principi già consolidati secondo cui va esclusa la sussistenza del requisito della prevalente personalità della prestazione qualora l'attività di collaborazione non sia riconducibile a persone fisiche, ma a società, nonché qualora il collaboratore

abbia un'autonoma struttura imprenditoriale, e se tale struttura sia di rilevanti dimensioni e si avvalga dell'ausilio di una pluralità di operatori, con un apporto esterno all'attività di collaborazione che vada oltre quella materiale e sia tale da coinvolgere il lavoro di terzi organizzato dallo stesso collaboratore.⁷

Il collaboratore potrà avvalersi di un'organizzazione di mezzi e di terzi che sia minima rispetto al suo apporto lavorativo, ma non delegare lo svolgimento della prestazione o farsi sostituire da altri soggetti da lui scelti e retribuiti; il requisito della prevalente personalità dovrebbe essere poi compatibile con la qualità di socio di una cooperativa di produzione e lavoro, atteso che nel caso della piccola impresa artigiana prevale il lavoro personale e con l'attività svolta dall'impresa familiare *ex art. 230-bis c.c.*⁸

Nel vecchio testo, l'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente", in luogo di "prevalentemente", aveva portato a valorizzare il requisito della infungibilità della prestazione e ad escludere tutti quei prestatori d'opera che si avvalevano anche solo di una micro organizzazione, sia in termini di apporto di terzi, strutturale o per delega, che di utilizzo di altri fattori produttivi, quali mezzi, macchinari, capitale e organizzazione, salvo chiaramente quelli di minimo valore come potrebbe essere un computer o un telefono cellulare; nel senso che per esclusivamente personali si intendono le prestazioni svolte personalmente dal titolare del rapporto, senza l'ausilio di altri soggetti, anche la circolare n. 3/2016 del Ministero del Lavoro.

Il requisito della **continuità**, non attinto da alcuna modifica, e comune alla parasubordinazione *ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, è tradizionalmente identificato nella non occasionalità, che ricorre quando la prestazione perduri nel tempo ed importi un impegno costante del prestatore a favore del committente, con esclusione delle prestazioni ad esecuzione istantanea o la cui reiterazione sia del tutto sporadica.⁹

Il momento della continuità deve essere inteso come idoneità della prestazione a soddisfare un interesse durevole del committente, ove la durata della relazione diretta tra la prestazione di lavoro e la struttura aziendale prevale sulla specificità e professionalità dei singoli incarichi.¹⁰

La continuità della prestazione ai fini dell'art. 409 n. 3 c.p.c. è stata individuata dalla S.C. anche quando si tratti di prestazione unica, ma che richieda un'attività prolungata, nel senso che, a fronte dell'unicità dell'opus, si instauri

⁷ Cass. n. 9273 del 2011; Cass. n. 14454 del 2000; Cass. n. 16993 del 2002.

⁸ Cass. n. 12309 del 2003 e Cass. n. 8033 del 19 97.

⁹ Cass. n. 5698 e n. 16582 del 2002; Cass. n. 3485 del 2001.

¹⁰ Cass. n. 24361 del 2008.

un'interazione tra le parti non limitata ai momenti dell'accettazione dell'opera e del versamento del corrispettivo, di tal che l'opus realizzato rappresenti il risultato della loro collaborazione.¹¹

Anche per la circolare n. 3/2016 del Ministero del Lavoro la continuità consiste nel ripetersi di un'attività in un determinato arco temporale, al fine di conseguire una reale utilità.

Il requisito della **cd. etero-organizzazione** costituisce indubbiamente quello più caratterizzante per la sua "novità", nel senso che mai prima era stato individuato dal legislatore come autonoma modalità di atteggiarsi del rapporto di lavoro, caratterizzata dall'imposizione, da parte del committente, delle modalità esecutive della prestazione lavorativa, cui consegue una sorta di inserimento del collaboratore nell'organizzazione aziendale del primo.

L'etero-organizzazione necessariamente si distingue dalla etero-direzione, tipica della subordinazione, da intendersi quale soggezione in senso tecnico al potere direttivo del committente, e si riferisce, invece, ad una meno incisiva facoltà di "organizzare" le modalità della prestazione, mediante una integrazione funzionale ed unilaterale nella propria organizzazione produttiva; non sussiste quindi un perdurante potere conformativo del datore di lavoro rispetto all'oggetto della obbligazione lavorativa, ma nemmeno uno spazio d'intervento alla discrezionalità del collaboratore il quale, una volta manifestata la propria disponibilità all'esecuzione della prestazione, è vincolato a seguire le indicazioni predisposte unilateralmente dal committente in relazione alla fase esecutiva del rapporto.

Molto interessante la posizione dottrinale¹² secondo cui nella subordinazione il potere direttivo è essenzialmente un potere di conformazione delle modalità di esecuzione, e quindi di determinazione del modo, del tempo e del luogo dell'oggetto della prestazione, che viene esercitato in modo pervasivo all'interno, in continuità con una identificazione di volta in volta, mentre il potere di etero-organizzazione di cui all'art. 2, comma 1, è qualitativamente diverso per contenuto e per funzione in quanto risulta esterno alla sfera dell'oggetto dell'obbligazione, sicché la prestazione di lavoro resta condizionata nella sua esecuzione ma viene predefinita *ex ante* e *ab externo* in ragione del contesto organizzativo unilateralmente gestito dal committente ed entro il quale la prestazione è destinata ad essere funzionalmente integrata.

¹¹ Cass. n. 8229 del 2001; Cass. n. 14722 del 1999.

¹² Perulli *Innovazioni tecnologiche e organizzazione del lavoro tra autonomia e subordinazione* Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero" in DRI, fasc.2, 1 giugno 2020, pag. 267.

Il vecchio testo dell'art. 2 conteneva un riferimento a modalità di esecuzione organizzate dal committente “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”; tale ultimo inciso è stato soppresso dal d.l. n. 101 del 2019.

Si è discusso se la determinazione del tempo e del luogo di lavoro da parte del committente, laddove applicabile *ratione temporis*, dovesse costituire o meno un elemento necessario ai fini della configurazione della etero-organizzazione.

Secondo l'interpretazione del Giudice di legittimità (Cass. n. 1663/2020 già cit.), dalla presenza nel testo di tale congiunzione non deve discendere l'inevitabile conseguenza che l'etero-organizzazione debba necessariamente coinvolgere tempi e modi della prestazione, esprimendo tali modalità solo una delle possibili estrinsecazioni del potere di etero-organizzazione.

La parola “anche” assume pertanto un valore meramente esemplificativo, deponendo in tal senso la successiva soppressione dell'inciso, e la considerazione che nell'epoca della rivoluzione informatica, le modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa sono sempre meno significative anche ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato.¹³

Per aversi etero-organizzazione non è dunque necessario che sia il committente ad organizzare tempi e luogo di lavoro, ma nello stesso tempo può essere ravvisata etero-organizzazione anche quando il committente si limiti a determinare unilateralmente il quando e il dove della prestazione personale e continuativa; diviene così irrilevante se sia prevista la facoltà o l'obbligo di lavorare nei locali aziendali o di rispettare un turno lavorativo, restando evidente che la previsione di obblighi potrebbe far propendere più agevolmente alla riconduzione del rapporto alla subordinazione più che alla collaborazione eterorganizzata.

4. Le collaborazioni etero-organizzate e la distinzione dagli altri modelli di organizzazione di lavoro

Le enigmaticità della definizione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 si stemperano se si individuano le differenze rispetto agli altri modelli possibili di organizzazione del lavoro.

In primis rileva la distinzione con la **subordinazione**; in tema è in corso da anni un dibattito dottrinale circa l'adeguatezza di questo paradigma classico a ricomprendere al suo interno le moderne forme di lavoro, frutto delle mutate esigenze dell'economia globalizzata e dello sviluppo tecnologico, tuttavia, la

¹³ Già in Cass. n. 3320 del 2008 e Cass. n. 8068 del 2009 non si esclude la natura subordinata della prestazione del giornalista per il fatto che il lavoratore goda di una certa libertà di movimento ovvero non sia tenuto ad un orario predeterminato o alla continua permanenza sul luogo di lavoro.

fattispecie “lavoro subordinato” ex art. 2094 c.c. sembra resistere ad ogni sforzo destrutturante posto in essere, più o meno consapevolmente, dal legislatore, e scientemente dagli interpreti.

Nel tempo si sono susseguiti esperimenti normativi volti ad assecondare le richieste datoriali di incentivare la flessibilità riducendo l'ambito applicativo del sistema protettivo della subordinazione; sono state così elaborate definizioni intermedie, che, con alterne fortune, hanno cercato di implementare la categoria della cd. parasubordinazione, in cui collocare fattispecie ritenute a metà strada tra subordinazione e autonomia, nelle quali l'autonomia, attenuata dalla dipendenza economica, era stata ritenuta, comunque, meritevole di un livello minimo di tutela.

Dopo il fallimento della stagione delle co.co.co e del lavoro a progetto, chiusa con l'avvento dell'art. 2 cit., si è tentato di superare le difficoltà sorte nell'applicazione delle precedenti definizioni e di risolvere il problema attribuendo l'intero statuto protettivo del lavoro subordinato ai rapporti caratterizzati dalla sola etero – organizzazione e collocati pertanto oltre la subordinazione.

