

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2020

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

N. 1/2020

Sommario

1. **El Ordenamiento del deporte: una visión proyectiva sobre el Derecho de la competencia europeo.**
di Albero Palomar Olmeda.....pag. 1

2. **Conseguenze economiche della pandemia da Covid-19: necessità di misure coordinate a livello europeo e di un più incisivo ruolo dei poteri pubblici rispetto ai mercati**
di Gabriella Mazzei.....pag. 19

3. **La tutela della privacy nell'esercizio del potere datoriale.**
di Filippo Lorè.....pag. 32

4. **Lo spoils system dei segretari comunali nella recente giurisprudenza costituzionale tra fiduciarità e apicalità.**
di Fortunato Gambardella.....pag. 54

5. **L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici tra legalità e discrezionalità (osservazioni a margine di T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 11 aprile 2018, n. 2390).**
di Aniello Formisano.....pag. 67

6. **Le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni: il difficile connubio tra modello pubblico e modello privato.**
di Giuseppe Gianni e Paola Consolandi.....pag. 86



El Ordenamiento del deporte: una visión proyectiva sobre el Derecho de la competencia europeo

di Alberto Palomar Olmeda

(Universidad Carlo III de Madrid)

Sumario

1. La ordenación de los mercados en el ámbito del deporte: los orígenes del monopolio. 2. La deportiva como actividad económica. 2.1. Perspectiva desde la organización internacional. 2.2. La proyección sobre otros ámbitos: las competiciones continentales y nacionales. 3. La perspectiva desde la interpretación jurisprudencial en el ámbito del Derecho de la competencia europeo. 4. Bibliografía.

Abstract

The continuous transformation of sports activity into an economic activity necessarily implies the need to transform the legal framework in which to carry out this activity. This paper analyzes a central element in this policy that is located in competition law and in the organization of sport production markets according to its common rules, which results, especially complex in its collision with the organization. international private law that supports the sports organization.



1. La ordenación de los mercados en el ámbito del deporte: los orígenes del monopolio

La realidad que encierra lo que denominamos el deporte ha sufrido un cambio radical en su concepción y en sus manifestaciones. Este cambio es consecuencia, en esencia, de la propia transformación estructural que va desde una manifestación cultural o social de ocio, ínsita en una estructura propia como la de las Federaciones Deportivas, a una actividad económica, de carácter mercantil que representa el porcentaje más importante de la industria del ocio y el entretenimiento.

El tránsito, sin embargo, no está resultando sencillo porque las reglas del deporte en el marco de educación, de la salud o del entretenimiento son unas y las reglas del deporte como actividad económica son, claro está, otras. Se trata de perspectivas diferentes que, durante mucho tiempo se ha presentado como indisolublemente unidas pero que, cada vez están más diferenciadas y es más palpable en la realidad la diferencia regulatoria de ambos fenómenos.¹

Históricamente las federaciones deportivas, cualquiera que fuera su ámbito territorial o todas ellas en su respectivo ámbito, eran las proveedoras de servicios deportivos cuya esencia, desde una perspectiva organizativa, era la de provenir de la estructura asociativa que hacía de los clubes la célula de funcionamiento; las federaciones, la agrupación de clubes y las federaciones internacionales como la asociación supranacional y de segundo orden que organizaba sus propias competiciones. A partir de esta estructura se construye un esquema de proyección del deporte y de transmisión de sus valores que las sociedades consideran esenciales tanto desde la perspectiva de la educación, como la salud y de la transmisión de valores positivos.²

¹ Rivera Ferreyros, G. Introducción al Derecho de la competencia desde la perspectiva del fútbol.

Acceso abierto.

https://bibliotecas.uc3m.es/primo-explore/fulldisplay?docid=TN_pucp_revistasarticle%2F18583&context=PC&vid=34UC3M_VU1&lang=es_ES&search_scope=TAB1_SCOPE1&adaptor=primo_central_multiple_fe&tab=tab1&query=any,contains,derecho%20de%20la%20competencia&offset=0

Acceso. 1 de febrero. 2020

² La STJUE de 26 de octubre de 2017 aun mantiene la regulación del monopolio cuando admite la reserva del concepto de deporte. En concreto, señala que «En lo que se refiere, por último, a la finalidad del artículo 132, apartado 1, letra m), de la citada Directiva (LCEur 2006, 3252 y LCEur 2007, 2230), ha de recordarse que con la referida disposición se persigue el objetivo de favorecer ciertas actividades de interés general, concretamente, los servicios directamente relacionados con la práctica del deporte o de la educación física proporcionados por organismos sin fin lucrativo a las personas que practican el deporte o la educación física, y que, por lo tanto, dicho precepto pretende fomentar ese tipo de práctica entre amplios sectores de la población (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de febrero de 2013, Žamberk, C-18/12 (TJCE 2013, 51), EU:C:2013:95, apartado 23, y de 19 de diciembre de 2013 (TJCE 2013 389), Bridport and West Dorset Golf Club, C-495/12, EU:C:2013:861, apartado 20).

24

Es cierto que, como sostiene la EBU y como se desprende del expediente remitido al Tribunal de Justicia, el bridge de contrato duplicado exige, en particular, lógica, memoria, estrategia y pensamiento lateral y constituye una actividad beneficiosa para la salud mental y física de las personas que lo practican regularmente. No obstante,



Este esquema se ha resultado muy trastocado desde aquellos orígenes. El deporte, en gran medida y por la vía de la técnica del fomento, se ha convertido en una actividad fuertemente subvencionada o, cuando menos, regulada por los Poderes Públicos. A partir de este simple dato, se ha pasado de una actividad voluntaria y personal a una prestación pública que los Poderes Públicos se comprometen a ofertar a los ciudadanos.

La técnica del fomento hace que, a veces, se distorsionen los objetivos porque tiende a contraponerse con la gestión pública de la actividad. Sin embargo, lo que diferencia una y otra forma de gestión no es el interés público que subyace en ambos tipos de actividades, sino que es la forma que se elige para la prestación o la articulación de la actividad pública.

En el caso del deporte, el legislador quiso mantener la estructura piramidal de la organización deportiva y no quiso sustituirla sino complementarla y asegurar que se cubrían los objetivos. De ahí que la opción inicial fue respetar la estructura de organización y financiarla en la medida que cumplía unos objetivos públicos.

El tiempo ha hecho, sin embargo, que el esquema no se mantuviera durante mucho tiempo. Hoy, en cómputo general del Estado, las federaciones son un proveedor de servicios deportivos una entidad muy pequeña y muy especializados. Los Poderes Públicos, especialmente en lo que denominamos el deporte base o el deporte de todos, han transmutado el prestador esencial y es la gestión directa o mediante contrato de los Poderes Públicos la forma de satisfacción.

Esta pérdida de referencias en la provisión de servicios ha hecho, simultáneamente, que aparezcan nuevos agentes que, paulatinamente, se han ido ganando las cuotas de mercado hasta convertirse en proveedores – cuantitativamente- masivos y que han relegado a las Federaciones a un papel muy centrado en el deporte de élite y en la proyección internacional del mismo. Su vistosidad y su importancia en el marco deportivo es muy relevante, pero es cierto, también, que el efecto sobre el mercado y sobre la conformación del mismo es muy reducida.³

aunque resultan beneficiosas para la salud física y mental, las actividades de puro entretenimiento y recreación no están comprendidas en el precepto en cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de febrero de 2013 (TJCE 2013, 51), Žamberk, C-18/12, EU:C:2013:95, apartado 22, y de 25 de febrero de 2016, Comisión/Países Bajos, C-22/15, no publicada, EU:C:2016:118, apartados 23 a 25). En estas circunstancias, el hecho de que una actividad sea beneficiosa para la salud física y mental no constituye por sí mismo un elemento suficiente para deducir que tal actividad está comprendida dentro del concepto de «deporte», a efectos del mismo precepto>>.

³ STPICE de 30 de septiembre de 2004 en la que se señala que <<... Es preciso señalar que el Tribunal de Justicia, en las sentencias antes mencionadas, no tuvo que pronunciarse sobre la sujeción de las normas deportivas de que se trata a las disposiciones del Tratado sobre competencia (véanse, a este respecto, las sentencias Bosman [TJCE 1995, 240], apartado 138; Deliège [TJCE 2000, 78], apartados 36 a 40, y Lehtonen [TJCE 2000, 85], apartado 28). Sin embargo, los principios que la jurisprudencia ha elaborado en relación con la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y de servicios a las normativas deportivas también se aplican en relación con las disposiciones del Tratado sobre competencia. En efecto, el hecho de que una normativa



A partir de este dato algunas cosas comienzan a ponerse en duda. Basta leer un documento histórico esencial como es el denominado "Modelo Europeo del Deporte". Es un documento prematuro, hecho en un momento en el que ni siquiera la competencia era competencia de la actual Unión Europea. Pero, a cambio, es, probablemente, el documento más completo y con una visión estratégica que se ha elaborado en sede comunitaria. Es un documento que reconoce la importancia del deporte tradicional y de sus estructuras y el apunte de que, cuando lo que predomina, es la actividad económica ésta no queda extramuros del derecho comunitario sino ínsita en el.

Esto no significa que el TJUE, por ejemplo, en la ST de 18 de diciembre de 2019 no insista en la importancia social del deporte. En concreto, señala que <<... Por lo demás, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido la notable importancia social del deporte en la Unión, en particular del deporte aficionado, a que se refiere el artículo 165 TFUE (RCL 2009, 2300), y el papel del deporte como factor de integración en la sociedad del Estado miembro de acogida (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de junio de 2019, TopFit y Biffi, C-22/18, EU:C:2019:497, apartado 33)...>>.

Pero esta doble sensibilidad se percibe también en la jurisprudencia. Así, la STJ de 13 de abril de 2000 señala que <<...Con carácter liminar, procede recordar que, habida cuenta de los objetivos de la Comunidad, la práctica del deporte sólo está regulada por el Derecho comunitario en la medida en que constituye una actividad económica en el sentido del artículo 2 del Tratado CE (actualmente artículo 2 CE, tras su modificación) (véanse las sentencias de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, 36/74, Rec. p. 1405, apartado 4, y de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 73). Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la actividad deportiva reviste una considerable importancia social en la Comunidad (véase la sentencia Bosman, antes citada, apartado 106).

puramente deportiva sea ajena a la actividad económica y, por consiguiente, según el Tribunal de Justicia, no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación de los artículos 39 CE (RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695) y 49 CE significa que es asimismo ajena a las relaciones económicas de competencia y, por consiguiente, está a su vez excluida del ámbito de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE. A la inversa, una normativa que, aunque forme parte del ámbito deportivo, no sea estrictamente deportiva sino que afecte a los aspectos económicos que puede tener la actividad deportiva está comprendida dentro del ámbito de aplicación tanto de las disposiciones de los artículos 39 CE y 49 CE como de los artículos 81 CE y 82 CE y puede constituir, en su caso, una violación de las libertades que dichas disposiciones garantizan (véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto que dio lugar a la sentencia Bosman, Rec. pg. I-4930, apartados 253 a 286, y especialmente los apartados 262, 277 y 278; del Abogado General Sr. Cosmas en el asunto que dio lugar a la sentencia Deliège, Rec. pg. I-2553, apartados 103 a 112, y del Abogado General Sr. Alber en el asunto que dio lugar a la sentencia Lehtonen, Rec. pg. I-2685, apartados 110 y 115) y ser objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE...>>.



El argumento es sencillo: la Unión Europea está dispuesta a aceptar el monopolio que los Estados, individualmente, y la Unión Europea, colectivamente, asumen porque es la forma de vertebración territorial de un sistema como el deportivo que transmite valores e incide en ámbitos como la salud, la educación y la cultura que son elementos centrales de aprehensión del sistema y que se considera que justifican el reconocimiento monopolístico como forma de asegurar la ordenación y la gestión del deporte.

De esta manera podríamos decir que la Unión Europea se situó, históricamente, ante la organización deportiva con una visión, igualmente, clásica y centrada en la masiva prestación de servicios por parte de las Federaciones lo que le llevó a la derogación-exención - de sus reglas generales de funcionamiento del mercado porque el efecto vertical y de proyección sobre el conjunto de ámbitos territoriales era un valor para preservar.

Pero el tiempo y, sobre todo, los datos de la realidad están demostrando que el fundamento esencial y estructural de la posición de la Unión Europea no se mantiene en sus postulados esenciales. Cuando esto ocurre la duda inmediata es ¿si se ha movido el postulado central, debe mantenerse la exención o el reconocimiento del monopolio?

Algunas dudas empiezan a plantearse en el panorama jurídico. La STJUE de 1 de julio de 2008 ha sido un claro aldabonazo de que las cosas no son como eran al principio y que algunos elementos centrales deben ser repensados. En concreto, en un momento de la STJCE señala que <<...El artículo 86 CE (RCL 1999, 1205 ter) , apartado 2, permite que los Estados miembros confieran a empresas, a las que encomiendan la gestión de servicios de interés económico general, derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas del Tratado sobre la competencia, en la medida en que, para garantizar el cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas titulares de los derechos exclusivos, sea necesario establecer restricciones a la competencia o, incluso, excluir toda competencia de otros operadores económicos (sentencia de 19 de mayo de 1993 [TJCE 1993, 71], Corbeau, C-320/91, Rec. p. I-2533, apartado 14).

Respecto de la organización y la explotación comercial de carreras motociclistas por una persona jurídica como el ELPA, el Gobierno griego no ha alegado que se le hubieran encomendado dichas actividades mediante un acto del poder público. Por tanto, no procede examinar si dichas actividades pueden constituir un servicio de interés económico general (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 1974, BRT y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs, 127/73, Rec. p. 313, apartado 20, y de 11 de abril de 1989 [TJCE 1989, 112], Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro, 66/86, Rec. p. 803, apartado 55) ...>>

Y, sobre todo, la Sentencia hay un momento en el que señala que <<...En cambio, un Estado miembro infringe las prohibiciones contenidas en esas dos disposiciones si la



empresa de que se trata, por el mero ejercicio del derecho exclusivo que se le ha conferido, explota su posición dominante de modo abusivo o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (sentencias Höfner y Elser [TJCE 1991, 180], antes citada, apartado 29; ERT y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs [TJCE 1991, 213], antes citada, apartado 37; de 10 de diciembre de 1991 [TJCE 1991, 311], Mercì convenzionali porto di Genova, C-179/90, Rec. p. I-5889, apartados 16 y 17, y de 5 de octubre de 1994 [TJCE 1994, 177] , Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, Rec. p. I-5077, apartado 18). A este respecto, no es necesario que el comportamiento abusivo se produzca realmente (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 1997 [TJCE 1997, 263], Job Centre, C-55/96, p. I-7119, apartado 36) ...>>.

A partir de esta consideración y de la vieja distinción que ya venía realizando la jurisprudencia en relación con la actividad deportiva que, materialmente, es una actividad económica el problema es evidente: se trata de determinar donde se sitúa el límite y cual es el momento en el que predomina la estructura tradicional o se impone el carácter y la condición económica.