Anche dall'animato dibattito sull'art. 2 cit. è rimasto ancora una volta immune il requisito della “eterodirezione” che, volente o nolente, permane come tratto distintivo ineludibile, ma nello stesso tempo risolutivo, ai fini della identificazione della subordinazione.

Sebbene si continui a discutere se per la subordinazione-fattispecie sia sufficiente l'erogazione di una prestazione a favore di una organizzazione altrui,¹⁴ costituendo la sottoposizione al potere direttivo dell'imprenditore un mero effetto dell'atteggiarsi dell'obbligazione, e non un elemento strutturale della fattispecie, o se, secondo la celebre sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 1996 il tratto identificativo della subordinazione vada individuato nella cd. doppia alienità, e quindi “l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce”, resta incontestato che in presenza di modalità concrete di svolgimento del rapporto di lavoro caratterizzate da “etero – direzione”, seppure attenuata¹⁵, e quindi da una soggezione del

¹⁴ M. BARBIERI, Della subordinazione dei ciclofattorini, in LLI, 2019, b. 2, pp. 1-56.

¹⁵ Caso emblematico quello dei dirigenti, per i quali si ritiene da sempre sufficiente la cd. subordinazione attenuata, intesa come “situazione di coordinamento funzionale con gli obiettivi dell'organizzazione aziendale”.(Vedi Cass., Sez. L, 13 febbraio 2020, n. 3640); anche per le “prestazioni elementari, ripetitive e predeterminate nelle modalità di esecuzione, il criterio rappresentato dall'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare può non risultare significativo” (Vedi Cass., Sez. L, 27 giugno 2019, n. 17384,) ed analogamente per il caso opposto in cui le mansioni, per lo più intellettuali, siano tali da essere dotate di notevole elevatezza e/o creatività” (Vedi Cass., Sez. L, 11 ottobre 2017, n. 23846).

lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il rapporto non possa che definirsi subordinato.

Il potere direttivo, inteso come assoggettamento a direttive ed ordini specifici, resta il criterio principale di identificazione della subordinazione che, distinto dall'assoggettamento del lavoratore ad un più ampio e generico potere di "organizzazione", si identifica nel potere unilaterale del datore di lavoro di conformare la prestazione modulando di volta in volta l'oggetto dell'obbligazione lavorativa in ragione delle esigenze gestionali dell'impresa.

La giurisprudenza tradizionale del resto, seppure con diversi distinguo, a seconda della natura intellettuale o manuale della prestazione o della natura elementare e ripetitiva delle modalità di esecuzione della stessa, continua ad attribuire rilievo preminente ai fini della qualificazione subordinata di un rapporto all'esistenza di un potere direttivo che consente al datore di lavoro di disporre pienamente della prestazione altrui, nell'ambito delle esigenze della propria organizzazione produttiva, e quindi alla etero-direzione intesa come inserimento stabile e costante del lavoratore nella compagine organizzativa aziendale.¹⁶

La riqualificazione del rapporto come subordinato determina automaticamente l'applicazione di tutte le conseguenti tutele, nessuna esclusa, seppure adeguate alla peculiarità delle modalità di svolgimento della prestazione che possono caratterizzarsi per lo sganciamento da uno specifico luogo di lavoro.

L'etero-organizzazione risulta invece diversa dal mero coordinamento che caratterizza le **collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.**, come novellato dall'art. 15, lett. a) della l. 22 maggio 2017 n. 81, ove, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il prestatore organizza autonomamente l'attività lavorativa.

Pur in presenza della analoga natura prevalentemente personale e continuativa, il collaboratore *ex art. 409, n. 3, c.p.c.* è libero da ogni ingerenza nella programmazione della sua prestazione, restando tollerate solo indicazioni programmatiche concordate che indirizzino il risultato dell'attività ma non anche le modalità della sua intrinseca esecuzione.

L'etero-organizzazione va infine distinta dall'**autonomia *ex art. 2222 c.c.***, che contraddistingue l'opera o il servizio, prestato occasionalmente o comunque tendenzialmente senza continuità, con il solo vincolo di risultato ma nella piena libertà organizzativa e decisionale sulle scelte dei mezzi e delle modalità per raggiungerlo.

Indiscusso il potere del giudice di procedere ad un accertamento di fatto relativo alle effettive modalità di atteggiarsi di un rapporto ed alla sua conseguen-

¹⁶ Vedi Cass., Sez. I, 4 maggio 2020 n. 8444.

te qualificazione, si è posto il problema della possibile **applicazione d'ufficio** dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, con la relativa disciplina, sebbene la norma non sia stata formalmente invocata in giudizio dalle parti, allorché le allegazioni in fatto e la successiva attività istruttoria siano comunque sufficienti a far emergere la sussistenza di una etero-organizzazione.¹⁷

Non sembra che una indicazione in senso affermativo possa essere desunta dalla già citata pronuncia Cass. n. 1663/2020, che si limita a ribadire la sussistenza del “potere del giudice di qualificare la fattispecie riguardo all'effettivo tipo contrattuale che emerge dalla concreta attuazione della relazione negoziale”, sia esso subordinato che etero-organizzato, senza alcun riferimento all'ipotesi in cui tale qualificazione possa o debba essere effettuata d'ufficio.

Anzi la Corte condiziona l'accertamento della subordinazione ad una “specifica domanda della parte interessata fondata sul parametro normativo dell'art. 2094 cod. civ.” ed evidenzia “quanto le controversie qualificatorie siano influenzate in modo decisivo dalle modalità effettive di svolgimento del rapporto, da come le stesse siano introdotte in giudizio, dai risultati dell'istruttoria espletata, dall'apprezzamento di tale materiale effettuato dai giudici del merito, dal convincimento ingenerato in questi circa la sufficienza degli elementi sintomatici riscontrati”

In effetti l'opzione giurisprudenziale che porta ad individuare nell'art. 2 una norma di disciplina dovrebbe consentire, secondo alcuni, di ricondurre la sua applicazione ad una attività di mera qualificazione giuridica della fattispecie, come tale riservata al giudice; resta tuttavia il fatto che il principio *iura novit curia* va coordinato con il principio della domanda e con il divieto di ultra-petizione.

Costituisce principio consolidato che “l'applicazione del principio “*iura novit curia*”, di cui all'art. 113, comma 1, c.p.c., importa la possibilità per il giudice di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti ed ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, potendo porre a fondamento della sua decisione principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti. Tale principio deve essere posto in immediata correlazione con il divieto di ultra o extra – petizione, di cui all'art. 112 c.p.c., in applicazione del quale è invece precluso al giudice pronunciare oltre i limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti, mutando i fatti costitutivi o quelli estintivi della pretesa, ovvero decidendo su questioni che non hanno formato oggetto del giudizio e non sono rilevabili d'ufficio, attribuendo un bene non richiesto o diverso da quello domandato”.¹⁸

¹⁷ In senso favorevole Tribunale Civitavecchia 16 settembre 2019; Tribunale Roma 10 novembre 2019.

¹⁸ Sez. L –, Sentenza n. 5832 del 03/03/2021; Sez. 3 –, Ordinanza n. 11103 del 10/06/2020 Sez.

Ebbene i fatti costitutivi della subordinazione sono in realtà del tutto diversi da quelli delle collaborazioni etero-organizzate ex art. 2 d.lgs. n. 81/2015, apparendo quasi un caso di scuola quello in cui la parte allegghi e deduca fatti riconducibili ad entrambi i rapporti, limitando poi la sua domanda all'accertamento della subordinazione, soprattutto oggi che, svanito l'effetto sorpresa, risulta palese la posizione della nomofilachia sulla portata della norma.

La differenza poi non è meramente quantitativa, bensì qualitativa, sussistendo una differenza ontologica tra etero-direzione ed etero-organizzazione, che costituisce la principale ragione per cui i rapporti del secondo tipo non sono ricondotti alla subordinazione, bensì beneficiano di una estensione della stessa tutela solo in virtù di una specifica disposizione legislativa.

Ferma l'allegazione dei fatti, che corrispondono presumibilmente al concreto atteggiarsi del rapporto, la prospettazione e la deduzione in termini di subordinazione è fondata su di un *petitum*, probabilmente analogo, ma su di una causa petendi necessariamente diversa rispetto a quella di un rapporto etero-organizzato, in quanto come innanzi visto, ne sono differenti i presupposti; ne consegue che, al di là della qualificazione giuridica dei fatti, la possibilità di una applicazione d'ufficio della norma sembra contrastare con il principio della domanda, con il diritto di difesa del convenuto rispetto ad una questione che non ha formato ab initio oggetto del giudizio (e su cui eventualmente dovrebbe essere rimesso in termini anche sul piano delle deduzioni istruttorie), con il principio della corrispondenza tra il chiesto e pronunciato e quindi con il divieto di *ultra-petizione*.

5. Le tutele applicabili tra integralità, selezione e compatibilità

Altra questione complessa, ed oggetto di un mai sopito dibattito, è quella della individuazione della disciplina concretamente applicabile all'esito della conduzione di un rapporto di lavoro all'ambito applicativo dell'art. 2.

Anche su questo punto si sono confrontate posizioni più radicali, a favore di un integrale applicazione delle tutele previste per il lavoro subordinato, e posizioni compromissorie che hanno proposto una selezione di volta in volta delle misure di protezione oggetto di estensione.

La posizione assunta dalla Corte di legittimità, sempre nel citato arresto del 2020, seppure a prima facie molto netta a favore della integralità dell'applicazione ha in realtà optato per la scelta intermedia della “**compatibilità ontologica**”

6 – 1, Ordinanza n. 8645 del 09/04/2018; Sez. 3 –, Ordinanza n. 30607 del 27/11/2018; Sez. 5 –, Ordinanza n. 11629 del 11/05/2017.

La S.C. sembra porre su di un piano di causa ed effetto qualificazione come fattispecie e selezione della disciplina applicabile, tanto da far sorgere il dubbio che la prima soluzione sia stata adottata solo per supportare la seconda, (che forse si sarebbe potuta perseguire in ogni caso), e dopo aver stigmatizzato la necessità di estendere l'intera disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente, apponendo il suo veto ad operazioni selettive affidate ai singoli interpreti, in un problematico inciso, l'ormai famoso punto 41, non esclude situazioni in cui "l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile".

In questo obiter, pur ripudiando la tesi dell'estensione selettiva delle tutele, con la precisazione che «la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata *ex post* alla variabile interpretazione dei singoli giudici», mentre in passato il legislatore, quando ha voluto, ha precisato quali parti della disciplina della subordinazione dovevano trovare applicazione,¹⁹ con il riferimento alla "incompatibilità ontologica" la Corte sembra arrendersi alla difficoltà di un'applicazione integrale dell'intero statuto protettivo della subordinazione che resta potenziale e tendenziale ma non assoluta ed inderogabile.

La posizione del **rinvio integrale**, con il solo limite della compatibilità, pone comunque all'interprete la necessità di effettuare uno scrutinio di compatibilità tra i diritti e i doveri propri del lavoratore subordinato e la peculiare posizione giuridica del collaboratore etero-organizzato, onde individuare norme "incompatibili" e dunque inapplicabili.

Sebbene la S.C. non ci dica quali siano queste esclusioni, fornisce indicazioni su come individuarle perché, ponendo l'esclusione come eccezione e l'integralità come regola, impone interpretazioni necessariamente restrittive della "ontologica incompatibilità".

Il criterio del rinvio integrale sembra dunque imporre di considerare i collaboratori *ex art. 2* come subordinati a tutti gli effetti, anche cd esterni, perché la ratio della loro equiparazione è fondata sulla analoga posizione di debolezza, di cui vanno pertanto condivise tutte le conseguenze, anche se negative.

¹⁹ Si richiamano ad esempio: l'art. 2 del R.D. n. 1955 del 1923, l'art. 2 legge n. 370 del 1934, l'art. 1, comma 1, legge n. 1204 del 1971, con cui il legislatore aveva disposto l'applicazione al socio di cooperativa di alcuni istituti dettati per il lavoratore subordinato, nonché l'art. 2 c.1 d.lgs. n. 626 del 1994 e l'art. 2, comma 1 lett. a), del d.lgs. n. 81 del 2008 in tema di estensione delle norme a tutela della salute e della sicurezza, e l'art. 64 del d.lgs. n. 151 del 2001, come successivamente modificato, che ha disposto l'applicazione alle lavoratrici iscritte alla Gestione Separata dell'INPS alcune tutele previste per le lavoratrici subordinate.

Mentre nessun dubbio può ormai sussistere sull'applicazione integrale della disciplina dei licenziamenti in caso di recesso ante tempus di eventuali rapporti a tempo indeterminato, ritenuta compatibile dalla stessa Corte, permane qualche perplessità evidenziata da attenta dottrina circa l'applicazione di quelle norme (si pensi agli artt. 2103, 2104 e 2105 c.c.) che, tipica espressione del potere direttivo, sottoporrebbero il collaboratore ad un potere disciplinare o di controllo che eccede quello consentito nell'ambito della etero-organizzazione.

Seppure tali posizioni siano ineccepibili sul piano teorico, propendere per una esclusione per incompatibilità assoluta potrebbe risultare nel caso concreto eccessivo e non necessario.

Nessuna incompatibilità ontologica sembrerebbe sussistere per la disciplina delle mansioni di cui **all'art. 2103 c.c.**, in quanto in concreto (si pensi alla consegna di beni) la natura della prestazione svolta e la sua corretta collocazione in un profilo professionale previsto dalla contrattazione collettiva può non essere influenzata dalle modalità con cui la prestazione viene svolta, se eterodirette o etero-organizzate, residuando tuttavia la possibilità che, ai fini dell'inquadramento nell'una o nell'altra categoria, in situazioni specifiche, possa essere determinante la presenza o il grado di soggezione alle direttive del datore di lavoro o di suoi preposti.

Quanto all'obbligo di diligenza, seppure da adempiere con modalità adeguate alla natura della prestazione dovuta ed all'interesse della committente, e nei limiti della etero-organizzazione, è difficile negare che anche un collaboratore etero-organizzato sia tenuto ad eseguire la sua prestazione con la diligenza di cui **all'art. 2104**, comma 1, cc; diverso sarebbe pretendere il rispetto delle direttive e delle istruzioni di cui al comma 2 che costituiscono invece la principale modalità di attuazione della etero – direzione tipica della subordinazione.

In presenza di un vincolo di esclusiva apposto al contratto, come negare che un collaboratore *ex art. 2* sia tenuto all'obbligo di fedeltà di cui **all'art. 2105 c.c.** prima parte, o ancora che, pur in assenza di specifiche previsioni, sia tenuto a non divulgare notizie sull'organizzazione o sui metodi di produzione della committente o a farne uso per arrecarle pregiudizio.

Ne dovrebbe conseguire che le eventuali contestazioni disciplinari riconducibili alla violazione di tali norme, applicate secondo una lettura interpretativa adeguata alle peculiarità della etero-organizzazione, se poste a fondamento di un **licenziamento disciplinare** dovrebbero essere suscettibili di sindacato giurisdizionale e se illegittimamente contestate giustificare l'applicazione delle corrispondenti tutele.

Sempre in tema di licenziamento non sembra porsi alcuna incompatibilità con la possibilità per un collaboratore etero-organizzato di impugnare un **licenziamento per giustificato motivo oggettivo**; ai fini dell'obbligo di repêchage la

valutazione dovrebbe astrattamente includere anche la eventuale disponibilità di posizioni subordinate, premesso che chiaramente in concreto sussista una comparabilità e fungibilità tra le mansioni del lavoratore subordinato e del collaboratore.

L'applicazione integrale dello statuto della subordinazione, in assenza di una disposizione contraria legale o contrattuale, e di una incompatibilità ontologica, imporrebbe il calcolo dei collaboratori *ex art. 2* per la determinazione del **requisito dimensionale** ai vari fini previsti dalla legge.²⁰

Analogamente in tema di **licenziamento collettivo**, se la regola è l'applicazione integrale, nessuna incompatibilità logica sembra sussistere rispetto ad un calcolo degli etero-organizzati ai fini della determinazione del numero minimo di licenziamenti necessari per l'attivazione della procedura, né rispetto ad una loro inclusione nel contesto aziendale interessato dalla riduzione, sia ai fini della valutazione dell'effettività della situazione di crisi aziendale sia ai fini dell'applicazione dei criteri di scelta²¹.

Nello stesso tempo si potrebbe però sostenere che poiché l'ottica dell'estensione è rimediabile e protettiva rispetto al singolo collaboratore etero – organizzato, tali posizioni lavorative non dovrebbero avere **rilevanza esterna** nel senso di incidere sulla determinazione dell'organico aziendale a vantaggio di posizioni lavorative già ampiamente protette, come quelle degli altri lavoratori subordinati; è evidente che si accedesse a tale tesi si avrebbe una rilevanza a senso unico del tutto irragionevole, e che porrebbe pertanto anche dubbi di compatibilità costituzionale, laddove la condivisione con i lavoratori subordinati, a parità di condizione di "debolezza economica" dovrebbe essere integrale.

Indubbia poi l'applicazione della **tutela antidiscriminatoria** in riferimento alle condizioni di lavoro di cui agli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 216/2003, che del resto rispetto alle condizioni di accesso e di assunzione è applicabile a prescindere dalla qualificazione del rapporto se autonomo o subordinato.

Il Tribunale di Bologna, con ordinanza 31 dicembre 2020, ha ad esempio accolto il ricorso presentato congiuntamente dai sindacati dei lavoratori Nidil Cgil,

²⁰ Oltre che per la disciplina dei licenziamenti, si pensi all'inclusione nella base occupazionale rilevante ai fini della determinazione della quota di assunzioni obbligatorie *ex l. 89/1999*, della quota di assunzioni a tempo determinato *ex art. 23 del d.lgs. n. 81/2015*, della quota di lavoratori somministrati utilizzabili *ex art. 31 d.lgs. n. 81/2015*, del numero di assunzioni con contratto di apprendistato *ex art. 42 d.lgs. n. 81/2015*

²¹ Sul punto Cass. n. 1007/2021 non ha escluso a priori la rilevanza dei collaboratori *ex art. 2 d.lgs. 81/2015* ai fini della l. n. 223/91 ma si è limitata a confermare la decisione di merito che aveva rigettato la censura sul presupposto che i ricorrenti non avessero dedotto e provato la natura etero-organizzata delle collaborazioni in atto presso l'azienda.