2. La deportiva como actividad económica

2.1. Perspectiva desde la organización internacional

La consecuencia obvia de la pérdida de peso del monopolio y del crecimiento de agentes complementarios de provisión de servicios ha hecho que, hoy, podamos pensar en la organización del deporte como una actividad económica y, por tanto, como una actividad cuyas reglas han dejado de ser una derogación del régimen común para quedar muy vinculadas a la ordenación general de la economía y de la organización de los mercados.⁴

⁴ STPICE de 30 de septiembre 2004 señala que <<... Con carácter preliminar, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, habida cuenta de los objetivos de la Comunidad, la práctica del deporte sólo está regulada por el Derecho comunitario en la medida en que constituye una actividad económica en el sentido del artículo 2 del Tratado (LCEur 1986, 8) (sentencias del Tribunal de Justicia Walrave, apartado 4; de 14 de julio de 1976, Donà, 13/76, Rec. pg. 1333, en lo sucesivo, «sentencia Donà», apartado 12; Bosman [TJCE 1995, 240], apartado 73; Deliège [TJCE 2000, 78] , apartado 41, y de 13 de abril de 2000 [TJCE 2000, 85] , Lehtonen y Castors Braine, C-176/96, Rec. pg. I-2681, en lo sucesivo, «sentencia Lehtonen», apartado 32). Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha reconocido la considerable importancia social que reviste dentro de la Comunidad la actividad deportiva (sentencias Bosman, apartado 106, y Deliège, apartado 41).

38

Además, la Declaración núm. 29 sobre el deporte anexa al Acta final (LCEur 1997, 3634) de la conferencia en la que se adoptó el Tratado de Amsterdam (RCL 1999, 1205, 2084 y LCEur 1997, 3620) respalda esta jurisprudencia, al subrayar la importancia social del deporte e instar a los organismos de la Unión Europea a que presten una atención especial a las características específicas del deporte de aficionados. En particular, esta Declaración es congruente con dicha jurisprudencia en la medida en que ésta se refiere a las situaciones en las que la práctica del deporte constituye una actividad económica (sentencia Deliège [TJCE 2000, 78], apartado 42).



Se quiera aceptar o no, se diga más o menos expresamente, lo que es evidente es una parte muy notable del deporte tiene hoy un componente económico de tanta importancia – cuando menos- tan importante como la de visibilidad o relevancia social del deporte como transmisor de valores sociales especialmente acertados.

Esta posición resulta ciertamente compleja porque el histórico monopolio ha conducido a una situación evidente de posición de dominio que consiste, esencialmente, en el reconocimiento de que sólo sus competiciones tienen el carácter oficial y este carácter se proyecta sobre las reglas de admisión, participación y exclusión de las actividades que realiza la respectiva federación y que se proyectan sobre el sistema deportivo en su conjunto sobre la base de resultados y de participaciones cruzadas en las respectivas competiciones.

Este conjunto organizado y sistemático es, sin lugar a duda, una situación de dominio y de posición dominante en términos económicos y empresariales. Cuando esto ocurre nos estamos situando en el límite de la presencia en el mercado que, ciertamente, no prohíbe (porque no puede hacerlo) las situaciones de dominio de la posición en el mercado, pero si establece un límite a esta posición: el no abuso de la posición de dominio. Esto es lo que radicalmente es contrario al Ordenamiento Jurídico.

En los apartados siguientes se efectúan algunas consideraciones, de carácter más técnico, en relación el derecho de la competencia, en general, y con el concepto de abuso de posición dominante que es una de las conductas patológicas de la ordenación de los mercados.

En el momento actual este debate está planteado en términos muy claros. La organización del deporte mundial ha situado, en la cúspide, una organización que, lejos de la realización de sus actividades en el plano supraterritorial y en el marco de las selecciones nacionales- se ha convertido en una auténtica organización (una especie de microclima) con reglas propias que suponen, en algunos casos, la derogación o la preterición de las reglas comunes de ordenación y de actuación de los mercados y de los agentes que intervienen en ellos.

A modo de ejemplo nada exhaustivo podemos preguntarnos si la obligación de renuncia a la solución judicial de conflictos, la exclusión y prohibición de participación de determinados operadores de mercado (exclusión de los fondos de inversión), las reglas de retención y traspaso de deportistas, la exclusión de los agentes en función de requisitos asociativos, etc...son conductas que sino fuera en el ámbito del deporte no tendríamos duda en considerar como contrario al Derecho.

Cuando una actividad deportiva reúne las características de una actividad por cuenta ajena o de una prestación de servicios retribuida, está comprendida, más concretamente, en el ámbito de aplicación de los artículos 39 CE (RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695) y siguientes o 49 CE y siguientes, según los casos (sentencias Walrave, apartado 5; Donà, apartados 12 y 13, y Bosman [TJCE 1995, 240], apartado 73)...>>.



Ninguna organización de ningún tipo goza de una situación en la que mínimamente se le permitan conductas como las descritas y muchas otras que podrían apuntarse en el mismo esquema.

Pero, adicionalmente, y este paso puede ser decisivo desde la perspectiva de los mercados se ha apreciado una nueva vuelta en la ordenación de la actividad deportiva que consiste en determinar cual es papel de las Federaciones internacionales. Hasta hace poco esta ordenación era reglamentaria – en los términos que se ha indicado- y su actividad consistía en la organización de la asociación, al señalamiento de reglas y la ordenación de las federaciones de ámbito territorial inferior. Pero no existía confluencia de actividad porque en efecto solo realizaban la organización de competiciones para selecciones. El campeonato, los campeonatos o las competiciones inter-clubes eran realizadas por federaciones nacionales o continentales. Los ámbitos de negocio estaban separados y el regulador y el gestor de la competición eran claramente diferenciables.⁵

En este esquema la perspectiva económica y de mercado de las Federaciones Internacionales era reducida. Estaba más en la línea de la organización de un monopolio que en la de gestión real del mercado de fútbol porque, realmente, no eran organizadores de la competición deportiva y, por tanto, no asumían posición en el ámbito, por ejemplo, de las imágenes y la retransmisión deportiva ni de la publicidad ni del patrocinio, elementos, todos ellos, que inciden notablemente en lo que podríamos denominar el “mercado de las competiciones deportivas”.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, en el fútbol y en las competiciones profesionales en su conjunto, se está produciendo un hecho evidente: las

⁵ La STPICE de 30 de septiembre de 2004 ya apuntaba esta realidad al indicar lo que expresamente tenía cobertura en el monopolio. La Sentencia señalaba que: «... En cambio, las prohibiciones establecidas en dichas disposiciones del Tratado no se refieren a las normas puramente deportivas, es decir, las normas relativas a las cuestiones que afectan únicamente al deporte y, en cuanto tales, ajenas a la actividad económica (sentencia Walrave, apartado 8). En efecto, dichas normativas, en la medida en que se refieren al carácter y al marco específico de los encuentros deportivos, son inherentes a la organización y al buen funcionamiento de las competiciones deportivas y no pueden considerarse restricciones a las normas comunitarias en materia de libre circulación de trabajadores y de libre prestación de servicios. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado que constituyen normas de índole estrictamente deportiva, que, por su naturaleza, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de los artículos 39 CE (RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695) y 49 CE, las normas relativas a la composición de los equipos nacionales (sentencias Walrave, apartado 8, y Donà, apartado 14), así como las normas relativas a la selección por las federaciones deportivas de aquellos de sus afiliados que pueden participar en competiciones deportivas internacionales de alto nivel (sentencia Deliège [TJCE 2000, 78] , apartado 64). Forman parte asimismo de dichas normas las «reglas del juego» en sentido estricto, como, por ejemplo, las normas que fijan la duración de los encuentros o el número de jugadores sobre el terreno, dado que el deporte sólo puede existir y funcionar en el marco de normas determinadas. Esta restricción del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado antes citadas debe quedar limitada a su propio objeto (sentencias Walrave, apartado 9; Donà, apartado 15; Bosman [TJCE 1995, 240], apartados 76 y 127; Deliège, apartado 43, y Lehtonen [TJCE 2000, 85], apartado 34) ...».



federaciones internacionales han o están dando un salto y comienzan a organizar competiciones de clubes.

Este cambio de chick desde la gestión de competiciones de selecciones a las competiciones de clubes tiene, además, reglas evidentes en el plano común de la ordenación de las competiciones. En esencia, nos referimos a la preferencia de la competición internacional sobre la nacional, algo, que, entre nosotros, ha recibido el nombre de "ventanas", expresión que, en realidad, lo que recoge es la idea de que no pueden realizarse competiciones por instancias territoriales diferentes, pero de la misma organización cuando la superior ordena las suyas. A esto se le llama ventanas, expresión que quiere indicar la preferencia obligatoria de dejar huecos en las fechas designadas por el superior.

La idea es, pues sencilla, existe una decisión de participar en una gestión de las competiciones en el nivel de competiciones de clubes y se hace estableciendo un margen de preferencia en lo que se refiere a las fechas y otras cuestiones que obligan, en este punto, a retrotraerse al resto de organizadores para no incurrir, por la vía disciplinaria, en una infracción derivada, en esencia, de la desobediencia.

Este punto es especialmente apreciable en aquellos supuestos en los que la respectiva federación no estaba en este mercado, no organizaba ni gestionaba competiciones y, por tanto, no competía con los organizadores nacionales o continentales.

El deseo de crecer y pasar a competir en el mercado de las competiciones deportivas es el hecho central de lo que puede ser una posición dominante mal utilizada. En este estado, retransmisiones, publicidad, patrocinio y demás elementos vertebrantes del mercado de las competiciones pasan a estar en competencia porque no se trata de actividades ilimitadas y, por tanto, lo común es que la sobreexplotación de uno condicione la explotación del resto. En todo caso, todos participan en el mismo mercado con la característica de que no lo hacen en igualdad de condiciones porque uno (la estructura internacional) impone su preferencia y sus competiciones desplazan a las demás⁶. Este cambio supone un cambio de escenario. Ya no es un

⁶ Al tema se refería, tangencialmente, la STGUE de 8 de marzo de 2011 en la que se señala que <<...Es preciso observar que la Comisión indicó en ese considerando las razones por las que consideraba que las medidas del Reino Unido no vulneran el artículo 86 CE (RCL 1999, 1205 ter). Además, del mismo considerando resulta que la Comisión dio a conocer su criterio acerca del mercado de la adquisición de los derechos de retransmisión de los acontecimientos referidos, así como de los mercados de la televisión de acceso libre y de la televisión de pago. Debe puntualizarse además que la Decisión impugnada (LCEur 2007, 1883) no tiene como objeto examinar la legalidad del comportamiento de las empresas en relación con los artículos 81 CE y 82 CE, y adoptar en su caso medidas basadas en el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 (LCEur 2003, 1), relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1), sino apreciar la compatibilidad de las medidas estatales con el artículo 86 CE. Se cumple en ese contexto la obligación de motivación a cargo de la Comisión en virtud del artículo 253 CE cuando ésta expone de forma inequívoca las razones por las que considera que la legislación nacional no da lugar a una restricción de la competencia incompatible con las reglas pertinentes del Tratado en relación con las empresas a las que se conceden derechos especiales o exclusivos...>>.



regulador más o menos discutible en sus determinaciones que acaban por condicionar un monopolio de facto, sino que ahora, además, de esto se produce la presencia en el mismo mercado con competiciones interconectadas y concurrentes en su interés y esquema financiero con las que se realizan en otros ámbitos. Y esto se hace, como indicábamos, desde una posición de superioridad o de preferencia sobre el conjunto de mercados territorialmente inferiores.

De nuevo hay que recordar lo que dijo la STJCE en la sentencia de 1 de julio de 2008 en relación con este doble papel de regulador y gestor. Específicamente indicó que <<...En efecto, un sistema de competencia no falseada, como el previsto por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos. Encomendar a una persona jurídica como el ELPA, que organiza y explota comercialmente ella misma competiciones de motocicletas, la tarea de emitir para la administración competente un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas a fin de organizar tales competiciones, equivale de facto a conferirle la potestad de designar las personas autorizadas a organizar dichas competiciones, y a fijar las condiciones en las que estas últimas se organizan, y a conceder de este modo a dicha entidad una ventaja evidente sobre sus competidores (véanse, por analogía, las sentencias de 19 de marzo de 1991 [TJCE 1991, 156] , Francia/Comisión, C-202/88, Rec. p. I-1223, apartado 51, y de 13 de diciembre de 1991 [TJCE 1991, 318] , GB-Inno-BM, C-18/88, Rec. p. I-5941, apartado 25). Por tanto, dicho derecho puede llevar a la empresa que lo ostenta a impedir el acceso de los demás operadores al mercado afectado. Esta situación de desigualdad de condiciones de competencia se ve, además, subrayada por el hecho, confirmado en la vista ante el Tribunal de Justicia, de que cuando el ELPA organiza o participa en la organización de competiciones de motocicletas, no está obligado a recabar ningún dictamen conforme para que la administración competente le conceda la autorización requerida...>>.

Y la propia STJCE cuando señala que <<...Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden, procede responder a las cuestiones planteadas que una persona jurídica cuyas actividades consisten no sólo en participar en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas, sino también en organizar ella misma tales competiciones y en celebrar en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 82 CE (RCL 1999, 1205 ter) y 86 CE. Estos artículos se oponen a una normativa nacional que confiere a una persona jurídica, que organiza competiciones de motocicletas y celebra en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, la facultad de emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar dichas competiciones, sin que dicha potestad esté sometida a límites, obligaciones y control...>>.



Esto nos permite indicar que la reflexión sobre la compatibilidad de estatus estaba ya hecha en el propio ámbito del deporte y los términos en los que se ha realizado la resolución por el Tribunal de Justicia permiten dudar de que el esquema de regulador- prestador de servicios en el mismo mercado que se regula sea una actividad lícita en términos de competencia porque, finalmente, se trata de una situación de dominio que acaba en el abuso de la posición de tal que es lo que, finalmente, está controlado y proscrito por las normas del derecho de la competencia.

2.2. La proyección sobre otros ámbitos: las competiciones continentales y nacionales.

En este marco podemos aún establecer una reflexión, en gran medida, diferenciada entre las competiciones continentales y las nacionales.

A) La organización continental de competiciones deportivas de clubes

Este problema tiene otras aristas diferenciadas de lo que acabamos de indicar. La primera y principal el que, especialmente, las competiciones continentales han sido siempre competiciones entre clubes, esto es, parte de la tarta general de competiciones deportivas y lo ha sido bajo dos vinculaciones evidentes: la preferencia y la convivencia.

De alguna forma se ha indicado siempre que estas competiciones, organizadas continentalmente, no colisionan con la competición nacional porque solo participan algunas entidades deportivas sino porque, además, se ha establecido en términos tradicionales que conforman un estatus quo de convivencia que, en esencia, podríamos resumir en la idea de que las continentales se realizan entre semana y las nacionales en el fin de semana. Es cierto que esta convivencia es, cada vez, menos pacífica y organizada por la extensión del concepto fin de semana y entre semana de forma que, en algunos deportes, ya es difícil saber quién es el organizador real de la competición en cuestión.

El problema teórico importante es si estas organizaciones continentales tienen un derecho ilimitado de crecimiento y, por tanto, pueden utilizar su posición jerárquica en lo asociativo para propiciar un crecimiento ilimitado y, sobre todo, un crecimiento que afecte o condicione el normal desarrollo de la competición establecida en otros ámbitos territoriales inferiores y, específicamente, las nacionales. Este es, en gran medida, uno de los proyectos estrella que se anuncia en estudio en el ámbito del fútbol, que ya ocurre – con peculiaridad propia- en el ámbito del baloncesto y que, ciertamente, es plenamente percibible en el ámbito del balonmano. La idea es única y común: una reformulación de la propia competición que obliga a retroceder o a cambiar las condiciones de realización nacional. Por tanto, es la capacidad de



ordenación de su monopolio el que condiciona el de los demás por la vía de la integración de unos en otros y, finalmente, por la vía jerárquica.

Teniendo en cuenta que se trata de mercados interconectados y cuyos elementos basales son los mismos e, incluso, excluyentes según la forma en la que se ordene el producto la duda que planteábamos es esencial ¿cabe cualquier forma de ampliación de las competiciones continentales? ¿Puede producirse y, en esencia, ordenarse una competición que afecte al estatus quo de las competiciones nacionales? Los conflictos que se planteen se resolverán en términos de competencia limpia o de preferencia jerárquica y si es esta última técnica la que predomina la pregunta subsiguiente es, igualmente, obvia: es abuso de posición dominante.

B) Competiciones nacionales

Dando un paso más podemos indicar que el modelo de organización nacional de las competiciones deportivas no es homogéneo. De hecho, podríamos indicar que existe dos modelos: uno, que sean las propias federaciones deportivas las que organicen la competición nacional; y, dos, que introduzcan en la gestión un ente de naturaleza diversa según los respectivos países y que, tradicionalmente, se ha venido identificando con la expresión ligas profesionales.

Se trata de asociaciones de configuración legal o no que tienen como esencia la gestión y comercialización de una o varias competiciones deportivas. Los términos en los que se produce la comercialización no son, tampoco, homogéneos porque en unos casos vienen predeterminadas por el Ordenamiento Jurídico y, en otros, son fruto de acuerdos o convenios más o menos explícitos y detallados.

Según los términos de la legislación o del acuerdo el desarrollo y la comercialización abarca una o varias competiciones. Cuando la ordenación se produce en forma no competitiva y unos organizan un tipo de competición y, otros, otra caracterizada, por ejemplo, por su condición no profesional o de menor entidad la convivencia es ordenada y puede ser, incluso, pacífica. Pero cuando el criterio no es tan nítido y se produce una competición real en un mismo mercado para el desarrollo de dos competiciones se reproduce el efecto al que nos hemos referido anteriormente, esto es, que uno de ellos (fundamentalmente en el ámbito federativo) confluyen los roles de regulador y de organizador-explotador de una competición que entra en colisión potencial con el otro operador de competiciones deportivas o con los terceros que puedan aparecer y a los que niega el acceso a la actividad.

Es aquí, de nuevo, en la ordenación de su gestión en términos de preferencia y en la capacidad de exclusión de los operadores de mercado para la misma actividad donde realmente comienzan a surgir dudas. La síntesis sería la de indicar si es posible ser, simultáneamente, regulador y operador del mercado y valerse de la primera condición para establecer condiciones que afectan al mercado, al acceso de operadores, al mantenimiento de los que están, a las condiciones generales de



desarrollo de la actividad. Esta es la cuestión que está planteada y que es, especialmente, perceptible desde el momento en que se ha roto el elemento central del mantenimiento del monopolio organizativo porque este monopolio no asegura la organización y proyección de la actividad deportiva en el conjunto de territorios porque, como se ha dicho, esta actividad está, hoy, en manos de operadores diferentes que no están integrados en el denominado movimiento deportivo sino que son ajenos a él pero asumen la gestión esencial de la práctica deportiva.

Esta idea que es clave para entender la evolución trae como consecuencia que el movimiento asociativo internacional sea, esencialmente, un movimiento asociativo, esto es, una organización voluntaria en la que se integra un tipo de actividad deportiva y que, cuando afecta al mercado y a la comercialización de actividades, es una organización sometida a las reglas de la actividad económica.

Si fuéramos capaces de prescindir de la relevancia social o de la vistosidad de las competiciones deportivas que a veces no nos dejan ver el bosque llegaríamos a la conclusión de detrás de este esquema lo que hay es una actividad económica realizada en condiciones ciertamente especiales y cuya especialidad no es claro que se mantenga hoy en los términos en que se concibió.

Es cierto que dar el paso a la actividad económica nos parece, en gran medida, grosero y lejanos a los valores que representa el deporte, pero es difícil entender muchas competiciones deportivas especialmente profesionalizadas

3. La perspectiva desde la interpretación jurisprudencial en el ámbito del Derecho de la competencia europeo.⁷

La consideración del Ordenamiento europeo como un esquema de ordenación de las reglas económicas de funcionamiento de la organización propició un marco específico y especialmente avanzado en relación con la aplicación del Derecho de la competencia.⁸

La doctrina general sobre la aplicación de las reglas de la competencia puede extraerse desde la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia del que resulta un buen ejemplo la STJUE de 19 de enero de 2017 en la que se señala que «...En estas circunstancias, la NRA realiza su actividad de puesta a disposición de infraestructuras viarias a cambio del pago de un peaje en el marco de un régimen jurídico que le es propio. Por consiguiente, tal como señaló el propio órgano

⁷ Signes de Mesa. J. I y Torres Fernández. I y Fuentes Naharro. Derecho de la competencia. Navarra 2013; Palacios Lleras. A. El derecho de la competencia: derecho de la competencia ¿derecho privado, Derecho público, regulación o derecho económico? Revista Digital de Derecho Administrativo. Julio. 2013. Núm. 9.

Ortiz Blanco. L Cohen. S Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación. Madrid. 1999; Beneyto Pérez. J. M. y Maillo González Orús- Tratado de la competencia. Barcelona. 2005,

⁸ Baño León. J.M. La evolución del derecho de la competencia y su irradiación en el derecho público. Revista de Administración Pública. Núm. 200. Madrid. 2016



jurisdiccional remitente, no puede considerarse que esa actividad se efectúe en competencia con la llevada a cabo por los operadores privados consistente en percibir peajes en otras vías de peaje con arreglo a un acuerdo con la NRA en virtud de disposiciones legislativas nacionales. Además, según la jurisprudencia mencionada en el apartado 42 de la presente sentencia, tampoco existe una competencia potencial, ya que la posibilidad de que los operadores privados realicen la actividad de que se trata en las mismas condiciones que la NRA es puramente teórica. Por lo tanto, el artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva sobre el IVA (LCEur 2006, 3252 y LCEur 2007, 2230) no es aplicable a una situación en la que, como sucede en el litigio principal, no existe competencia real, actual o potencial, entre el organismo de Derecho público de que se trate y los operadores privados...>>.⁹

La esencia de las reglas de la competencia es, precisamente, el aseguramiento del mercado y de la libre conformación de este.¹⁰ Precisamente en esta conformación se van analizando alguno de los elementos distorsionantes, potencialmente, del marco general. Uno de estos potenciales elementos diferenciadores es el tratamiento que los Estados dan a sus empresas públicas que, en el plano lógico, pueden constituir un elemento central en el mencionado proceso de distorsión. En este sentido, la STJUE de 3 de marzo de 2011 en la que se señala que <<...Con carácter preliminar, procede subrayar que, si bien la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se limita a solicitar al Tribunal de Justicia que interprete, a la vista de circunstancias como las que concurren en el asunto principal, los artículos 81 CE y 82 CE, que se corresponden actualmente con los artículos 101 TFUE (RCL 2009, 2300) y 102 TFUE, que se refieren al comportamiento de las empresas, de la resolución de remisión resulta que dicho órgano jurisdiccional pregunta, en esencia, si es compatible con el Derecho de la Unión la decisión de los poderes públicos de hacer obligatorio, a petición de las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un sector de actividad determinado, un acuerdo resultante de negociaciones colectivas que establece la afiliación obligatoria a un régimen de reembolso complementario de gastos de asistencia sanitaria gestionado por un organismo designado, sin posibilidad de exención...>>

De una forma más taxativa se señala que <<...Pues bien, debe recordarse que el artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300) , en relación con el artículo 4 TUE, apartado 3 (RCL 2009, 2299 y RCL 2010, 362) , obliga a los Estados miembros a no adoptar o

⁹ Ortiz Blanco. L; Maillo González-Orús. J; Ibáñez Colomo. P; Lamadrid de Pablo. A

Manual de Derecho de la competencia. Revista de Derecho Comunitario Europeo. 2010. Núm. 35.

¹⁰ Posado de San Antonio. M. Los presupuestos económicos del derecho de la competencia. Madrid. 1999. Ortiz Blanco. L. Manual de Derecho de la competencia. Madrid. 2008. Pérez Bustamante. R. Fundamentos históricos y jurídicos del derecho de la competencia en la Unión Europea y en España: introducción general. Madrid. 1999. Berengen Giménez. L. El derecho de la competencia en un marco de crisis global. Revista de Sociales y Jurídicas. 2010. Núm. 6.



mantener en vigor medidas, de naturaleza legislativa o reglamentaria, que puedan eliminar el efecto útil de las normas de la competencia aplicables a las empresas (véanse, en particular, las sentencias Albany [TJCE 1999, 202], antes citada, apartado 65; de 21 de septiembre de 1999 [TJCE 1999, 206] , Brentjens', C-115/97 a C-117/97, Rec. p. I-6025, apartado 65, y Drijvende Bokken [TJCE 1999, 208] , C-219/97, Rec. p. I-6121, apartado 55).

Asimismo, a tenor del artículo 106 TFUE, apartado 1, al que correspondía anteriormente el artículo 86 CE (RCL 1999, 1205 ter) , apartado 1, los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 TFUE (RCL 2009, 2300) y 101 TFUE a 109 TFUE ambos inclusive, sin perjuicio del artículo 106 TFUE, apartado 2...>>.

En orden a la adecuada conceptualización se señala que <<...Por ello, para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, procede considerar que la cuestión planteada por éste tiene por objeto la interpretación de los artículos 101 TFUE (RCL 2009, 2300) y 102 TFUE, en relación con, respectivamente, los artículos 4 TUE, apartado 3, y 106 TFUE.

En la misma sentencia se define el acuerdo entre particulares en la siguiente forma: <<...En segundo lugar, de reiterada jurisprudencia resulta que, si bien, considerado en sí mismo, el artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300) se refiere únicamente al comportamiento de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros, considerado en relación con el artículo 4 TUE (RCL 2009, 2299 y RCL 2010, 362) , apartado 3, obliga a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, de naturaleza legislativa o reglamentaria, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Así sucede cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 101 TFUE o bien refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de junio de 1998 [TJCE 1998, 148] , Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartados 53 y 54; Corsica Ferries France [TJCE 1998, 151] , C-266/96, Rec. p. I-3949, apartados 35, 36 y 49, así como Albany [TJCE 1999, 202] , antes citada, apartado 65)..>>.

Pero, quizá de la doctrina de esta STJUE lo que realmente resulta más claro es la delimitación que se hace de la posición de dominio y, eventualmente, del abuso de esta.

En este sentido, se señala que <<...No es la posición dominante, es el abuso. No obstante, es jurisprudencia reiterada que, el mero hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos, en el sentido del artículo



106 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, no es, como tal, incompatible con el artículo 102 TFUE. Un Estado miembro sólo infringe las prohibiciones establecidas por esas dos disposiciones cuando la empresa de que se trata sea inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (véanse las sentencias antes citadas, Höfner y Elser [TJCE 1991, 180] , apartado 29; Albany [TJCE 1999, 202] , apartado 93; Brentjens' [TJCE 1999, 206] , apartado 93, así como Drijvende Bokken [TJCE 1999, 208] , apartado 83)...>>

Es cierto que esta doctrina se viene situando en la posición que el tribunal de Justicia analiza en relación con la posición de dominio. Específicamente, se refiere a ella la STJCE de 29 de abril de 2004 en la que se señala que:

<<...No obstante, como resulta de esta misma jurisprudencia, el ejercicio del derecho exclusivo por el titular puede dar lugar, en circunstancias excepcionales, a un comportamiento abusivo (sentencias Volvo [TJCE 1989, 60], apartado 9, y Magill [TJCE 1995, 42], apartado 50, antes citadas).

El Tribunal de Justicia consideró que se daban tales circunstancias en el asunto que dio lugar a la sentencia Magill (TJCE 1995, 42), antes citada, en el que el comportamiento reprochado a unas cadenas de televisión en posición dominante consistía en ampararse en el derecho de autor conferido por la legislación nacional sobre las listas de sus programas para impedir que otra empresa publicara semanalmente, con algunos comentarios, informaciones relativas a esos programas.

Según el resumen de la sentencia Magill (TJCE 1995, 42) , antes citada, que hace el Tribunal de Justicia en el apartado 40 de la sentencia Bronner (TJCE 1998, 296) , antes citada, constituían dichas circunstancias excepcionales el hecho de que la negativa controvertida afectaba a un producto (información acerca de los programas semanales de algunas cadenas de televisión) cuya entrega resultaba indispensable para el ejercicio de la actividad en cuestión (edición de una guía general de televisión), ya que, sin la citada entrega, la persona que deseara ofrecer tal guía se hallaba en la imposibilidad de editarla y de ofrecerla en el mercado (sentencia Magill, antes citada, apartado 53), que la citada negativa obstaculizaba la aparición de un producto nuevo para el cual había una demanda potencial por parte de los consumidores (apartado 54), que no estaba justificada por consideraciones objetivas (apartado 55) y que podía excluir cualquier competencia en el mercado derivado (apartado 56)...>>.

Consideraciones de un tenor similar se contienen en la STJUE de 19 abril de 2018 en la que se afirma que: <<...Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la prohibición específica de la discriminación contemplada en el artículo 102, párrafo segundo, letra c), tiene como finalidad garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior. La práctica comercial de la empresa en posición dominante no



debe falsear la competencia en un mercado de una etapa anterior o posterior, es decir, la competencia entre proveedores o entre clientes de dicha empresa. En su competencia entre sí, las otras partes contratantes de la empresa en posición dominante no deben gozar de preferencias ni tampoco sufrir desventajas (sentencia de 15 de marzo de 2007 (TJCE 2007, 62), British Airways/Comisión, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 143). Así, no es necesario que el comportamiento abusivo produzca efectos en la posición competitiva de la propia empresa dominante, en el mercado en el que esta opera o respecto de sus eventuales competidores.