Filcams Cgil e Filt Cgil avverso Deliveroo, con cui si lamentava la discriminazione alle condizioni di accesso al lavoro determinate dall'algoritmo utilizzato dalla piattaforma per organizzare le prestazioni di lavoro dei riders, in conformità al c.d. ranking reputazionale.

La piattaforma digitale, con la distribuzione del lavoro in modo automatizzato e "cieco", attraverso un sistema selettivo di prenotazione delle sessioni di lavoro basato sul punteggio attribuito dall'algoritmo a ciascun rider ed elaborato sui due parametri dell'affidabilità e della partecipazione, non consentiva infatti di differenziare le ragioni in base alle quali il rider non aveva rispettato le sessioni prenotate.

Tale sistema di accesso alle prenotazioni (SSB), di fatto penalizzava l'adesione del rider a forme di autotutela collettiva e, in particolare, ad astensioni totali dal lavoro coincidenti con la sessione prenotata, ovvero di quello che si era astenuto dalla prestazione di lavoro per ogni altra causa pur pacificamente legittima, dalla malattia ad esigenze di assistenza o legate ad un figlio minore, realizzando così una discriminazione indiretta, in quanto, dando applicazione ad una disposizione apparentemente neutra (la normativa contrattuale sulla cancellazione anticipata delle sessioni prenotate), collocava una determinata categoria di lavoratori (ad es. quelli in sciopero), seppure giustificati dall'esercizio di diritti con copertura costituzionale, in una posizione di potenziale ed ingiustificato svantaggio.

5.1. Le tutele previdenziali

La posizione della S.C. rafforza anche le tesi a sostegno di una integrale applicazione delle innumerevoli leggi speciali, fondate sull'art. 38 Cost., che garantiscono le tutele previdenziali al lavoro subordinato.

Anche sul tema dello **statuto previdenziale**²² dei collaboratori etero – organizzati si sono registrate posizioni contrastanti tra chi si è dichiarato favorevole ad una estensione di tutti gli istituti previdenziali applicabili ad un lavoratore subordinato, in considerazione dalla natura integrale del rinvio mosso dall'art. 2 alla disciplina del lavoro subordinato nel suo complesso, chi, pur optando per una applicazione selettiva della disciplina, si è dichiarato comunque favorevole ritenendo questi istituti compatibili con le caratteristiche del rapporto, e chi ancora ne ha del tutto escluso l'applicazione, facendo leva sulla perdurante natura autonoma della collaborazione etero-organizzata.

²² G. CAVALLINI La tutela previdenziale delle collaborazioni organizzate dal committente in LLI, Vol. 6, No. 2, 2020.

La qualificazione dell'art. 2 come norma di disciplina e l'esclusione della selezione delle norme applicabili, fatta salva la compatibilità, sembrano costituire seri argomenti nel senso della piena applicazione della disciplina previdenziale del lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate.

Risulta infatti difficile sostenere che la disciplina previdenziale del lavoro subordinato sia ontologicamente incompatibile con la posizione giuridica del collaboratore etero-organizzato, anche perché tale applicazione risulta coerente con la ratio di rafforzamento delle tutele riconosciuta all'art. 2, quale norma volta ad estendere lo «statuto protettivo» del lavoro subordinato per garantire protezione a quello stato di «bisogno», comune a subordinati ed etero-organizzati, che è particolarmente evidente proprio ove vengano ad esistenza le condizioni che giustificano l'accesso alle tutele previdenziali.

Il carattere inderogabile e indisponibile del regime previdenziale ad opera dell'autonomia collettiva non sembra costituire un argomento preclusivo perché in questo caso l'estensione troverebbe il suo fondamento nella legge.

La conclusione favorevole all'applicazione alle collaborazioni etero-organizzate della disciplina previdenziale del lavoro subordinato è stata adottata dalla Circolare dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 7 del 30 ottobre 2020 che ne ha fatto conseguire innanzitutto l'obbligo del committente di versare gli stessi contributi previsti per i lavoratori dipendenti, secondo il criterio generale dei minimi contrattuali previsti dai contratti collettivi leader (art. 1, comma 1, d.l. n. 338/1989), applicando le aliquote previste per i lavoratori subordinati dal Fondo Pensione Lavoratori Dipendenti», con le scontate ricadute in tema di sanzioni previste per l'omissione contributiva (art. 116, comma 8 lett. a), l. n. 388/2000) e di scomputo dei contributi già versati presso altra gestione previdenziale.

Viene ivi precisato che «Ai lavoratori eteroorganizzati vanno, inoltre, applicate le tutele connesse alla cessazione del rapporto di lavoro (ad es. la NASPD), l'indennità di malattia, l'indennità di maternità e gli assegni al nucleo familiare nella misura riconosciuta ai lavoratori subordinati» e che a questi lavoratori verrà estesa la tutela dell'automaticità delle prestazioni.

Nessun dubbio anche sulla estensione integrale della copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e dell'obbligo per il committente di assicurare il rispetto delle **norme in materia di prevenzione e sicurezza sul lavoro** di cui al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, tra cui senza dubbio quelle sui dispositivi protezione individuali di sicurezza.²³

²³ Su ci si sono registrati molti provvedimenti d'urgenza favorevoli: Tribunale Firenze decreto 1 aprile 2020/ordinanza 5 maggio 2020; Tribunale Bologna 14 aprile 2020.

Da escludere l'operatività per tutte le collaborazioni etero-organizzate sia dell'art. 21 d.lgs. n. 81/2008, secondo cui i lavoratori autonomi che compiono opere o servizi ai sensi dell'art. 2222 c.c. devono munirsi di dispositivi di protezione con oneri a proprio carico, sia del limite dettato all'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 81/2008 che, in riferimento alle collaborazioni ex art. 409 n. 3 c.p.c., condiziona l'estensione della disciplina prevenzionistica valida per i lavoratori subordinati alla circostanza che la prestazione si svolga nei luoghi di lavoro del committente.

Si segnala che sulla base della riqualificazione dei rapporti di lavoro da autonomo occasionali a rapporti di etero-organizzazione ex art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, una importante iniziativa assunta dalla Procura di Milano ha portato nel febbraio 2021 l'Ispettorato Nazionale del Lavoro alla elevazione di numerosi verbali di accertamento per omissioni contributive e di prescrizione per violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro ex d.lgs. n. 81/2008 nei confronti delle principali società leader delle consegne nel food delivery.

5.2. Le ipotesi di esclusione espresse

L'applicazione generalizzata di ogni istituto legale e contrattuale del rapporto di lavoro subordinato al collaboratore etero-organizzato trova dei limiti espressi nel comma 2 dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, nelle lettere da a) a d-*bis*).

Una **esclusione incondizionata** alla estensione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato è prevista per le seguenti tipologie di rapporti:

- “collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per la quale è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali” (lett. b);
- “attività prestate nell'esercizio della loro funzione di componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni” (lett. c);
- collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali e agli enti di promozione riconosciuti dal Coni (lett. d);
- collaborazioni prestate nell'ambito della produzione e della realizzazione di spettacoli da parte delle fondazioni di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367 (lett. d-*bis*)

Più problematica la previsione di cui alla lett. a) del secondo comma cit., che affida la possibilità di introdurre limitazioni delle tutele applicabili, anche significative e senza specifici vincoli di scopo, alle eventuali diverse previsioni adottate con accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che possono prevedere discipline specifiche riguardanti il trattamento, sia economico che

normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore.

La **derogabilità contrattuale di cui al comma 2, lett. a)**, dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, che esclude l'applicazione della disposizione di cui al comma 1, assicurando prevalenza a "diverse previsioni", la cui idoneità protettiva sia comunque garantita dalla matrice contrattuale e dalla rappresentatività dei contraenti, costituisce in effetti la principale differenza tra questi rapporti e quelli di lavoro subordinato "genuini" che invece sono sottratti a tale derogabilità.

Tradizionalmente la materia lavoristica è caratterizzata dalla presenza di norme di legge inderogabili in peius da parte dell'autonomia contrattuale, sia collettiva che individuale, al duplice fine, da un lato, di sottrarre alla dinamica negoziale la salvaguardia di beni ed interessi di rilevanza costituzionale, dall'altro di riequilibrare un rapporto contrattuale considerato ontologicamente asimmetrico.

Negli ultimi anni si è assistito ad un significativo ridimensionamento della regola della inderogabilità grazie ad interventi normativi che, con frequenza e intensità crescente, rinviano alla contrattazione collettiva per l'introduzione di deroghe sempre più pervasive, sul presupposto implicito che tale contrattazione costituisca uno strumento più duttile e flessibile per adattare la norma di legge alla varietà delle esigenze concrete.²⁴

In molti casi si è trattato di deroghe tipizzate, quali ad esempio quelle per gli accordi in caso di trasferimento di aziende in crisi, degli accordi in tema di retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, dei contratti di solidarietà, degli accordi di dequalificazione nelle procedure di mobilità etc.; numerose quelle introdotte con il d.lgs. n. 81/2015, ad esempio in tema di mutamento in pejus delle mansioni ulteriori rispetto a quelle adottabili dal datore di lavoro in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali (art. 3, co. 4); sul superamento del limite complessivo di trentasei mesi per effetto di una successione di contratti (art. 19, co. 2); sulla possibile esclusione del diritto di precedenza del lavoratore a termine nelle successive assunzioni a tempo indeterminato (art. 24, co. 1); sulla derogabilità circa i limiti numerici di occupabilità degli apprendisti (art. 43, co. 8).