Para que se cumplan los requisitos de aplicación del artículo 102 TFUE (RCL 2009, 2300) , párrafo segundo, letra c), es preciso comprobar que el comportamiento de la empresa en posición dominante en un mercado no solo es discriminatorio, sino que también pretende falsear la relación de competencia, es decir, obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de esta empresa frente al resto (sentencia de 15 de marzo de 2007 (TJCE 2007, 62) , British Airways/Comisión, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 144 y jurisprudencia citada)...>>.

Situados en este plano podríamos indicar que la esencia de la normativa europea de competencia es la de preservar la utilización de la posición de dominio en términos que pueda resultar abusiva. Es abusiva aquella actuación que, por sus condiciones, por la forma en la que se desenvuelve o por sus propios efectos, puede llegar a condicionar las reglas comunes del mercado sobre el que opera.

En este punto y a modo de primera reflexión podemos indicar que las consideraciones sobre la posición ordinal del derecho de la competencia que se exponen parten de la consideración inicial de la posición de las organizaciones deportivas en la ordenación de la actividad deportiva. Es este el punto de transformación y el punto de dificultad en el análisis conforme a esquemas pretéritos.

Las reflexiones que se contienen y que se sitúan en el plano puramente proyectivo y de futuro. Tratan de señalar o de preguntarse si el futuro tiene los mismos mimbres organizativos y resolutivos que el presente o que el pasado o si la profunda transformación de la actividad deportiva sitúa a esta más cerca de la actividad económica y de las reglas convencionales del mercado que de una actividad, como en el pretérito, fundada en el monopolio y organizada en esta clave sobre la base de la proyección piramidal de la actividad y de su proyección sobre las actividades de interés general.

El futuro está por definir, pero la investigación sobre los efectos de la transformación es lo que nos corresponde en este momento.

4. Bibliografía



- Baño León. J.M. La evolución del derecho de la competencia y su irradiación en el derecho público. *Revista de Administración Pública*. Núm. 200. Madrid. 2016
- Ortiz Blanco. L Cohen. S Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación. Madrid. 1999;
- Beneyto Pérez. J. M. y Maillo González Orús- Tratado de la competencia. Barcelona. 2005,
- Ortiz Blanco. L; Maillo González-Orús. J; Ibáñez Colomo. P; Lamadrid de Pablo. A Manual de Derecho de la competencia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2010. Núm. 35.
- Ortiz Blanco. L. Manual de Derecho de la competencia. Madrid. 2008.
- Palacios Lleras. A. El derecho de la competencia: derecho de la competencia ¿derecho privado, Derecho público, regulación o derecho económico? *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Julio. 2013. Núm. 9.
- Pérez Bustamante. R. Fundamentos históricos y jurídicos del derecho de la competencia en la Unión Europea y en España: introducción general. Madrid. 1999.
- Berengen Giménez. L. El derecho de la competencia en un marco de crisis global. *Revista de Sociales y Jurídicas*. 2010. Núm. 6.
- Posado de San Antonio. M. Los presupuestos económicos del derecho de la competencia. Madrid. 1999.
- Signes de Mesa. J. I y Torres Fernández. I y Fuentes Naharro. Derecho de la competencia. Navarra 2013;

RECURSOS ELECTRÓNICOS

Rivera Ferreyros, G. Introducción al Derecho de la competencia desde la perspectiva del fútbol.

Acceso abierto.

https://bibliotecas.uc3m.es/primo-explore/fulldisplay?docid=TN_pucp_revistasarticle%2F18583&context=PC&vid=34UC3M_VU1&lang=es_ES&search_scope=TAB1_SCOPE1&adaptor=primo_central_multiple_fe&tab=tab1&query=any,contains,derecho%20de%20la%20competencia&offset=0.



Conseguenze economiche della pandemia da Covid-19: necessità di misure coordinate a livello europeo e di un più incisivo ruolo dei poteri pubblici rispetto ai mercati

di Gabriella Mazzei

(Professore associato di Diritto privato comparato nella Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza)

Sommario

1. Le conseguenze economiche della pandemia da Covid-19 e la necessità di misure di contenimento coordinate a livello europeo nel rispetto degli obiettivi di coesione economica e sociale e di solidarietà tra gli Stati membri. - 2. Le difficoltà nel fronteggiare l'emergenza sanitaria dovute alla carenza e all'aumento dei prezzi di dispositivi di protezione individuale e di farmaci essenziali e la necessità di un più incisivo ruolo dei poteri pubblici rispetto ai mercati. - 3. Il contributo dell'antitrust nel garantire la disponibilità e l'accessibilità di beni essenziali all'esercizio di diritti fondamentali come il diritto alla salute e nel contrastare le disuguaglianze.

Abstract

The risk of a severe crisis in the real economy has become quite substantial, due to the economic consequences of the Covid-19 pandemic. Like all major crises, this crisis might help us achieve significant progress, as long as we do our very best and adopt the right solutions.

State intervention is essential, but effective action requires coordinated containment measures at European level. In so doing, member states would comply with the objectives of economic and social cohesion and solidarity between them, which are at the basis of the European Union. An increased European integration is needed more than ever and is the only possible response to this crisis.

The enormous difficulties in fighting this public health emergency were also due to the shortage as well as the rising cost of personal protective equipment (PPE) and of some essential medicines. Such difficulties are also a precious opportunity for a review of the role of public authorities with regard to markets as well as their long-term objectives.

Public authorities should do more than correcting market failures once they appear and become clear, but should also take action to drive markets, production and innovation to deal with matters of public interest, such as the protection of health.

Antitrust law can play a key role in helping protect goods and services, which are essential to the exercise of fundamental rights, such as the right to health. Antitrust law can also help combat inequality, which is even more unacceptable during times of crisis.



1. *Le conseguenze economiche della pandemia da Covid-19 e la necessità di misure di contenimento coordinate a livello europeo nel rispetto degli obiettivi di coesione economica e sociale e di solidarietà tra gli Stati membri*

L'eccezionalità e la drammaticità degli eventi che hanno colpito il nostro Paese, l'Europa e il resto del mondo sono del tutto evidenti.

Anche sul piano economico gli effetti dell'impatto della pandemia da Covid-19 sono devastanti: la necessaria interruzione delle attività in quasi tutti i settori produttivi ha già determinato e continuerà a determinare enormi conseguenze in termini di perdita di reddito, di posti di lavoro, quindi di mezzi di sostentamento¹.

Uno shock sul lato della domanda e sul lato dell'offerta che ha avviato una fase di recessione economica rendendo effettivo il rischio di una grave crisi dell'economia reale di estensione globale.

Come tutte le gravi crisi, anche questa cambierà - sta già cambiando - il nostro modo di pensare, di vivere, di lavorare, di produrre; come tutte le gravi crisi potrebbe determinare importanti progressi, a condizione che nell'affrontarla si faccia emergere il meglio di noi e si adottino le giuste soluzioni.

L'intervento degli Stati è indispensabile e gli Stati stanno intervenendo adottando misure di contenimento degli effetti dell'impatto dell'emergenza epidemiologica sull'economia, volte a sostenere l'occupazione e la capacità produttiva, a proteggere la base fiscale², accantonando - opportunamente, in questa fase emergenziale - il problema dell'incremento del debito pubblico³.

* Professore associato di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Roma UnitelmaSapienza - gabriella.mazzei@unitelmasapienza.it. Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blinde peer review*.

¹ Secondo una stima preliminare effettuata dall'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), l'impatto della pandemia da Covid-19 sul lavoro potrebbe determinare un incremento della disoccupazione nel mondo tra 5,3 milioni (scenario a basso impatto) e 24,7 milioni (scenario ad impatto medio-alto) che si sommerebbe ai 188 milioni di disoccupati del 2019. In confronto, la crisi finanziaria globale del 2008 aveva portato all'incremento della disoccupazione globale di 22 milioni. Vedi la nota dell'Organizzazione internazionale del lavoro *Covid-19 and the world of work: Impacts and responses*, consultabile su www.ilo.org.

² Per quanto riguarda le misure urgenti finora adottate dallo Stato italiano per fronteggiare l'emergenza economica, vedi: il decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9, Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, in GU serie generale n. 53 del 2 marzo 2020; il decreto-legge 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 (c.d. "Cura Italia"), in GU serie generale n. 70 del 17 marzo 2020; il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali, in GU serie generale n. 94 dell'8 aprile 2020.

³ Cfr., in tal senso, M. DRAGHI nell'editoriale di *Financial Times* del 25 marzo 2020 *Mario Draghi: We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, consultabile su www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b: «La sfida che ci si pone davanti è come intervenire con la necessaria forza e rapidità per impedire che la recessione si trasformi in una depressione duratura [...]. È ormai chiaro che la nostra reazione dovrà far



Ma per un'azione incisiva ed efficace degli Stati e per evitare che gli effetti economici dell'emergenza epidemiologica si diffondano pandemicamente (data l'interdipendenza tra i mercati) sono necessarie misure di contenimento su più vasta scala, coordinate quanto meno a livello europeo, se non globale.

Occorre una risposta comune dell'Unione europea. Gli Stati possono far bene solo se l'Unione europea fa bene. E ciò vale per tutti gli Stati membri, anche per quelli che possono vantare una solida situazione economica e finanziaria.

Oggi, in Europa, si respira un clima di diffuso malcontento e forti tensioni politiche. Come già avvenuto in passato nell'affrontare la grave crisi economico-finanziaria del 2008 che, innescatasi negli Stati Uniti, si è rapidamente estesa scuotendo le economie di tutti i Paesi di area occidentale, anche questa volta, difficoltà e ostacoli derivano da una crescita dell'economia reale non omogenea nei vari Stati membri con l'aggiunta, in alcuni Paesi come l'Italia, di un forte indebitamento del settore pubblico, nonché dalla mancanza di una sufficiente coesione politica tra gli Stati membri cosiddetti "virtuosi" e "rigoristi" del Nord e quelli del Sud che stentano a risanare la propria situazione economica e finanziaria.

Da qui i contrasti politici come quello a cui stiamo assistendo sull'opportunità di emettere i cosiddetti Eurobond, ossia titoli di debito garantiti congiuntamente da tutti i Paesi dell'Eurozona come meccanismo solidale di distribuzione del debito pubblico a livello europeo. Come già in passato, anche oggi, tale meccanismo è sgradito agli Stati membri "virtuosi" e "rigoristi", che ne temono le conseguenze in termini di politiche poco responsabili da parte degli altri Stati.

Non mancano, tuttavia, alcuni segnali positivi della volontà di costruire una risposta comune dell'Unione europea alla grave situazione di recessione economica indotta dalla pandemia in corso.

Si è concluso solo pochi giorni fa, il 10 aprile, il lungo e sofferto negoziato nell'ambito dell'Eurogruppo⁴ tra i ministri delle Finanze dei paesi dell'Eurozona, con cui è stato faticosamente raggiunto un accordo su un insieme di misure urgenti di sostegno all'occupazione, alle imprese e agli Stati, basato su tre strumenti finanziari e

leva su un aumento significativo del debito pubblico. [...] Livelli molto più alti di debito pubblico diventeranno una caratteristica permanente delle nostre economie e dovranno essere accompagnati dalla cancellazione del debito privato. Il giusto ruolo dello Stato sta nel mettere in campo il suo bilancio per proteggere i cittadini e l'economia [...]. L'unica strada efficace per raggiungere ogni piega dell'economia è quella di mobilitare completamente interi sistemi finanziari: mercati obbligazionari [...] sistemi bancari [...] immediatamente, evitando ritardi burocratici».

⁴ Come noto, l'Eurogruppo riunisce a titolo informale i ministri delle Finanze dei diciannove paesi dell'Eurozona per discutere su questioni comuni di politica economica al fine di «favorire le condizioni di una maggiore crescita economica nell'Unione europea e, a tale scopo, di sviluppare un coordinamento sempre più stretto delle politiche economiche della zona euro». Vedi l'art. 137 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in GU C 202, del 7 giugno 2016, e il Protocollo (n. 14) sull'Eurogruppo, in GU C 202, del 7 giugno 2016.



sull'impegno di aggiungerne un quarto: un uso flessibile del Meccanismo europeo di stabilità (MES), con l'attivazione di una nuova linea di credito senza alcuna condizionalità per gli Stati che vorranno avvalersene, che potrà raggiungere il 2% del Pil del Paese debitore e che sarà finalizzata a sostenere le spese nazionali sanitarie, dirette e indirette, per cura e prevenzione, fino alla fine dell'emergenza sanitaria; il programma SURE (*State Supported Short Time Work*), per il finanziamento di strumenti di sostegno all'occupazione, quali la cassa integrazione e strumenti simili; il programma di sostegno alle piccole e medie imprese da parte della Banca europea per gli investimenti. Si è assunto, infine, l'impegno ad istituire un Fondo per la ripresa economica, proposto dalla Francia, che potrebbe essere del valore di 500 miliardi di euro e finanziato con «strumenti finanziari innovativi», possibilmente titoli comuni.

L'accordo raggiunto in seno all'Eurogruppo non è che un primo passo di un lungo negoziato che continuerà anche dopo la decisione che sarà adottata dal Consiglio europeo⁵.

A questo insieme di misure, che ha evitato un primo rischio di collasso politico nell'ambito dell'Unione europea, occorre aggiungere la decisione della Banca centrale europea di istituire un nuovo programma temporaneo di acquisto di titoli pubblici e privati, il *Pandemic emergency purchase programme* (PEPP), quale programma di acquisto distinto, con una dotazione complessiva di 750 miliardi di euro, per contrastare i gravi rischi per la politica monetaria e il futuro dell'area dell'euro derivanti dalla pandemia da Covid-19. Gli acquisti saranno condotti fino alla fine del 2020 e includeranno tutte le categorie di attività ammissibili nell'ambito del programma di acquisto di attività (APP) esistente⁶.

Da segnalare anche le azioni della Commissione europea⁷ volte, tra l'altro, all'utilizzo di un'ampia flessibilità nell'ambito del Patto di stabilità e crescita, in virtù dell'attivazione della «clausola di salvaguardia generale» presente nel Patto di

⁵ Come noto, il Consiglio europeo, composto dai capi di Stato o di governo di tutti i paesi dell'Unione europea, dal presidente del Consiglio europeo e dal presidente della Commissione europea, rappresenta il livello più elevato di cooperazione politica tra i paesi dell'Unione europea e svolge funzioni di organo di indirizzo politico, definendone «gli orientamenti politici e le priorità politiche generali». Vedi l'art. 15 del Trattato sull'Unione europea, in GU C 202 del 7 giugno 2016.

⁶ Vedi la Decisione (UE) 2020/440 della BCE, del 24 marzo 2020, su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17), in GU L 91 del 25 marzo 2020. Significativa anche la raccomandazione della BCE rivolta alle banche di non distribuire i dividendi durante la pandemia da Covid-19, nonché di adottare un approccio prudente e lungimirante nello stabilire politiche di remunerazione, a cui ha fatto seguito l'analoga raccomandazione della Banca d'Italia rivolta alle banche non significative: Raccomandazione della BCE del 27 marzo 2020 sulla distribuzione di dividendi nel corso della pandemia di Covid-19 e che abroga la raccomandazione BCE/2020/1 (BCE/2020/19), in GU C 63 del 30 marzo 2020.

⁷ Vedi la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo. Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19, del 13 marzo 2020, COM(2020) 112 final.



stabilità, che consente agli Stati membri di discostarsi dall'osservanza degli obiettivi di bilancio assunti. Ne deriva che le spese affrontate per far fronte all'emergenza sanitaria ed economica «dovranno essere considerate interventi *one off*, vale a dire di carattere straordinario e, dunque, da non conteggiare ai fini del calcolo del deficit strutturale»⁸. La Commissione ha, inoltre, adottato il quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato a sostegno dell'economia nel contesto dell'epidemia di Covid-19⁹ per consentire agli Stati membri di avvalersi pienamente della flessibilità prevista dalle norme sugli aiuti di Stato al fine di sostenere l'economia in questo difficile momento¹⁰.

C'è da augurarsi che la grave emergenza dovuta alla pandemia offra all'Unione europea una preziosa occasione per riuscire a superare i limiti di metodologie di intervento correlate all'eccezionale gravità del momento e incentrate su difficili compromessi inevitabilmente condizionati da valutazioni individualistiche degli Stati membri, per volgere verso la definizione di strumenti di intervento di medio e lungo periodo, idonei ad introdurre una logica di coesione e di solidarietà nelle relazioni fra gli Stati membri, senza escludere a tal fine la possibilità di una revisione dei Trattati.

È sempre utile non dimenticare le esperienze già vissute in passato ed in particolare, in questo caso, quella relativa alla recente e grave crisi dei mercati finanziari.

Anche allora - pur con le dovute differenze - l'Europa si è trovata di fronte a difficoltà e ostacoli dovuti alle differenze economiche e alle distanze politiche tra gli Stati membri. Tuttavia, tra le varie misure adottate, constatata l'inadeguatezza di un sistema di vigilanza finanziaria costruito su base nazionale¹¹, si è giunti ad un sistema

⁸ Vedi la Comunicazione della Commissione al Consiglio sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita, del 20 marzo 2020, COM(2020) 123 final.

⁹ Vedi la Comunicazione della Commissione "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19" del 19 marzo 2020, (2020/C 91 I/01); Comunicazione della Commissione "Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19" del 3 aprile 2020, C(2020) 2215 final.

¹⁰ Vedi l'art. 107, paragrafo 3, lettera b), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in GU C 202 del 7 giugno 2016.

¹¹ Cfr., M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 73, Roma, 2013, p. 8 ss.; R. D'AMBROSIO, *Le Autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione*, in V. SANTORO, E. TONELLI (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, Milano, 2012, I, p. 23 ss.; C. BRESCIA MORRA, *Le carenze della regolamentazione*, in E. BARUCCI, M. MESSORI (a cura di), *Oltre lo shock. Quale stabilità per i mercati finanziari*, Milano, 2009, p. 27 ss.; F. CANNATA, M. QUAGLIARIELLO, *The Impact of Basel 2 on the Financial Crisis: Guilty or not Guilty?*, in *Bancaria*, 2009, n. 1, p. 38 ss.; R. MASERA, *Reforming financial systems after the crisis: a comparison of EU and USA*, in *PSL Quarterly Review*, 2010, vol. 63, n. 255, p. 299 ss.; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 45 ss.; F. CIRAIOLO, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari. Dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2, 2011, p. 415 ss.; M. PELLEGRINI, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo: funzioni e limiti della supervisione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1/2012, p. 54 ss.; G. MONTEDORO, *Poteri di intervento delle autorità*



di vigilanza europeo pienamente integrato con l'istituzione dell'Unione bancaria europea¹².

È stata, dunque, rafforzata la scelta federalista, si è scelto di andare oltre l'obiettivo di un mercato unico per volgere al più ambizioso obiettivo di una piena ed effettiva integrazione europea.

Ancora oggi, come allora, l'unica risposta possibile alla recessione economica dovuta alla emergenza epidemiologica di dimensioni ormai pandemiche è in una sempre più avanzata integrazione europea (economica e non).

Ciò sarà possibile senz'altro adempiendo responsabilmente ai reciproci impegni, ma anche rispettando effettivamente gli obiettivi di coesione economica e sociale e di solidarietà su cui si fonda l'Unione europea; sarà possibile solo "europeizzando" il metodo, elevandosi al di sopra delle specificità politiche, economiche e giuridiche delle singole realtà nazionali¹³, non lasciando prevalere gli individualismi e gli egoismi nazionali¹⁴.

È il più importante dei cambiamenti ed è necessario realizzarlo, nella consapevolezza che se l'Unione europea non riuscisse ad essere coesa e solidale di fronte a questa drammatica emergenza sociale ed economica, non solo tradirebbe i suoi principi, ma si condannerebbe all'irrilevanza nell'ambito della scena geopolitica globale e al baratro del rigurgito nazionalistico.

europee e giustiziabilità, in V. TROIANO, R. MOTRONI (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela, regole di governance, mercati*, Padova, 2016, p. 387 ss.

¹² Cfr. E. WYMEERSCH, *The European Banking Union. A first Analysis*, Ghent University - Financial Law Institute, Working Paper n. 7/2012; F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013; M. SARCINELLI, *L'unione bancaria europea e la stabilizzazione dell'Eurozona*, in *Moneta e credito*, 2013, p. 7 ss.; AA.VV., *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 75, 2013.

¹³ Di fronte all'apparentemente irriducibile antinomia tra uniformità, da un lato, i cui vantaggi, sul piano socio-economico e giuridico, sono evidenti, e pluralismo, dall'altro, la cui valorizzazione deve rappresentare uno degli obiettivi della stessa uniformazione, il processo di integrazione europea rappresenta la migliore risposta attualmente possibile e prospettabile. Cfr. S. RODOTÀ, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 750 s.; R. SACCO, *Immaginando il diritto del futuro*, in AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, Padova, 1994. All'avanzamento del processo di armonizzazione, uniformazione e unificazione del diritto nell'ambito dell'Unione europea non sembra corrispondere un analogo processo di convergenza politica ed economica, sebbene orientato in termini continuativi e progressivi, e l'armonizzazione giuridica non sembra essere in grado di creare un sufficiente tessuto connettivo tra le varie realtà nazionali caratterizzate da significative diversità non solo economiche, ma anche culturali e sociali. Cfr. DE CARO, *Integrazione europea e diritto costituzionale*, in AA.VV., *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012, p. 53.

¹⁴ Cfr. H. MIKKELI, *Europe as an Idea and an Identity*, London-New York, 1998.



2. Le difficoltà nel fronteggiare l'emergenza sanitaria dovute alla carenza e all'aumento dei prezzi di dispositivi di protezione individuale e di farmaci essenziali e la necessità di un più incisivo ruolo dei poteri pubblici rispetto ai mercati

L'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia da Covid-19 ha colto impreparati tutti i Paesi, europei e non solo. Le strutture sanitarie hanno raggiunto il collasso operando in situazione di carenza di dispositivi di protezione individuale (mascherine, guanti, camici), di tamponi e di alcuni farmaci essenziali nelle terapie dei pazienti ricoverati; una situazione ulteriormente aggravata dal rapido aumento dei prezzi di questi dispositivi e di questi farmaci a causa di intollerabili fenomeni speculativi.

Le enormi difficoltà incontrate nel fronteggiare l'emergenza sanitaria sono una preziosa occasione per riconsiderare il ruolo dei pubblici poteri nei confronti dei mercati e gli obiettivi da perseguire su questo piano nel lungo periodo.

I poteri pubblici non dovrebbero limitarsi a correggere i fallimenti del mercato una volta emersi ed accertati, ma dovrebbero attivarsi per orientare i mercati, la produzione, l'innovazione anche verso la realizzazione di obiettivi e interessi di rilevanza pubblica¹⁵.

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso e sotto la spinta di politiche comunitarie, gli Stati dell'Unione europea hanno conosciuto un imponente processo di liberalizzazione e privatizzazione di interi settori dell'attività economica, con un conseguente e progressivo restringimento della sfera di azione dei poteri pubblici ed una notevole estensione degli ambiti di applicazione delle regole di mercato¹⁶. Una progressiva erosione della sfera di intervento dei poteri pubblici derivata anche dall'affermazione dei principi di sussidiarietà orizzontale e verticale, di solidarietà e partenariato¹⁷.

¹⁵ Cfr. M. MAZZUCATO, *Così cambierà il capitalismo*, pubblicato su *la Repubblica* del 25 marzo 2020.

¹⁶ Nell'ambito della vasta letteratura giuridica sul tema, cfr. A.M. SANDULLI, *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2017; E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, Torino, 2008; G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo le privatizzazioni*, Torino, 2006; S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga: semplificazione amministrativa e competitività del sistema Italia*, Milano, 2006; M. CAMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, Rimini, 2006; S. CASSESE, *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, p. 5 ss.; F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001; S.C. LITTLECHILD, *Privatisation, Competition and Regulation*, Institute of Economic Affairs, London, 2000; A. ANGELETTI, *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, 1996; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 579 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. ammin.*, 1995, p. 519 ss.; B. LIBONATI, *La faticosa «accelerazione» delle privatizzazioni*, in *Giurispr. comm.*, 1995, I, p. 20 ss.; G. OPPO, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 731 ss.; R. PARDOLESI, R. PERNA, *Fra il dire e il fare: la legislazione italiana sulla privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 539 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulle privatizzazioni degli enti pubblici economici*, in *Riv. società*, 1992, p. 126 ss.

¹⁷ Sul tema, cfr., tra gli altri, A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012; G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011; M.P. CHITI (a cura di), *Il Partenariato pubblico-privato*, Napoli,



Questo fenomeno ha coinvolto anche il settore relativo all'attività di ricerca e sviluppo volta alla produzione di farmaci e vaccini innovativi ed essenziali, che ha visto anche il diffondersi dell'istituto del partenariato pubblico-privato con utilizzo di cospicui fondi pubblici.

Ciò ha portato ad importanti risultati positivi in termini di sviluppo e innovazione, ma i poteri pubblici dovrebbero attivarsi maggiormente per far sì che tali attività, soprattutto quando svolte con l'utilizzo di fondi pubblici, siano volte meno al profitto delle imprese interessate e più ad interessi di rilevanza pubblica, relativi alla tutela del diritto fondamentale alla salute, garantito – è bene ricordarlo - dalla nostra e da molte altre Costituzioni nazionali, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla Dichiarazione universale dei diritti umani¹⁸.

L'effettivo esercizio del diritto alla salute dipende evidentemente dalla disponibilità e dall'accessibilità dei prezzi di prodotti sanitari e farmaceutici essenziali, disponibilità e accessibilità necessariamente condizionate da scelte imprenditoriali di tipo economico e commerciale.

Come acutamente osservato da un'autorevole studiosa statunitense di antitrust, Eleanor Fox, la democrazia ha bisogno dei mercati, per ciò che riguarda non solo i diritti economici quali la libertà d'impresa, ma anche tutti i diritti fondamentali, dal momento che l'esercizio di tali diritti passa anche attraverso il mercato, attraverso il soddisfacimento del bisogno di beni e servizi mediante scambi di mercato¹⁹.

3. Il contributo dell'antitrust nel garantire la disponibilità e l'accessibilità di beni essenziali all'esercizio di diritti fondamentali come il diritto alla salute e nel contrastare le disuguaglianze

Il diritto e la politica della concorrenza possono contribuire in modo significativo a garantire la disponibilità e l'accessibilità di molti beni e servizi essenziali all'esercizio di diritti fondamentali quale il diritto alla salute e a contrastare le disuguaglianze.

La concorrenza - intesa come processo dinamico virtuoso che produce efficienza economica e innovazione, in cui il successo dell'attività d'impresa dipende da libere scelte dei consumatori e non da protezione politica - è giuridicamente tutelata in quasi tutti i paesi economicamente sviluppati e, oggi, anche in alcuni paesi in via di sviluppo²⁰.

2009; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002.

¹⁸ Vedi l'art. 32 della Costituzione italiana; l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti umani.

¹⁹ Cfr. E.M. FOX, *Competition and Democracy*, Paper for OECD 16th Global Forum on Competition, 7-8 dicembre 2017, DAF/COMP/GF(2017)5.

²⁰ Nell'ambito dell'ampia letteratura giuridica sul tema, cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014; L.F. PACE, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013; V. MANGINI, G.



In Unione europea, la tutela della concorrenza è un principio generale dell'ordinamento giuridico europeo vincolante per gli ordinamenti nazionali.

Tuttavia, il diritto comunitario tutela la concorrenza non come valore in sé, ma come valore strumentale, in vista della realizzazione di finalità ulteriori e superiori. Questa collocazione sistematica della libertà di iniziativa economica e di concorrenza, pur riconosciuta dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si desume, oltre che dall'art. 41 della nostra Costituzione, dal Trattato di Lisbona, che delinea un modello economico ispirato al principio dello «sviluppo sostenibile» e della «economia sociale di mercato altamente competitiva», di cui all'art. 2, comma 3, del Trattato sull'Unione europea²¹.

In estrema sintesi, il principio dello «sviluppo sostenibile» implica che la produzione e l'innovazione non debbano incidere negativamente sulla possibilità per le generazioni future di godere dello stesso benessere delle generazioni presenti, soprattutto sul piano della tutela delle risorse naturali, dell'ambiente, della biodiversità. Il principio dell'«economia sociale di mercato», coerente con la matrice ideologica ordoliberalista del diritto comunitario della concorrenza, significa che l'economia di mercato dev'essere giuridicamente tutelata in quanto fonte di benessere collettivo, ma che essa non è sufficiente al benessere collettivo poiché non in grado di soddisfare in maniera equa e adeguata tutti i bisogni delle persone.