²⁴ Cester, C., La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 341 ss.; De Luca Tamajo, R., Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 715 ss.; De Luca Tamajo, R., La norma inderogabile nel diritto del lavoro, Napoli, 1976; Fontana, G., Dall'inderogabilità alla ragionevolezza, Torino, 2010; Novella, M., L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale, Milano, 2009; Santoro-Passarelli, G., Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 61 ss.; Voza, R., L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro, Bari, 2007; Zoppoli, A., Il declino dell'inderogabilità?, in *Dir. lav. merc.*, 2013, 53ss.

Una prima ipotesi di contrattazione in deroga “autorizzata” atipica si è avuta con l’art. 8 del d.l. 13.8.2011, n. 138, conv. con mod. dalla l. 14.9.2011, n. 148 che ha attribuito alla contrattazione collettiva territorialmente decentrata, altrimenti detta «di prossimità», il potere di derogare, oltre che al contratto collettivo nazionale, alle disposizioni di legge concernenti una vasta gamma di materie, con il solo limite del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalla normativa comunitaria e internazionale sul lavoro.

Le «specifiche intese» di cui all’art. 8 cit., stipulate a livello aziendale, da soggetti sindacali variamente selezionati si configurano comunque come contratti di scopo, essendo espressamente finalizzati ad una serie di obiettivi quali l’incremento dell’occupazione, della competitività o degli investimenti, la qualità dei contratti di lavoro, l’emersione del lavoro irregolare, la gestione delle crisi aziendali, l’avvio di nuove attività; la genericità degli obiettivi ha fatto sorgere non pochi dubbi sia sulla loro fattiva utilizzazione, che infatti ad oggi non risulta ancora avvenuta, sia sulla loro compatibilità con il sistema delle fonti.

Eguale atipica è la derogabilità introdotta dall’art. 2, co. 2, lett. a) del d.lgs. n. 81/2015 che, se da un lato sconta l’assenza di vincoli espressi, che tuttavia devono ritenersi comunque esistenti, e di obiettivi di scopo specifici, stante il vago riferimento alle “particolari esigenze produttive ed organizzative del settore”, dall’altro non affida tale derogabilità al sindacalismo aziendale, bensì alla contrattazione collettiva nazionale, stipulata da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, sull’implicito presupposto che tale coinvolgimento possa fungere da garanzia per una contrattazione in deroga che sia meditata, circoscritta nelle dimensioni ed equilibrata nei contenuti.

La centralità dell’elemento rappresentativo a tali fini derogatori, che rileva anche nell’ambito della analoga previsione di cui all’art. 47 *quater* dello stesso decreto su cui infra, non ha tardato a palesarsi in occasione del primo contratto collettivo di categoria siglato in Italia il 15 settembre 2020 tra Assodelivery²⁵ ed un sindacato di riders aderente all’UGL; tale accordo ha suscitato molte polemiche²⁶, tra cui una vibrata reazione delle associazioni sindacali confederali CGIL,

²⁵ Associazione che riunisce le principali società che gestiscono le piattaforme di food delivery, tra cui Deliveroo, Glovo, Social Food, Uber Eats.

²⁶ Sul CCNL Assodelivery-UGL: G. CAVALLINI, Il Ccnl Rider Ugl-Assodelivery. Luci e ombre di un contratto che fa discutere, <https://consulentidellavoro.mi.it>; M. BARBIERI Il luminoso futuro di un concetto antico cit; P. ICHINO, Contratto per i rider: è davvero “pirata”? lavoce.info, 21 settembre 2020; B. CARUSO, Contratto dei rider, un primo passo, lavoce.info, 24 settembre 2020; P. STAROPOLI, Il contratto

CISL e UIL²⁷ ed un intervento critico del Ministero del lavoro²⁸, per l'adozione preferenziale del modello contrattuale autonomo e di un sistema di retribuzione a cottimo, parametrata cioè sulla base delle consegne effettuabili nel tempo unilateralmente stimato dalla piattaforma.

Mentre Assodelivery, pur non appartenendo ad alcuna confederazione datoriale, rappresenta indubbiamente un'associazione datoriale comparativamente più rappresentativa che riunisce al suo interno più sigle, difficile sostenerlo per l'associazione sindacale firmataria in rappresentanza dei lavoratori²⁹; il requisito della maggiore rappresentatività comparata sul piano nazionale, richiesto dalla norma, presuppone infatti una comparazione in concreto, di tipo quantitativo, che non sembra possa essere garantita da una sola sigla sindacale, per giunta non espressione del settore specifico.

La carenza di rappresentatività di quella sigla sindacale ha trovato già conferma nell'ordinanza del 12-4-21 del Tribunale di Palermo, che in un giudizio promosso *ex art. 5* del d.lgs. n. 216/2003, ha ritenuto discriminatorio il licenziamento intimato ad un rider-rappresentante sindacale che si era rifiutato di sottoscrivere un contratto regolamentato dalla disciplina concordata con la UGL, associazione sindacale diversa da quella di appartenenza, e nel decreto *ex art. 28 St. lav.*, emesso dal Tribunale di Bologna il 30 giugno 2021 che, per lo stesso motivo, ha ritenuto illegittima l'applicazione del c.c.n.l. ai riders etero-organizzati e discriminatorio il recesso intimato per la mancata sottoscrizione del contratto che lo recepiva.

Il ruolo centrale che la contrattazione collettiva occupa nella disciplina del lavoro etero-organizzato e l'intento protettivo perseguito con l'estensione delle norme sul lavoro subordinato, esaltato dalla novella del 2019 e nella ricostruzione offerta dal Giudice di legittimità, conducono a ritenere assolutamente compatibile con la natura di questi rapporti l'intero sistema di tutela dei diritti di cui allo Statuto dei lavoratori, ed in particolare di quelli sindacali, con conseguente applicabilità del **procedimento per la repressione di condotte antisindacali di**

collettivo dei Riders: le nuove tutele e le critiche ingenerose del Ministero del lavoro, <https://ilgiuslavorista.it>; 18 novembre 2020.

²⁷ Le parti sociali Filt-Cgil, Fit Cisl e Uil Trasporti, già firmatarie il 18 luglio 2018 di un accordo integrativo al CCNL Logistica, applicabile ai ciclo-fattorini subordinati, in risposta al CCNL Assodelivery-UGL hanno sottoscritto il 2 novembre 2020 un «protocollo attuativo dell'art. 47-bis ss.» con gli stessi interlocutori datoriali e dal contenuto in parte analogo.

²⁸ Vedi nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e della politiche sociali del 16 settembre 2020 e nota CGIL-CISL-UIL del 17 settembre 2020.

²⁹ Che all'esito di tale sottoscrizione è stata espulsa dal Comitato Europeo Economico Sociale (CESE).

cui all'art. 28, la cui funzione è proprio quella di supportare lavoratori in condizioni di debolezza economica.³⁰

In assenza di una previsione contraria, ed a fronte di un principio di integrità delle tutele applicabili, non sembra trovare alcuna giustificazione, né letterale né sistematica, la limitazione alle norme di natura sostanziale e l'esclusione di quelle processuali.

Da segnalare che vi è notizia di un ricorso proposto al Tribunale di Milano, sezione specializzata delle imprese, avente ad oggetto **un'azione di inibitoria collettiva** avverso comportamenti plurioffensivi, ai sensi dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c., introdotto dalla l. 12 aprile 2019 n. 31, ed entrato in vigore il 19 maggio 2021 dopo un lungo periodo di latenza, utilizzabile in presenza di illeciti, posti in essere successivamente alla vigenza, con una portata lesiva diffusa, capace di incidere, oltre che sulla posizione individuale del soggetto che agisce, anche su una pluralità di soggetti portatori di analogo interesse.

Nella specie si prospetta che la condotta illecita denunciata, imputata all'azienda Deliveroo Italy s.r.l., consistente nella pervicace ed illegittima applicazione del CCNL Ugl Rider – la cui illegittimità per carenza di rappresentatività dell'organizzazione sindacale dei lavoratori firmataria sarebbe stata già accertata in altre sedi giurisdizionali – e nel mancato riconoscimento degli istituti propri della contrattazione collettiva applicabile *ex lege*, riverberi i suoi effetti non solo sul rider ricorrente ma anche nei confronti dell'intera comunità di rider della convenuta; la legittimazione attiva delle associazioni sindacali ricorrenti Filcams Cgil, Filt Cgil e Nidil Cgil, viene ricondotta al fatto che, in quanto firmatarie di contratti collettivi affini, legittimi sul piano della rappresentatività ai sensi del comma 2 dell'art. 2, sarebbero lese dalla illegittima disapplicazione di tali contratti; la domanda ha ad oggetto un ordine di cessazione della condotta commissiva consistente nella reiterata illegittima applicazione della contrattazione non rappresentativa con conseguente ordine di applicare la disciplina anche contrattuale collettiva prevista dall'art. 2, comma, del d.lgs. 81/15 ovvero dall'art. 47 *quater* del medesimo decreto.