Ne deriva la necessità e la doverosità di interventi pubblici di orientamento e di correzione, ove necessario, del funzionamento spontaneo dei mercati concorrenziali. E ne deriva, tra l'altro, la disciplina dei beni e servizi pubblici, che, in quanto essenziali per le condizioni di vita dei cittadini, sono messi a disposizione di tutti

OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2012; M. STUCKE, *What is Competition?*, in D. ZIMMER (a cura di), *The Goals of Competition Law*, Edwar Elgar, Cheltenham, 2012, p. 27 ss.; AA.VV., *Concorrenza e mercato. Antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property*, Milano, 2011; F. CINTIOLI, G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust (misure cautelari, impegni e programmi di clemenza)*, Milano, 2007; P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2005; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001; M. LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano. Un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287*, in *Riv. dir. comm.*, vol. I, 2000; S. BISHOP, M. WALKER, *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, 1999; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998; E.M. FOX, *Towards world antitrust and market access*, in *Amer. Jour. Int. Law*, 1997; AA.VV., *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, 1996; G. DE GEEST, *Toward an Integration of Economic and Sociological Approaches?*, in *European Journal of Law and Economics*, n. 2, 1995, p. 301 ss.; A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, C. UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993; G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991; F. JENNY, *Competition and Efficiency*, in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1993*, New York, 1994; V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990; H. BELLAMY, M. CHILD, *Common Market Law of Competition*, London, 1979; T. AREEDA, J. TURNER, *Antitrust Law*, Harvard, 1978; A.G.B. FISHER, *Economic Progress and Social Security*, London, 1945; O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institution of Capitalism. Firms, markets, relational contracting*, New York, 1926 (trad. it. di NEGRO, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1987).

²¹ Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 49 ss.



senza corrispettivo (come, ad esempio, la sicurezza pubblica) o dietro pagamento di un corrispettivo equo, socialmente accettabile, non discriminatorio (come, ad esempio, l'acqua, l'energia elettrica, oggi anche l'accesso ad Internet).

Spetta al potere pubblico, nell'esercizio della discrezionalità politica, stabilire in ogni momento storico quali siano i beni pubblici da garantire a tutti.

Si diffonde e si consolida la consapevolezza della rilevanza centrale, ai fini del benessere collettivo, della disponibilità e accessibilità dei farmaci essenziali e si rafforza l'idea di considerare i farmaci essenziali alla stregua di beni pubblici²². Basti considerare, a tal proposito, che tra gli obiettivi di sviluppo sostenibile approvati all'unanimità dai 193 Paesi membri delle Nazioni Unite nel 2015 vi è l'assistenza sanitaria universale e la disponibilità e l'accessibilità per tutti di farmaci essenziali²³.

In Unione europea, il diritto e la politica della concorrenza - dopo aver accompagnato la transizione degli Stati membri all'economia di mercato e al mercato unico - perseguono (come anche negli Stati Uniti) l'obiettivo della tutela del benessere del consumatore, inteso come benessere economico (riferito cioè ai bisogni che possono essere soddisfatti mediante scambi di mercato), facendo sì che il consumatore possa trovare nei mercati, la maggior quantità, varietà e qualità possibile di beni e servizi, al minor prezzo possibile, e che possa scegliere consapevolmente e liberamente²⁴.

Finora il diritto e la politica della concorrenza hanno prestato poca attenzione alle implicazioni distributive; soltanto di recente l'attenzione degli esperti è stata rivolta alle potenzialità e responsabilità dell'antitrust nel contribuire a contrastare le disuguaglianze; un'attenzione sollecitata dal crescente scetticismo sulle virtù del mercato, diffusosi in modo particolare dopo la crisi economico-finanziaria del 2008, nonché dalla nuova centralità che le questioni distributive hanno ritrovato nel dibattito economico.

Si sostiene, dunque, che l'antitrust dovrebbe perseguire anche obiettivi di carattere etico e sociale, relativi alla redistribuzione delle risorse e al contrasto alle

²² Cfr. Z. DIN BABAR, *Equitable Access to High-Cost Pharmaceuticals*, Academic Press-Elsevier, London, 2018; N. AUGUSTINE, G. MADHAVAN, S. NASS (a cura di), *Making Medicines Affordable: A National Imperative*, Consensus Study Report of the National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, The National Academies Press, Washington, 2017; A. BELLONI, D. MORGAN, V. PARIS, *Pharmaceutical Expenditure and Policies. Past Trends and Future Challenges*, OECD Health Working Papers, n. 87; OECD Publishing, Paris, 2016; K. BUSE, S. HAWKES, *Health in the sustainable development goals: ready for a paradigm shift?*, in *Globalization and Health*, 2015, p. 1 ss.

²³ Vedi l'Agenda globale per lo sviluppo sostenibile e gli Obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals- SDGs*), da raggiungere entro il 2030, approvati a New York il 25 settembre 2015, quando i 193 Paesi membri delle Nazioni Unite hanno adottato all'unanimità la risoluzione 70/1 *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*.

²⁴ Cfr. D. ZIMMER (a cura di), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, 2012.



disuguaglianze²⁵, auspicando una riscoperta della purezza ideale dell'antitrust delle origini. Il riferimento è all'antitrust statunitense, nato con lo *Sherman Act* del 1890 come strumento di difesa del pluralismo economico e, in definitiva, della democrazia, e che ha rappresentato il modello giuridico di riferimento per molti altri ordinamenti giuridici, tra cui quello dell'Unione europea, tramite il quale è stato trapiantato negli ordinamenti di tutti gli Stati membri²⁶.

Ma ancora oggi si ritiene prevalentemente che l'approccio meramente economico al diritto antitrust sia corretto e vada riaffermato²⁷. Questo orientamento si fonda soprattutto sulla considerazione che solo il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, può posporre la tutela della concorrenza a quella di altri valori di carattere sociale e non economico, ritenuti di rango costituzionale superiore. Riconoscere alle autorità antitrust il potere discrezionale di effettuare un bilanciamento tra il valore della concorrenza e altri valori di carattere etico e sociale, finirebbe per attribuire all'antitrust «un ruolo di governo generale dell'economia che distorcerebbe gli equilibri di potere costituzionalmente riconosciuti.»²⁸.

Tuttavia, l'antitrust può svolgere un ruolo molto importante pur rimanendo nel solco dei propri obiettivi tradizionali di tutela del benessere del consumatore.

Per ottenere importanti ricadute in termini distributivi e di maggiore tutela dei diritti fondamentali è sufficiente, infatti, che il controllo del potere economico nell'ambito delle economie capitalistiche effettuato tramite lo strumento del diritto della

²⁵ Sul tema, cfr. L. KHAN, S. VAHEESAN, *Market Power and Inequality. The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents*, in *Harvard Law and Policy Review*, 2018, 11, p. 235 ss.; OECD, *Inequality: a Hidden Cost of Market Power*, 2017; WORLD BANK GROUP, OECD, *A Step Ahead. Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*, 2017; J. STIGLITZ, *Towards a Broader View of Competition Policy*, Roosevelt Institute Working Paper, 2017; A. DEATON, *La grande fuga. Salute, ricchezza e origini della disuguaglianza*, Bologna, 2015; J.B. BAKER, S.C. SALOP, *Antitrust, Competition Policy, and Inequality*, in *The Georgetown Journal Online*, 2015, vol. 104, p. 1 ss.; E.M. FOX, *Imagine: pro-poor(er) competition law*, OECD Global Forum, *Competition and Poverty Reduction*, 2013, p. 325 ss.; D. LEWIS, *Competition and poverty reduction*, in OECD Global Forum, *Competition and Poverty Reduction*, 2013, p. 355 ss.; L.A. WINTERS, *Competition and poverty*, in OECD Global Forum, *Competition and Poverty Reduction*, 2013, p. 379 ss.; J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino, 2012; E.M. FOX, *Economic Development, Poverty and Antitrust: The Other Path*, in *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 2007, vol. 13, p. 211 ss. In senso più critico, cfr. D. CRANE, *Antitrust and Wealth Inequality*, in *Cornell Law Review*, 2016, vol. 101, p. 1172 ss.

²⁶ Cfr. G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991; J. DAVIDOW, *The worldwide influence of U.S. antitrust*, in *Antitrust Bulletin*, n. 35, 1990; G. MARENGO, *The Birth of Modern Competition Law in Europe*, in *European Integration and International Co-operation: Studies in international economic law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*, London, 2001; M. DRAHOS, *Convergence of Competition Law and Policies in the European Community*, in *European Monographs*, London/New York, 2001. È, tuttavia, doveroso ricordare che in Europa, il comportamento volto da alterare il giusto prezzo delle merci, da Aristotele in poi definito "monopolio", è stato considerato illecito e giuridicamente sanzionato fin dall'età antica e nel diritto romano classico punito attraverso il "crimen monopolii", presente nel diritto europeo fino al XIX secolo, quando viene sostituito da forme più moderne di contrasto delle condotte che incidono sul corretto funzionamento dei mercati, e in Italia fino all'entrata in vigore del Codice Zanardelli nel 1889.

²⁷ Cfr. per tutti M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir. - Annali III*, Milano, 2010, p. 221 ss.

²⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 49 ss.



concorrenza si incentri maggiormente su quei settori che incidono più significativamente sulle condizioni di vita dei consumatori e sul potere d'acquisto delle fasce sociali più deboli, a reddito più basso. Tra tali settori si pone senz'altro e in primo luogo quello dei prodotti farmaceutici, ma si potrebbe aggiungere quello dei prodotti alimentari, dell'istruzione, del trasporto locale,

È del tutto evidente la rilevanza strategica dell'industria farmaceutica dal punto di vista economico e del benessere delle società contemporanee, e gli importanti risultati raggiunti in questo settore rappresentano certamente tra le più importanti conquiste dell'umanità.

Quello farmaceutico è un settore estremamente complesso sul piano delle dinamiche economiche, della normativa e della regolazione di settore nonché delle procedure di sicurezza ed efficacia dei prodotti, che richiedono lunghe, complesse e costose attività di ricerca e sviluppo²⁹.

L'Organizzazione mondiale della sanità ha affermato che il prezzo di un farmaco è equo se accessibile per i sistemi sanitari e per i pazienti, e al contempo sufficiente ad incentivare gli investimenti delle industrie farmaceutiche in innovazione e produzione³⁰.

La valutazione dell'equità del prezzo di un farmaco è molto complessa a causa soprattutto della difficoltà di individuare e valutare talune voci di costo, tra cui in particolare i costi relativi alle attività di ricerca e sviluppo. Ne deriva la complessità degli interventi antitrust nel settore dell'industria farmaceutica, dovuta anche alla rilevanza delle questioni socio-economiche sottese e confermata da una casistica relativamente recente³¹, nonostante le notevoli potenzialità del diritto della concorrenza quale strumento di contrasto anche nel settore farmaceutico di

²⁹ Sul tema cfr., per tutti, R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013; T. HERVEY, J. MCHALE, *European Union Health Law: Themes and Implications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 30 ss.

³⁰ Vedi OMS, *Addressing the global shortage of, and access to, medicines and vaccines*, Report by the Director-General, EB142/13, Ginevra, 12 gennaio 2018; OMS, *Fair Pricing Forum*, 2017 Meeting Report, Amsterdam, 11 maggio 2017.

³¹ Per molto tempo il settore dell'industria farmaceutica è stato interessato da interventi antitrust in misura del tutto marginale. Solo a partire dalla seconda decina di questo secolo tali interventi si sono succeduti in vari ordinamenti giuridici dando luogo anche per il settore farmaceutico al maturare di una casistica antitrust tendenzialmente uniforme nelle esperienze giuridiche dei Paesi di area occidentale. Vedi la Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo *Applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico (2009-2017). Le autorità europee garanti della concorrenza collaborano per garantire la disponibilità di medicinali innovativi e a prezzi contenuti*, del 28 gennaio 2019, COM(2019) 17 final. Sulla casistica italiana, cfr. L. ARNAUDO, G. PITRUZZELLA, *La cura della concorrenza. L'industria farmaceutica tra diritti e profitti*, Roma, 2019, p. 101 ss.; L. ARNAUDO, R. PARDOLESI, *Sul giusto prezzo, tra Aquino e Aspen*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, III, p. 49 ss.; M. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Il caso Avastin-Lucentis alla prova della Corte di Giustizia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2018, II, p. 299 ss.



dinamiche economiche e condotte d'impresе volte a perseguire interessi illeciti a danno dei consumatori³².

Il successo di tali interventi sono necessariamente condizionati dall'esistenza di un'adeguata cornice normativa. Dovrebbero essere adeguatamente risolte sul piano normativo questioni importanti quali l'opportunità, ancora oggi, di un sistema di incentivazione e remunerazione dell'innovazione basato sui diritti di proprietà industriale nonché l'opportunità di definire limiti di prezzo per i farmaci e i vaccini essenziali, quindi percentuali ragionevoli di guadagno da riconoscere alle imprese operanti nel settore³³. Per evitare scelte opportunistiche di imprese e ordinamenti giuridici, tali questioni dovrebbero essere risolte a livello internazionale per poi essere declinate a livello europeo e nazionale.

Opportuni interventi antitrust, potenziati da interventi legislativi volti a rimuovere ostacoli di carattere normativo, possono già oggi rappresentare una valida risposta all'esigenza di una maggiore tutela di diritti fondamentali quale il diritto alla salute e di un più efficace contrasto alle disuguaglianze; quelle disuguaglianze che in periodi di crisi vengono esasperate e appaiono ancor più odiose e inaccettabili, oltre che pericolose per la pace sociale.

³² Cfr. G. PITRUZZELLA, L. ARNAUDO, *Vaccini, mercati farmaceutici e concorrenza, in una prospettiva (anche) di diritti umani*, in *Rivista italiana di Medicina Legale*, 2017, I, p. 1 ss.

³³ Cfr. PUBLIC EYE REPORT, *Protect patients not patents. How medicine prices are leading to two-tiered healthcare in Switzerland*, Losanna, 2018; G. PITRUZZELLA, G. MUSCOLO (a cura di), *Competition and Patent Law in the Pharmaceutical Sector. An International Perspective*, Alphen aan den Rijn, 2016; J.H. REICHMAN, *Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2009, p. 247 ss.; J. GABRIEL, *Medical Monopoly. Intellectual Property Rights and the Origins of the Modern Pharmaceutical Industry*, Chicago University Press, Chicago, 2014; K. BALUSUBRAMANIAM, *Access to Medicines: Patents, Prices and Public Policy. Consumer Perspectives*, paper presented at Oxfam International Seminar on Intellectual Property and Development: What Future for the WTO TRIPS Agreement?, Brussels, March 20, 2001. Sull'opportunità, ancora oggi, di un sistema di incentivazione e remunerazione dell'innovazione basato sui diritti di proprietà intellettuale, cfr. G. MAZZEI, *Questioni di analisi economica della proprietà industriale*, in AA.VV., *Questioni di diritto industriale*, Napoli, 2014, p. 439 ss.; G. MAZZEI, *Propiedad Intelectual y Dominio Público del Conocimiento*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 12/2013.



La tutela della privacy nell'esercizio del potere datoriale

di Filippo Lore'

(Docente a contratto Università degli studi di Bari "A. Moro")

Sommario

1. Il rapporto tra diritto alla riservatezza e il potere di controllo datoriale - 2. Brevi cenni ai primi atti di indirizzo del Garante per la protezione dei dati personali - 3. I recenti orientamenti delle Corti europee tra riconoscimento del diritto alla riservatezza ed esercizio del potere datoriale

Abstract

This article examines the aspects relating to the protection of worker confidentiality and the exercise of the employer's control power in the context of guarantees provided by national labor legislation. In particular, recent decisions of the European Courts on the recognition of the private sphere of the worker will be examined.