Mentre non sembra vi siano ostacoli all'ammissibilità della domanda quanto alla legittimazione attiva, risultando sia il singolo rider che i sindacati ricor-

³⁰ In senso favorevole Tribunale Milano 28 marzo 2021 e Tribunale Bologna 30 giugno 2021, che, con qualche distinguo nella motivazione, hanno ritenuto che l'estensione del regime della subordinazione abbia ad oggetto sia norme sostanziali che processuali; contra Tribunale Firenze 9 febbraio 2021, che ha escluso l'estensione delle norme processuali, su cui nota critica di I. DAL LAGO Il rapporto di lavoro dei riders tra qualificazione, diritti sindacali ed azionabilità del ricorso *ex art. 28 l. n. 300/70* in <https://ilgiuslavorista.it> del 23 aprile 2021.

renti portatori di un interesse, rispetto al pregiudizio denunciato, che impatta contemporaneamente su una pluralità di individui che svolgono la medesima attività agevolmente individuabili, né in riferimento alla legittimazione passiva, risultando l'azione proposta nei confronti di un'impresa che gestisce la piattaforma, suscita qualche perplessità la tutelabilità con tale azione delle condotte denunciate alla luce della **salvezza delle norme speciali** di cui al comma 10 dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.

Nonostante la natura generale della nuova azione, tale previsione pone una indubbia restrizione alla sua applicazione, la cui portata, in assenza di una tipizzazione di tali leggi speciali, dovrà essere ricostruita in via interpretativa; nella specie si potrebbe allora sostenere che i pregiudizi denunciati, con la stessa tempestività ed efficacia, potrebbero essere tutelati, come del resto già avvenuto, attraverso lo strumento di cui alla repressione delle condotte antisindacali *ex* art. 28 St. lav. o di cui agli art. 4 e 5 del d.lgs. n. 216/2003 in materia di discriminazione.

6. Il rider, protagonista anonimo della gig economy, tra subordinazione edetero-organizzazione

Anche in Italia, come in tanti altri paesi, il rider della food delivery è divenuto protagonista di un serrato dibattito dottrinale e giurisprudenziale; le piattaforme digitali che operano nel settore delle consegne a domicilio, in quanto gestite da multinazionali, hanno infatti una diffusione ormai capillare.

L'attività del rider ha ad oggetto la consegna a domicilio di prodotti, svolta a chiamata con mezzi propri; oltre l'uso del mezzo privato per gli spostamenti, altro tratto comune tra le piattaforme è la concessione in comodato di abbigliamento e contenitori che recano i colori e il logo della App di appartenenza.

Con una criticabile tecnica normativa la **definizione del "ciclo-fattorino"** – quale soggetto impiegato" nelle attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 attraverso piattaforme anche digitali" è stata inserita nel Capo *V-bis* dedicato alla sola disciplina del rider lavoratore autonomo.

Si è posto il problema se a tale definizione potesse essere riconosciuta una portata generale; in assenza di esplicite previsioni contrarie, e tenuto conto dell'ampiezza e della esaustività degli elementi fattuali utilizzati, non sembra sussistere alcuna preclusione ad esportare la definizione di cui all'art. 47-*bis*, comma 1, ogni qual volta all'interprete si richieda di fare i conti con tali fattispecie.

I contratti individuali proposti dalle piattaforme prevedono clausole diversificate.

Circa la determinazione del compenso si contrappongono il modello del compenso orario, parametrato alle ore di disponibilità o alle ore di lavoro effettivo, il modello a cottimo, che può essere di tipo fisso o variabile, in cui alla determinazione del corrispettivo concorre anche il chilometraggio percorso, e i modelli ibridi in cui, accanto al compenso orario, sono previsti una serie di “bonus” aggiuntivi, ad esempio in caso di pioggia, di lavoro festivo o prefestivo, di produttività elevata.

Il criterio remunerativo utilizzato si ripercuote sulle modalità di aggiudicazione degli incarichi di consegna: le piattaforme che prevedono un compenso orario, onde evitare di pagare il rider anche in assenza di ordini, pianificano la turnistica utilizzando un sistema di aggiudicazione preventiva “a calendario” (cd. slot); il lavoratore prenota, con anticipi variabili, un determinato turno, attende la conferma da parte della App, che verifica il numero di riders necessari per fascia oraria, all’esito dell’assegnazione, salve limitate facoltà di disdetta, è tenuto ad effettuare il log-in all’inizio del turno e procedere alle consegne.

Il sistema a “slot” a volte è libero, nel senso che segue solo un ordine temporale di prenotazione, in altri casi è vincolato, in quanto gli “slot” vengono preventivamente assegnati da un algoritmo sulla base del rating attribuito al rider; il punteggio è condizionato generalmente dalla produttività e dai feedback dei clienti, sicché un rider con basso rating rischia di trovare gli slot occupati o comunque liberi solo quelli meno appetibili e redditizi.

Prenotato il turno, il lavoratore ha quasi sempre limitate possibilità di revocare la disponibilità; molti contratti prevedono una clausola risolutiva espressa, messa agevolmente in esecuzione con la disattivazione dell’account, nel caso in cui il rider non effettui il log-in all’inizio del turno prefissato, rifiuti la chiamata, non effettui la consegna o la effettui sistematicamente in ritardo.

Molto spesso il rider è soggetto a geo-localizzazione, è obbligato a non allontanarsi dalla zona di assegnazione, a garantire la reperibilità attraverso una adeguata connessione e livello di carica del telefono, ad effettuare la consegna del cibo entro un preciso lasso di tempo, a seguire un determinato percorso, ad informare immediatamente la committente di eventuali inconvenienti.

L’aggiudicazione per slot non è invece utilizzata dalle piattaforme che prevedono un compenso a cottimo, ed il fattorino, su cui ricade per intero il rischio dell’assenza di ordini, è effettivamente libero di decidere se, dove e quando effettuare il log-in e se accettare o rifiutare gli incarichi proposti.

Variabile anche la durata dei contratti, più ridotta e a termine laddove le piattaforme operano come committenti, anche a tempo indeterminato dove si propongono come meri intermediari con singole convenzioni stipulate di volta in

volta per ogni consegna; alcune piattaforme consentono che il fattorino rimanga inattivo per un certo periodo, per altre è espressamente previsto, a pena di risoluzione, un minimo di consegne, che tra l'altro condiziona la determinazione del rating; alcuni contratti prevedono per entrambe le parti la risoluzione in qualsiasi momento senza alcun preavviso, altri un obbligo di preavviso, salve le ipotesi di giustacausa.

Quanto alla **qualificazione del rapporto di lavoro** dei riders in molti Stati europei ed anche nei paesi di common law, dalla California all'Australia, in misura crescente i giudici si sono orientati verso il riconoscimento della natura subordinata dei rapporti di lavoro tramite piattaforma ed in particolare di quello dei ciclo-fattorini.

In particolare la giurisprudenza francese e spagnola³¹, dopo qualche iniziale esitazione, ha optato in maniera decisa a favore della natura subordinata del rapporto di lavoro con le piattaforme di consegna di pasti a domicilio dando prevalenza, ai fini qualificatori, alle modalità di effettivo svolgimento della prestazione rispetto alla volontà espressa delle parti nei contratti, valorizzando non la nozione di subordinazione, ma la prova della sua sussistenza, desunta dall'esistenza in capo all'impresa di un incisivo potere di controllo, esercitato attraverso sistemi di geo – localizzazione, e del potere sanzionatorio attuato mediante la disconnessione dei lavoratori dalla piattaforma.

Nella nostra **giurisprudenza di merito** le prime decisioni si erano attestate su posizioni di netta chiusura rispetto alla natura subordinata di tali rapporti, valorizzando il fatto che nella fase di determinazione del programma negoziale i riders avrebbero sempre la possibilità di scegliere se e quando lavorare.³²

³¹ Per la giurisprudenza spagnola: Juzgado de lo Social de Madrid, 11 febbraio 2019, n. 53; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, 19 settembre 2019, n. 715; Juzgado de lo Social de Gijón, 20 febbraio 2019, n. 61; Tribunal Superior de Justicia Asturias, Sala de lo Social, 25 luglio 2019, n. 01818; Tribunal Supremo, Sala de lo Social, n. 805 del 25 settembre 2020; Juzgado de lo Social n° 4 de Santander, 20 novembre 2020; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección n° 5 de lo Social, 17 dicembre 2020. Per la giurisprudenza francese: Cour de Cassation, Chambre Sociale, 28 novembre 2018, n. 1737; Cour de CASSATION, Chambre sociale, 4 marzo 2020, n. 374, in LLI, 2020, n. 1, con nota di A. DONINI, Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro, 1-15, nonché in RGL, 2020, n. 3, II, con nota di S. BORELLI, Salariato digitale. Uber secondo la Cassazione francese, 389-398.