1. Il rapporto tra diritto alla riservatezza e il potere di controllo datoriale.

L'attività di analisi dei dati assume fondamentale rilevanza per le imprese che desiderano trarre vantaggi sul mercato, in ottica di posizionamento. Sul fronte organizzativo, interno all'ambito lavorativo, si parla di *data driven management*, approccio che consente di ottimizzare, anche mediante sistemi di intelligenza artificiale e di *machine learning*, la gestione delle risorse umane nel corso delle diverse fasi del rapporto di lavoro, dal processo di selezione del personale alla riorganizzazione degli uffici, dai trasferimenti alla variazione delle mansioni del singolo lavoratore, dalla verifica delle prestazioni alle promozioni di carriera.

La tutela dei dati personali richiamata dal Regolamento UE 2016/679 e, in ambito nazionale, dal D. Lgs n. 196/2003 e s.m.i., impattano fortemente sulla disciplina del rapporto di lavoro, in considerazione del fatto che sempre più numerosi e tecnologicamente avanzati sono i dispositivi messi a disposizione dal datore al dipendente. Tale materia, negli ultimi tempi, è risultata essere oggetto di attenzione da parte della Giustizia europea e nazionale, con decisioni contrastanti. Ai diversi indirizzi forniti dai giudici, si deve altresì considerare un ulteriore elemento: l'utilizzo delle nuove tecnologie, che aggiungono aspetti di criticità legati al bilanciamento tra riservatezza dei lavoratori e potere di controllo in capo al datore di lavoro¹. L'impiego di strumenti quali personal computer, tablet, altri devices e la rete internet se da un lato rappresentano idonei elementi per incrementare la produttività, dall'altro evidenziano rischi in ordine al corretto assolvimento della prestazione lavorativa e, contestualmente, al godimento dei diritti dei lavoratori². Se ne deduce, quindi, che un potenziale controllo del datore di lavoro sul proprio dipendente, in connessione con il potere disciplinare, possono configurare un serio rischio al libero godimento del diritto alla riservatezza dei lavoratori³.

La normativa, storicamente, ha sancito un generale divieto dell'esercizio dei controlli da remoto del lavoratore, successivamente attenuato da specifici interventi legislativi intervenuti a dettare casistiche per le quali, al ricorrere di determinate condizioni, si sarebbe resa possibile l'attività di controllo datoriale. Con riferimento al quadro di tutele normative, la prima norma il riferimento è la L. n. 330/1970, art. 4⁴, che, nella

¹ Audizione di Antonello Soro, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, in tema di utilizzo delle metodologie di data mining per eseguire visite mediche di controllo nei confronti dei lavoratori del settore pubblico presso la 11^a Commissione permanente (Lavoro, previdenza sociale) del Senato della Repubblica (18 settembre 2018).

² M. G. Stanzione, *Il Regolamento Europeo sulla Privacy: origini e ambito di applicazione*, Europa e diritto privato, 2016, 4, pp. 1249-1264.

³ R. Lattanzi, *Dallo statuto dei lavoratori alla disciplina di protezione dei dati personali*, RIDL, 2011, I, 151.

⁴ Raccomandazione CM/Rec (2015)5 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sul trattamento di dati personali nel contesto occupazionale (Adottata dal Comitato dei Ministri il 1 aprile 2015, nel corso della 1224^{ma} seduta dei rappresentanti dei Ministri). 15. Sistemi informativi e tecnologie per la sorveglianza dei dipendenti, compresa la videosorveglianza



formulazione originale, prevedeva un categorico divieto del monitoraggio della prestazione lavorativa. Lo stesso articolo, al comma 2, sanciva comunque la possibilità per il datore di lavoro di derogare al divieto previsto dal richiamato comma 1, per motivi legati alle *"esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro"* attraverso la definizione di un accordo con le rappresentanze sindacali, o in assenza, mediante espressa autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro. Il quarto comma dello stesso articolo guardava al regime da adottare per quegli impianti che erano stati installati prima dell'entrata in vigore dello Statuto, mentre l'ultimo comma stabiliva che *"contro i provvedimenti dell'Ispettorato del lavoro, di cui ai precedenti secondo e terzo comma, il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, la commissione interna, oppure i sindacati dei lavoratori di cui al successivo articolo 19 possono ricorrere, entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento, al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale"*⁵.

Preme ricordare che il quadro di tutela normativa non si esauriva solo con la previsione di garanzie per l'installazione di sistemi di videosorveglianza, bensì ricomprendeva la componente *software*, così come richiamato, poi, dalle *"Linee guida del Garante per posta elettronica e internet"* (così si pronunciava l'Autorità di controllo *"Le informazioni di carattere personale trattate possono riguardare, oltre all'attività lavorativa, la sfera personale e la vita privata di lavoratori e di terzi. La linea di confine tra questi ambiti, come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, può essere tracciata a volte solo con difficoltà"*). Nonostante la stringente previsione normativa, l'orientamento giurisprudenziale, sempre in ottica di bilanciamento degli interessi in gioco tra la riservatezza del lavoratore e il potere di controllo del datore di lavoro, ha di fatto introdotto l'istituto dei c.d. *"controlli difensivi"*, intesi in una prima fase solo per le fattispecie che risiedevano fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori e, quindi, solo per perseguire potenziali comportamenti illeciti dei lavoratori ed estranei dalla prestazione lavorativa intesa, in senso stretto, allo scopo di tutelare il patrimonio aziendale. A questi, devono annoverarsi, altresì, i c.d.

15.1. *Non dovrebbe essere consentito introdurre e utilizzare sistemi informativi e tecnologie aventi per scopo diretto e primario la sorveglianza dell'attività e del comportamento dei dipendenti. Se l'introduzione e l'utilizzazione di tali sistemi e tecnologie per altri scopi legittimi, quali la tutela dell'attività produttiva, della salute e della sicurezza, o l'efficace gestione di un'azienda o di un ente, comportano indirettamente la possibilità di sorvegliare l'attività dei dipendenti, esse dovrebbero essere soggette alle ulteriori salvaguardie previste nel Principio 21, ed in particolare alla consultazione di rappresentanti dei dipendenti.*

15.2. *Sistemi informativi e tecnologie che comportino indirettamente la sorveglianza di attività e comportamenti dei dipendenti dovrebbero essere progettati su base specifica e posizionati in modo da non compromettere i diritti fondamentali dei dipendenti stessi. In nessun caso è consentito ricorrere alla videosorveglianza di luoghi che appartengono alla sfera più privata della vita dei dipendenti.*

15.3. *In caso di controversie o procedimenti giudiziari, i dipendenti dovrebbero avere la possibilità di ottenere copie delle registrazioni effettuate, se del caso e conformemente al diritto interno. La conservazione di eventuali registrazioni dovrebbe essere soggetta ad un limite temporale.*

⁵ A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995; A. TROISI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013, pp. 17 e ss.



controlli difensivi occulti, che non necessitano *tout court* di preventivo accordo sindacale (o di altra specifica autorizzazione), come si desume dalla lettura della Sentenza n. 10636/2017 della Corte di Cassazione⁶, emessa in materia di videosorveglianza sui luoghi di lavoro, nella quale si affronta il ricorso di un dipendente contro il licenziamento disciplinare subito. Più dettagliatamente, il lavoratore in oggetto si era reso colpevole, sulla base della rilevazione video, di un comportamento illecito, in violazione degli obblighi connessi alla propria mansione e del dovere di custodia dei beni aziendali. Se ne desume che la Corte, nella sentenza richiamata, ha ritenuto che si esulasse dal campo di operatività dell'art. 4 Statuto dei Lavoratori, trattandosi di telecamere poste in area alla cui gestione era addetta una ditta esterna all'organizzazione aziendale, al solo fine di sorvegliare un unico ripiano sul quale erano stati disposti specifici prodotti, ragion per cui il controllo non si estrinsecava, in alcun modo, in un controllo sull'adempimento della prestazione lavorativa⁷. Invero, secondo la Corte, tali controlli sono da intendersi leciti, in piena aderenza all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, purché vi sia un corretto temperamento tra diversi diritti, in un quadro di garanzia dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Ulteriore caso, meritevole di approfondimento, riguarda una decisione del Tribunale di Roma, chiamato ad esprimersi sul licenziamento intimato da un'Azienda ad un dipendente, provvedimento scaturito dalle indagini circa l'utilizzo dell'applicativo software denominato "Blue's 2002", in grado di estrarre, esclusivamente, il numero di telefono del chiamante, l'ora della telefonata e la sua durata, in assenza di ulteriore informazione circa il contenuto della chiamata e della possibilità di controllo circa l'effettiva prestazione lavorativa. Il datore di lavoro rilevava che il dipendente, durante la prestazione di lavoro, aveva sostenuto conversazioni telefoniche (anche per scopi personali) con centinaia di soggetti, per una durata inferiore ai quindici secondi per ogni singolo contatto, arco di tempo non sufficiente ad evadere, in maniera esaustiva, eventuali reclami e segnalazione degli utenti. Il Tribunale interessato, all'esito del processo, rigettava la domanda del lavoratore, il quale provvedeva, successivamente, ad adire la Corte di Appello di Roma che, con sentenza n. 1970 del 12 novembre 2009, *"in via preliminare rigettava l'eccezione di improcedibilità dell'appello e, nel merito, riteneva, come già il giudice di primo grado, che il sistema di rilevamento delle telefonate attraverso il software Blue's 2002 non fosse in contrasto con l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, in quanto relativo al c.d. controllo difensivo"*.

⁶ M. Di Francesco, *Licenziamento per giusta causa e controlli difensivi occulti*, Diritto & Pratica del Lavoro, n. 34-35/2017, Settimanale Ipsoa, settembre 2017.

⁷ Corte di Cassazione, Sezione Lavoro Civile, con la sentenza del 2 maggio 2017, n. 10636, mediante la quale ha rigettato il ricorso e confermato quanto già deciso, nel caso de quo, dalla Corte d'appello di Perugia.



La Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con sentenza depositata il 1° ottobre 2012, n. 16622, ha definitivamente archiviato il contenzioso, considerando illegittimo l'utilizzo del software "Blue's 2002", con conseguente inutilizzabilità dei dati acquisiti attraverso lo stesso per provare l'inadempimento del lavoratore, motivando tale decisione con la tesi secondo cui *"(Il divieto di controlli a distanza ex art. 4, della L. n. 300 del 1970, implica, dunque, che i controlli difensivi posti in essere con il sistema informatico Blue's 2002, ricadono nell'ambito della L. n. 300 del 1970, art. 4, comma 2, e, fermo il rispetto delle garanzie procedurali previste, non possono impingere la sfera della prestazione lavorativa dei singoli lavoratori; qualora interferenze con quest'ultima vi siano, e non siano stati adottati dal datore di lavoro sistemi di filtraggio delle telefonate per non consentire, in ragione della previsione dell'art. 4, comma 1, di risalire all'identità del lavoratore, i relativi dati non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale del lavoratore medesimo"*.

Ancora, La Corte Suprema di Cassazione con sentenza 17 luglio 2007, n. 15892 ha precisato, proprio in riferimento all'utilizzo di informazioni che derivano da apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, che la rilevazione dei dati di entrata e di uscita dall'azienda attraverso il sistema di controllo organizzato dal datore di lavoro, benché finalizzato a perseguire una condizione di favore per gli stessi lavoratori, comporta una attività di controllo sull'osservanza dell'orario di lavoro e, quindi, anche della correttezza dell'esecuzione della prestazione lavorativa. Tale apparecchio, utilizzato per giungere al licenziamento di un dipendente, non era stato concordato con le rappresentanze sindacali, né oggetto di autorizzazione amministrativa dall'Ispettorato del lavoro e, per questo, rientrante nella fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. Il caso riportato e oggetto di decisione analizzava il dispositivo di sicurezza, in entrata e in uscita dagli uffici, predisposto nelle aree dedicate al parcheggio delle vetture dei dipendenti durante l'orario di lavoro. Quest'ultimo si avviava con un tesserino personale di cui era in possesso ogni dipendente, tracciando ogni singolo passaggio dello stesso⁸. Ne deriva che la necessità di prevenire condotte illecite da parte dei lavoratori non può rivestire forza tale da giustificare un pregiudizio al libero godimento di diritti fondamentali, quali la dignità e la riservatezza del lavoratore stesso. Il bilanciamento di interessi tra le pretese datoriali e la tutela della riservatezza del prestatore di lavoro incontrano un punto di equilibrio nel principio di proporzionalità, in forza del quale l'attività di controllo

⁸ Costituisce strumento di controllo "preterintenzionale" a distanza dell'attività dei lavoratori, soggetto alla disciplina dell'art. 4, comma 2, l. 300/1970, un'apparecchiatura di rilevamento delle presenze attivata mediante tessere magnetica (badge), sicché, in caso di mancato esperimento della procedura di cui all'art. 4 c. 2 St. Lav., non sono utilizzabili in sede disciplinare i dati acquisiti tramite la stessa. (Trib. Napoli 29/9/2010, Giud. Vargas, con nota di Federico Fusco, "Il pomo della discordia: il badge come strumento di controllo a distanza?", 31)



risulta possibile previa valutazione degli interessi contrapposti e, comunque, cercando di preservare le libertà fondamentali degli interessati.

Sempre con riferimento ai controlli difensivi occulti, una pronuncia della Corte di Cassazione n.10955/2015 si è occupata del caso di un datore di lavoro, resosi protagonista della creazione di un falso profilo sulla piattaforma social *Facebook*, allo scopo di verificare gli accessi del dipendente in orario di lavoro e la relativa condotta illecita⁹. Più dettagliatamente, la Suprema Corte nel rilevare che *“la creazione del falso profilo facebook non costituisce, di per sé, violazione dei principi di buona fede e correttezza nell’esecuzione del rapporto di lavoro, attenendo ad una mera modalità di accertamento dell’illecito commesso dal lavoratore, non invasiva né induttiva all’infrazione, avendo funzionato come mera occasione o sollecitazione cui il lavoratore ha prontamente e consapevolmente aderito”*, ha sancito che l’indagine svolta con l’attivazione di un falso profilo non integrava l’attività di controllo datoriale (ex art. 4, comma 2 dello Statuto dei Lavoratori), riconoscendo la piena legittimità e utilizzabilità dei dati e delle informazioni raccolte, anche a fini disciplinari¹⁰.