³² Vedi: Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, su cui M. DEL CONTE – O. RAZZOLINI, La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi, DLRI, 2018, 673-682; V. FERRANTE, Subordinazione e autonomia: il gioco dell'oca, DRI, 2018, 1196-1202; M. Biasi, Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora, ADL, 2018, 1227-1241; P. ICHINO, Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy, RIDL, 2018, II, 294-303; E. GRAMANO, Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foo-

Da ultimo si è tuttavia registrata una inattesa inversione di tendenza in quanto il Tribunale di Palermo, sentenza n. 3570 del 24 novembre 2020, in una causa intentata da un lavoratore contro Foodinho s.r.l., multinazionale spagnola operante in Italia con il marchio «Glovo», nota piattaforma del food delivery, ha per la prima volta in Italia riconosciuto **natura subordinata ex art. 2094 c.c.** all'attività prestata da un ciclo – fattorino e ne ha disposto l'inquadramento come operaio di 6° livello del CCNL Commercio nonché la reintegra, dopo aver equiparato ad un licenziamento orale la disattivazione forzosa del suo account.³³

Il rider, cinquantenne, aveva iniziato a collaborare con la piattaforma sulla base di contratti di lavoro autonomo nell'ottobre 2018 e aveva svolto regolarmente attività di consegna di cibo a domicilio per quasi due anni consecutivi, lavorando, in media, 8 ore giornaliere per complessive 40 ore settimanali, prima di essere disconnesso, e quindi sostanzialmente espulso dall'organizzazione, per presunte irregolarità nella gestione della quota di contante, di cui era in possesso come corrispettivo versato dagli utenti, in misura eccedente il limite unilateralmente fissato dalla piattaforma.

dora, Labor, 2018, 609-619; P. TULLINI, Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora, LDE, 2018, 1; nonché Trib. Milano 10 settembre 2018, n. 1853, RGL, 2019, II, 83-90, nt. C. SPINELLI, Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo; M. FORLIVESI, Nuovi lavori, vecchie interpretazioni? Note a margine di una recente sentenza del Tribunale di Milano sulla qualificazione giuridica dei c.d. "riders", in Labor, 2019, 112-120; infine App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, RIDL, 2019, II, nt. M.T. CARINCI, Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora, 350-358; in RGL, 2019, II, con nota di U. CARABELLI – C. SPINELLI, La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati, 92-99; A. PERULLI, I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni etero-organizzate dal committente: una nuova frontiera regolativa per la Gig economy?, Labor, 2019, 320-332; P. TULLINI, Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?, LDE, 2019, n. 1, 1-7; M. DEL FRATE, Le collaborazioni eteroorganizzate alla prova della giurisprudenza di merito, DRI, 2019, 937-945; M. NOVELLA, Il rider non è lavoratore subordinato ma è tutelato come se lo fosse, LLI, 2019, n. 1, 85-103.

³³ V. POSO, Qual è la natura giuridica dei rider? Sono subordinati, bellezza! Commento a prima lettura della prima sentenza-zibaldone che farà discutere, in Labor, 1 dicembre 2020; M DEL CONTE, Rider, il potere direttivo si incarna nella app, in Il Sole 24 Ore, 1° dicembre 2020; P. TOSI, Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale, in Guida lav., n. 48, 2020, 12 ss.; A. PICCINI, Il rider come lavoratore subordinato, in Collettiva, 18.12.2020; S. GIUBBONI, La subordinazione del rider, Menabò di Etica ed Economia, n. 140/2020, 14 dicembre 2020; G. CAVALLINI Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione, in Giustiziacivile.com, 21 dicembre 2020; M. BARBIERI, Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders, in LLI, Vol. 6, No. 2, 2020, p. 62; F. MARTELLONI Il ragazzo del secolo scorso. Quando il rider è lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato in www.questionegiustizia.it del 24 novembre 2020.

La motivazione, che si caratterizza per una minuziosa descrizione in fatto dell'effettivo atteggiarsi del rapporto, analogamente alla giurisprudenza d'oltralpe fonda l'esclusione del rapporto dall'ambito della autonomia sull'analisi delle concrete modalità di svolgimento del rapporto contrattuale con la piattaforma, nelle quali il giudice individua dei significativi elementi di etero-direzione della prestazione, sufficienti quanto meno a configurare una situazione di subordinazione attenuata.

Il punto centrale del percorso argomentativo è quello in cui la presunta autonomia del rider nella scelta dell'an e del quando della prestazione viene resa evanescente ed incolore, sino a sparire, nell'ambito della valutazione globale, e non segmentata, del modello organizzativo adottato dalla piattaforma che si caratterizza per l'esercizio di un potere direttivo e disciplinare tanto pervasivo da renderlo in grado di incidere non solo nella fase esecutiva del rapporto ma anche nel momento genetico, annullando di fatto ogni effettiva libertà di scelta del lavoratore.

Libertà di scelta che viene resa fittizia dal fatto che il ciclo-fattorino viene costantemente profilato dall'algoritmo che, nell'attribuire un punteggio (il cd "parametro di eccellenza"), ne determina l'accesso prioritario nella prenotazione delle sessioni di lavoro sicché gli è consentita la scelta solo del turno che gli viene assegnato in base al punteggio, che a sua volta dipende dalla disponibilità fornita alla piattaforma per i momenti nei quali la prestazione si profila maggiormente utile alla società datrice di lavoro.

Quanto al potere direttivo e di controllo viene messa in evidenza la presenza nell'applicativo di un sistema invasivo di geo-localizzazione in grado di monitorare anche il livello di carica della batteria dello smartphone, che, impedendo l'accesso alla sessione di lavoro in caso di carica inferiore al 20% ovvero di eccessiva distanza dall'area di lavoro, impone al fattorino di restare sempre connesso e di seguire pedissequamente le tempistiche e le fasi imposte dal programma, ivi compreso l'itinerario da percorrere per perfezionare la consegna nel minor tempo possibile.

Sul fronte disciplinare si stigmatizza infine la natura sostanzialmente sanzionatoria del meccanismo del ranking che premia il rider a seconda della conformità della sua condotta alle regole imposte dalla piattaforma quanto alla disponibilità a effettuare le consegne, alle modalità con cui è reso il servizio, all'efficienza del servizio reso, profilato sulla base dei feedback ricevuti da partner e clientela, penalizzando di converso il rifiuto di una consegna nel turno assegnato o la mancata effettuazione della prestazione nei turni più utili per la datrice di lavoro.

Il fascino della subordinazione ha inaspettatamente colpito anche la parte datoriale; come annunciato dal country manager, la piattaforma Just Eat Take-away in data 29 marzo 2021 ha sottoscritto con FILT, FIT, UIL Trasporti un contratto

collettivo aziendale che prevede l'assunzione come lavoratori subordinati di rider dell'azienda, cui saranno riconosciuti tutti i trattamenti, normativi ed economici previsti dal CCNL Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione.

Molto scalpore aveva suscitato in precedenza anche il decreto del Tribunale di Milano, sez. misure di prevenzione, n. 9 del 28 maggio 2020, che aveva disposto l'amministrazione giudiziaria, misura di prevenzione prevista dall'art. 34 comma 1, del d.lgs. n. 159/2011, nei confronti della Uber Italia s.r.l., la cui attività di impresa era stata ritenuta di ausilio a soggetti, ad essa facenti capo a vario titolo, sottoposti a procedimento penale per il reato di sfruttamento di manodopera ex art. 603-bis c.p., nell'ambito della gestione delle consegne a domicilio nel settore del food delivery, appaltate dalla stessa Uber agli indagati che fungevano da intermediari con i ciclo – fattorini.

L'indagine, complessa ed articolata, avrebbe portato alla luce come i lavoratori, quasi nella totalità extracomunitari, venissero retribuiti “a cottimo”, senza un minimo garantito e senza alcun rilievo per distanza percorsa, condizioni metereologiche e fascia oraria; l'omesso versamento delle ritenute d'acconto, dei contributi previdenziali, e persino delle mance elargite dai clienti che venivano indebitamente trattenute; l'applicazione di forme di controllo invasive e di vere e proprie “penalità”, che consistevano nella decurtazione del compenso o nella disconnessione dalla piattaforma, adottate senza contestazioni formali e senza contraddittorio, sulla base di un codice comportamentale dai contenuti discutibili.

Il provvedimento milanese trovava il suo presupposto nell'accertamento della costante violazione della disciplina contrattuale del lavoro autonomo, che regolava formalmente tutti i rapporti, a fronte della sussistenza in concreto di rapporti definiti di “lavoro subordinato alterato”; la misura è stata revocata il 4 marzo 2021, a seguito dello sforzo fatto dall'azienda per eliminare le condizioni di sfruttamento e migliorare il trattamento economico dei riders.

Nella già citata decisione n. 1663/2020, la S.C. ha invece avallato la scelta preferenziale del legislatore verso una riconducibilità del rapporto di lavoro dei ciclo fattorini all'ipotesi delle collaborazione etero-organizzate di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015.

La Suprema Corte, cui, per l'assenza di un appello incidentale dei lavoratori, era preclusa ogni indagine sul fronte della subordinazione, possibilità che tuttavia non esclude in un chiarissimo obiter, respinge tutte le censure relative alle condizioni individuate dalla Corte territoriale per l'applicabilità dell'art. 2, salvo correggerne la motivazione quanto alla riconduzione dell'ipotesi ivi prevista a un tertium genus, intermedio tra la subordinazione ed il lavoro autonomo, e alla necessità di operare una selezione delle norme sulla subordinazione applicabili.

Ai fini dell'individuazione della nozione di etero-organizzazione, che assume carattere dirimente per l'applicazione della disciplina della subordinazione,

ritiene sufficiente che il coordinamento imposto dall'esterno sia funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la unilaterale determinazione delle modalità predisposta dal primo, inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa.

7. Le tutele minime del rider autonomo

Sempre la l. n. 128/2019 ha introdotto nel d.lgs. n. 81/2015 il nuovo Capo V – *bis*, rubricato “Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali”, composto dagli artt. da *47-bis* a *47-octies*, la cui **ratio** dichiarata è quella di introdurre livelli minimi di tutela per i riders autonomi, che operano cioè in assenza di subordinazione o di etero – organizzazione ai sensi dell'art. 2 dello stesso decreto.

Il Capo è dedicato alla sola disciplina dei ciclo-fattorini autonomi “che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'art. 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 attraverso piattaforme anche digitali” (art. *47-bis* comma 1), ove per piattaforme digitali si intendono “i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione” (art. *47-bis* comma2)

Ne consegue che per rientrare nell'**ambito applicativo** dei livelli minimi di tutela ivi previsti si richiede che la piattaforma, se digitale, si connoti per il settore di riferimento (quello della consegna di beni) e per il modello organizzativo (fissazione del compenso e determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione).

La tutela residuale assicurata dal Capo V-*bis* ai riders autonomi ha ad **oggetto** il diritto ad ottenere la stipula di un contratto le cui condizioni devono essere formulate per iscritto, di ricevere ogni informazione utile “per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza”, l'applicazione della disciplina antidiscriminatoria prevista per i lavoratori subordinati, in quanto compatibile con la natura del rapporto, ivi compreso l'accesso alla piattaforma, ed il divieto di pratiche di esclusione dalla piattaforma o di riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione.

Importante l'espressa estensione ad opera dell'art. *47-septies* della copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e dell'obbligo per il committente di assicurare il rispetto delle norme in materia di prevenzione e sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008 a propria cura e spese.

Sul tema della sicurezza si è giustamente evidenziato che la disposizione non chiarisce se il decreto debba trovare integrale applicazione o se ne debbano

applicare solo le scarse previsioni dedicate al lavoro autonomo dall'art. 21; in quest'ultimo caso, leggendo l'art. 47-*septies*, comma 3, del d.lgs. n. 81/2015 in combinazione con l'art. 21 del d.lgs. n. 81/2008, non sarebbe chiaro se l'obbligo dei committenti di rispettare a propria cura e spese il d.lgs. n. 81/2008 li costringa soltanto a sostenere gli oneri organizzativi ed economici in tema di formazione e sorveglianza sanitaria, connessi all'esercizio delle facoltà spettanti ai lavoratori, oppure anche a fornire a questi ultimi le idonee attrezzature di lavoro ed i dispositivi di protezione individuale che essi debbono utilizzare.³⁴

La norma di più rilevante impatto è certamente quella che disciplina gli **aspetti economici**: l'art. 47-*quater*, applicabile dal 3 novembre 2020, decorsi cioè dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, delega ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale la definizione dei criteri di determinazione del compenso complessivo, tenuto conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente, e prevede poi, anche in difetto della stipula di tali contratti, il **divieto di cottimo**, la garanzia di un compenso minimo orario parametrato sui minimi dei contratti di settori affini e la corresponsione di specifiche indennità per il lavoro notturno, festivo o in condizioni meteorologiche avverse.

Anche in questo caso l'imprecisione del dettato normativo ha alimentato un equivoco sulla **estensione del divieto**, e quindi sulla derogabilità ad opera della contrattazione collettiva di cui al comma 1 del divieto di retribuzione a cottimo puro, che è stata sostenuta alla luce dell'interdizione del compenso a chiamata contenuta espressamente nel solo comma 2, che disciplina la retribuzione in mancanza di accordi.

In verità l'interpretazione sistematica più coerente con la ratio legis, evidentemente protettiva, risulta quella che porta ad un divieto di cottimo cd. puro generalizzato, operante non solo in mancanza di accordo collettivo ma anche con l'esclusione dalla delega prevista nel primo comma della facoltà per la contrattazione collettiva di fissare il compenso del rider autonomo facendo esclusivo riferimento alle consegne; in tal senso depone del resto il dato letterale, che fa riferimento al "compenso complessivo", che presuppone una pluralità di modalità con una preclusione per il sistema del cottimo integrale.

Sui problemi connessi alla rappresentatività delle associazioni sindacali firmatarie degli accordi in deroga si rimanda a quanto già osservato in relazione agli accordi *ex art. 2*, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015.

³⁴ P. PASCUCCI Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro e sulle norme sulla sicurezza di rider & co. in DSL 1 2020 p. 37; a favore del diritto ai DPI anche per i rider autonomi si è espresso il Trib. Firenze, 5 maggio 2020 n. 886.

8. Considerazioni conclusive

L'analisi compiuta sembra evidenziare l'inutilità di elaborare un nuovo ed autonomo statuto per la tutela del lavoro della gig economy, fondato sulla definizione di una ulteriore e specifica tipologia di lavoro, per un settore in cui convivono fattispecie diverse che richiedono un altrettanto diversificato sforzo di qualificazione, che a sua volta non può prescindere dall'analisi concreta dell'atteggiarsi delle singole vicende lavorative.

Capita per i riders, come è sempre accaduto per tutte le tipologie di lavoro, che il regolamento contrattuale preventivamente convenuto non trovi effettiva attuazione e si realizzi una divergenza tra l'auto-qualificazione e il concreto atteggiarsi del rapporto, tanto sia per un intento ab initio simulatorio ed elusivo di una delle parti in posizione dominante, sia perché nel corso del rapporto si realizza attraverso fatti concludenti il passaggio ad un diverso assetto di interessi.

Costituisce insegnamento tradizionale che ogni attività umana, economicamente rilevante, può essere oggetto di un rapporto di lavoro autonomo, ma anche subordinato o atteggiarsi secondo forme più o meno articolate di coordinamento e collaborazione.

Per i lavori della gig economy la subordinazione non deve costituire un tabù, ma solo una delle diverse modalità possibili; come più volte ricordato dalla Corte costituzionale (sentenze n. 121 del 1993, n. 115 del 1994, n. 76 del 2015), lo statuto protettivo inderogabile che caratterizza la subordinazione ha quale conseguenza ineludibile l'indisponibilità del tipo negoziale, sia da parte del legislatore, sia da parte dei contraenti individuali, e di fronte al moltiplicarsi degli interventi legislativi di qualificazione espressa dei rapporti di lavoro tale principio ricopre "un ruolo sistematico di rilievo, sia nell'opera adeguatrice dell'interprete, sia nel vaglio di costituzionalità".

Per questo anche per le nuove forme di lavoro che ci propone lo sviluppo tecnologico può essere sufficiente il ricorso a categorie già note e normate che vedono, accanto alla tradizionale ripartizione tra lavoro autonomo *ex art. 2222 c.c.* e lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.*, le più evolute figure del lavoro etero-organizzato di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, o coordinato e continuativo e concordato *ex art. 409 n. 3 c.p.c.*

A ciascuna di queste forme contrattuali corrisponde un diverso statuto protettivo con un sorta di gradualità decrescente, inversamente proporzionale all'autonomia, ed un livello minimo inderogabile; perché ad ogni lavoratore sia assicurata pari dignità è necessario che il sistema di protezione che gli viene riconosciuto sia quello corrispondente all'effettivo e reale atteggiarsi del suo rapporto di lavoro.

Ferme le difficoltà, l'indagine non può che essere condotta sul piano fattuale, verificando l'effettivo atteggiarsi del rapporto, in tutta la sua sequenza negoziale, dalle fasi di costituzione, a quella di esecuzione, a quella del recesso, prestando particolare attenzione all'aspetto organizzativo, alla durata ed alla continuità del rapporto.

Da tempo attenta dottrina si chiede se non sia giunto il tempo di immaginare e porre le basi per un vero futuro ove, a prescindere dalle evoluzioni della scienza e della tecnica che impattano sulle modalità di organizzazione del lavoro, trovi finalmente cittadinanza, e non costituisca più un'utopia, una disciplina universale dei "lavori" che, quale base comune minima ed inderogabile, in termini di garanzie per un salario proporzionato e dignitoso, condizioni di lavoro accettabili e sostenibili, tutela della sicurezza e della salute del lavoratore, depotenzi definitivamente in partenza questa dannosa tendenza ad una mistificazione delle concrete modalità di atteggiarsi dei rapporti, ponendo un argine di contenimento a questa impellente necessità di ottenerne la corretta qualificazione.

Seppure timidamente, il legislatore pare essersi mosso in questa direzione proprio con le modifiche apportate al d.lgs. n. 81/2015 dal d.l. n. 101/2019, conv. con modif. dalla l. n. 128/2019, se valutate nel complesso sia nella parte relativa all'art. 2 che in quella che ha disposto l'introduzione del Capo V-*bis*, novelle che appaiono sintomatiche quanto meno di una presa di coscienza della linea di tendenza che dovrebbe assumere una efficace riforma del mondo del lavoro.

Nell'attesa che tale ambizioso obiettivo possa trovare realizzazione è indispensabile uno sforzo di adattamento, che consenta una corretta sussunzione degli elementi di fatto di nuova emersione, ed in repentina evoluzione, in qualificazioni giuridiche che restano efficaci, sebbene a volte obsolete, ma non spetta all'interprete proprio tale compito di adeguamento e di aggiornamento? Il mondo cambia ma i diritti restano.

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto

Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura

Quaderno 3 – Comunione e condominio

Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID

Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario

Quaderno 6 – Storia della magistratura

Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale

Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario

Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)

Quaderno 13 – Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 14 – Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile



Finito di stampare nel mese di ottobre 2022
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