La Sezione Lavoro della Cassazione, con sentenza 23 febbraio 2012, n. 2722, ha poi stabilito un rilevante orientamento secondo il quale il generale divieto del controllo datoriale sulla posta elettronica e sulla navigazione in rete del lavoratore può essere attenuato, *ex post*, qualora risulti necessario assicurare l’avvio di una indagine retrospettiva utile ad individuare eventuali condotte illecite del lavoratore¹¹. Il caso di specie riguarda il dipendente di un istituto di credito, destinatario di un provvedimento di licenziamento *“per giusta causa”*, che, in forza della posizione ricoperta all’interno dell’Istituto, inviava, a terzi non autorizzati, comunicazioni riservate mediante l’utilizzo della posta elettronica aziendale anche al fine di consentire, agli stessi soggetti terzi, operazioni finanziarie vantaggiose. Alla luce della situazione instauratasi, secondo la Corte di Cassazione il licenziamento del dipendente non configurerebbe un controllo a distanza del lavoratore e, quindi, una violazione dello Statuto dei Lavoratori, avendo, l’istituto di credito, subito un danno in termini di immagine, e più precisamente *“[...] entrava in gioco il diritto del datore di lavoro di tutelare il proprio patrimonio, che era costituito non solo dal complesso dei beni aziendali, ma anche dalla propria immagine esterna, così come accreditata presso il pubblico. Questa forma di tutela egli poteva giuridicamente esercitare con gli strumenti derivanti dall’esercizio dei poteri derivanti dalla sua supremazia sulla struttura aziendale”*¹².

⁹ Newsletter n. 437 del 26 gennaio 2018, relativa alla legittimità da parte del datore di lavoro del controllo sui telefoni aziendali dei dipendenti (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7570001#3>).

¹⁰ P. Tullini, M. Marazza, *Controlli a distanza e tutela dei dati del lavoratore*, Giappichelli Editore, 2017, pp.37-40.

¹¹ M. Talarico, *Art. 4, co. 3, L. n. 300/1970: sulle condizioni di utilizzabilità dei dati derivanti da impianti audiovisivi e strumenti di controllo*, *Personale e lav.*, 2016, n. 576, 14.

¹² A. Levi, *Il controllo informatico sull’attività del lavoratore*, Giappichelli, 2013.



Come riferito in precedenza, lo sviluppo delle nuove tecnologie ha condotto ad un cambiamento dell'organizzazione del lavoro, anche nella concezione del potere direttivo del datore¹³. Il momento di svolta è rappresentato dalla Legge del 10 dicembre 2014, n. 183, con cui è stata delegata al Governo l'attività di potenziamento delle opportunità di ingresso nel mondo lavoro per i cittadini in cerca di occupazione mediante la *"revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore"*¹⁴. Tale delega, attuata successivamente con il D. Lgs n. 151/2015, art. 23, ha riformato il testo dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, lì dove, sotto il profilo sostanziale, prevede una distinzione tra *"impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza"* (comma 1) e sugli *"strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze"* (comma 2)¹⁵. Per la prima classe, resta intatto l'obbligo della preventiva autorizzazione sindacale e amministrativa al fine di accertare il legittimo interesse del datore di lavoro all'installazione dei sistemi; per la seconda classe, invece, tale legittimazione viene meno per gli strumenti necessari all'assolvimento della prestazione, in dotazione al lavoratore, quali pc, telefoni cellulari e altri *devices*. La Circolare esplicativa n. 5/2018 diramata dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro, condivisa con il Ministero del lavoro, specifica che le richieste di autorizzazione all'installazione di impianti audiovisivi devono, necessariamente, essere corredate da effettive esigenze di carattere organizzativo e produttivo, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio e che, successivamente, l'utilizzo dei predetti strumenti deve essere riservato alla specifica finalità che si intende perseguire. A tal fine, si riporta recente sentenza della Corte Suprema di Cassazione¹⁶, lì dove viene ulteriormente rafforzata l'inibizione, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 1 dello Statuto dei Lavoratori e dagli artt. 114 e 171 del D.Lgs n.196/2003, modificato dal D.Lgs n. 101/2018, all'installazione degli strumenti di videosorveglianza a distanza in assenza delle intese con le rappresentanze dei lavoratori o della autorizzazione rilasciata dall'Ispettorato del Lavoro. Secondo la Corte, non rileva alcun effetto la comunicazione trasmessa dal datore all'Ispettorato del lavoro, nel giorno immediatamente successivo a quello in cui si verificava la presenza dell'impianto di videosorveglianza, con la quale, in forza dell'art. 50 del

¹³ M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in Centre for the study of European Law "Massimo d'Antona", Working Papers, n. 300/2016.

¹⁴ Il Garante per la protezione dei dati personali, Audizione sugli schemi di decreti legislativi attuativi del c.d. Jobs Act, presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati (9 luglio 2015) e la Commissione Lavoro del Senato (14 luglio 2015).

¹⁵ M.T. Salimbeni, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, Rivista di Diritto del lavoro, 2015, I, 589;

¹⁶ Sentenza Cassazione n. 50919-19.



Codice penale, i lavoratori sollevavano il datore di lavoro dagli adempimenti richiamati dall'art. 4 dello Statuto. Il Collegio, non condividendo l'orientamento di altre autorevoli decisioni¹⁷, ritiene che *"il consenso in qualsiasi forma prestato dai lavoratori non valga a scriminare la condotta del datore di lavoro che abbia installato i predetti impianti in violazione delle prescrizioni dettate dalla fattispecie incriminatrice"*, dovendosi considerare tale manifestazione di volontà non pienamente libera in ragione del rapporto di squilibrio intercorrente tra datore e lavoratore, accogliendo, altresì, il sempre valido orientamento della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, del 16 settembre 1997, n. 9211, secondo cui l'installazione in azienda di impianti audiovisivi deve essere preceduta dall'accordo con le rappresentanze sindacali e la relativa violazione comporta le conseguenze previste dall'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori¹⁸.

Sempre l'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, al comma 3, sancisce la possibilità di utilizzare le informazioni raccolte, richiamate dai commi sopra rammentati, per gli scopi connessi al rapporto di lavoro. Tale disposizione è condizionata, però, al rispetto di due criteri, quali l'adeguata informazione al lavoratore in ordine alle modalità d'uso degli strumenti e dei possibili relativi controlli, e il rispetto di quanto disposto dal D.Lgs n. 196/2003, oggi da considerare come rimando al Regolamento UE 2016/679, al D. Lgs n.196/2003 con s.m.i e agli atti di indirizzo delle singole Autorità di controllo e del Comitato europeo per la protezione dei dati personali¹⁹.

Come riferito in precedenza, l'art. 4, comma 3 dello Statuto dei Lavoratori sancisce che *"sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazioni dei controlli"* (oggi da leggere, pertanto, alla luce dei cc.dd. principi di trasparenza, di limitazione delle finalità e di minimizzazione, espressamente previsti dall'art. 5, paragrafo 1, lett. a) del Regolamento UE 2016/679), e lascia aperti margini di interpretazione in ordine ai limiti entro i quali il potere datoriale può essere esercitato sugli strumenti, sulla prestazione lavorativa e sul relativo utilizzo dei dati, anche di carattere sensibile, del lavoratore²⁰. Risulta, pertanto, di tutta evidenza come

¹⁷ Corte di Cassazione, Sezione III Penale, 11 giugno 2012, n. 22611. In tale decisione, la Cassazione rileva che *"la disposizione di cui all'art. 4 intende tutelare i lavoratori contro forme subdole di controllo della loro attività da parte del datore di lavoro e che tale rischio viene escluso in presenza di un consenso di organismi di categoria rappresentativi (RSU o commissione interna), a fortiori, tale consenso deve essere considerato validamente prestato quando promani proprio da tutti i dipendenti"*.

¹⁸ Il Giudice ribadisce come la condotta del datore di lavoro costituisca un comportamento antisindacale reprimibile con la speciale tutela approntata dall'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori. Tale disposizione è utile per evidenziare ancora una volta come l'assenso delle rappresentanze sindacali è previsto per legge come uno dei momenti essenziali dell'intera procedura volta all'installazione degli impianti, derivando da ciò l'inderogabilità e la tassatività sia dei soggetti legittimati che della procedura autorizzativa di cui all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori.

¹⁹ In ultimo, *Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices*, diramate il 22 gennaio 2020 dall'European Data Protection Board.

²⁰ Il Garante per la protezione dei dati personali nelle *Linee guida per posta elettronica e internet*, punto 3.1., rilevava come *"Grava quindi sul datore di lavoro l'onere di indicare in ogni caso, chiaramente e in modo particolareggiato, quali*



l'informazione fornita al lavoratore sia da calibrare in base al caso specifico, avendo comunque cura di specificare gli strumenti presenti in azienda, quelli utilizzati direttamente o indirettamente dal dipendente, le modalità con le quali è fatta salva la possibilità di utilizzare tali strumenti (anche per eventuali finalità personali) e in quale maniera potranno essere compiuti i richiamati controlli.

Con riferimento all'interpretazione delle disposizioni contenute nello Statuto dei Lavoratori e delle relative decisioni assunte dai Giudici nazionali, risulta opportuno soffermarsi sulla sentenza della Sezione Lavoro del Tribunale di Torino, n. 1664, pronunciata in data 18 settembre 2018²¹, secondo cui il mancato rispetto delle condizioni di legittimità previste dallo Statuto conducono all'inutilizzabilità dei dati acquisiti e alla conseguente illegittimità del licenziamento. Il Giudice, nel caso di specie, è chiamato ad esprimersi in merito all'adozione di un provvedimento di licenziamento nei confronti di un lavoratore resosi protagonista, in seguito a controlli disposti dal datore di lavoro sul personal computer aziendale, di consultazione, per fini personali, di pagine web aventi ad oggetto contenuti legati al mondo della borsa e della finanza e, quindi, per finalità slegate dalla prestazione lavorativa²². Il Tribunale interessato, nella formulazione delle motivazioni prodotte, rileva che il personal computer aziendale, da intendersi quale strumento di lavoro, è dispositivo utile a configurare un'attività di controllo a distanza sulla prestazione del lavoratore e che, più specificamente, il *proxy* di navigazione è mezzo attraverso il quale operare un controllo diretto e, quindi, riconducibile direttamente all'art. 4, comma 1 dello Statuto dei Lavoratori²³. Ulteriori elementi ravvisati dal Giudice del Lavoro riguardano, rispettivamente, l'inidonea informativa fornita al lavoratore circa le modalità di controllo datoriali preclude l'utilizzo delle informazioni raccolte attraverso gli strumenti di lavoro affidati al dipendente, anche di quelle raccolte

siano le modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione ritenute corrette e se, in che misura e con quali modalità vengano effettuati controlli. Ciò, tenendo conto della pertinente disciplina applicabile in tema di informazione, concertazione e consultazione delle organizzazioni sindacali. Per la predetta indicazione il datore ha a disposizione vari mezzi, a seconda del genere e della complessità delle attività svolte, e informando il personale con modalità diverse anche a seconda delle dimensioni della struttura, tenendo conto, ad esempio, di piccole realtà dove vi è una continua condivisione interpersonale di risorse informative".

²¹ R. Del Punta, La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d. lgs. 151/2015) in Riv. It. Dir. Lav. 2016, I, 99); A. Ingraio, Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs act in Riv. It. Dir. Lav. 2017, I, 46; Tribunale di Roma 13.6.2018 n. 57668 in Wikilabour.it; Tribunale di Torino 19.9.2018 n. 1664 in Il Giustavorista.it, 2018;; in senso contrario Tribunale di Roma 24.3.2017 in Bollettino Adapt, Home, Mercato del Lavoro; Tribunale di Padova, ordinanza 19.1.2018, in Il Caso.it, sez. Giurisprudenza, 19948, pubb. 14/6/2018.

²² G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'impatto della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in Riv. It. Dir. Lav., fasc. 4, 2016, pag. 547.

²³ Rivista telematica del diritto del lavoro. Anche per i cd. controlli difensivi trovano applicazione le garanzie dell'art. 4, c. 2, St. lav.; ne consegue che se, per l'esigenza di evitare attività illecite, il datore di lavoro installa senza autorizzazione impianti e apparecchi di controllo che rilevino anche dati relativi alla attività lavorativa dei dipendenti, tali dati non possono formare oggetto di prova. (Cass. 24/5/2017, n. 13019, Pres. Napoletano Est. De Marinis, in Riv. Giur. Lav. prev. soc. 2017, con nota di M. E. Sauro, "I controlli difensivi e l'(in)utilizzabilità della prova", 588).



mediante l'impiego di strumenti tecnologici, come il proxy di navigazione²⁴, e comporta, poi, l'esclusione, dai predetti obblighi informativi, del Modello di Organizzazione e Gestione, adottato in ottemperanza al D. Lgs n. 231/2001²⁵. Secondo l'orientamento del Giudice, dunque, il predetto Modello non riveste alcuna finalità informativa, così come intesa dall'art. 4, comma 3 dello Statuto dei Lavoratori, bensì, risulta essere prova utile all'implementazione di un sistema di prevenzione, il cui scopo è quello di sensibilizzare il personale in ordine al rischio di incorrere in sanzioni anche in capo all'azienda presso cui la prestazione lavorativa viene resa²⁶. Tenendo fermi gli obblighi informativi, anche il Garante per la protezione dei dati personali, con Provvedimento dell'8 marzo 2018, ha raccolto una segnalazione pervenuta da un'organizzazione sindacale e da alcuni operatori di una Società, con la quale si lamentava una potenziale lesione dei diritti tutelati dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali in seguito all'installazione di un nuovo gestionale. I segnalanti, nel dettaglio, rilevavano che il sistema era stato introdotto dalla Società con avvisi, mediante *pop up*, visualizzabili al momento dell'accesso all'applicativo ormai in disuso, in assenza di idonei elementi informativi previsti dalla normativa privacy e senza ulteriore chiarimento del datore di lavoro, il quale disattendeva la richiesta di incontro urgente avanzata dall'organizzazione sindacale. Alla luce della documentazione rilevata in sede istruttoria dall'Autorità di controllo nazionale, si evidenziava che il sistema di *Customer Relationship Management (CRM)* permetteva di ricostruire, anche indirettamente, la prestazione lavorativa di centinaia di lavoratori, di raccogliere informazioni personali della clientela e degli operatori addetti al servizio di call center (codice operatore, il tipo di operazione svolta, la durata della chiamata, data e orario di termine della chiamata), configurando, potenzialmente, controllo indiretto all'attività lavorativa degli interessati²⁷. Agli stessi

²⁴ P. LAMBERTUCCI, *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del c.d. jobs act del 2015: primi spunti di riflessione*, ADL, 2016, 514.

²⁵ T. E. Romolotti, *Cybersecurity: un ponte tra GDPR e d.lgs. 231/2001 alla luce del d.lgs. 101/2018*, Rivista 231, numero 2 – 2019.

²⁶ A. Jannone e I. Ciarletta Guzzo, *231: gestione "post evento e controlli sui dipendenti – Limiti e utilizzabilità a fini probatori*, Resp. amm. società e enti, 2015, n. 3, 245.

²⁷ Nel Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, con riferimento all'informativa relativa al trattamento dei dati personali stabilisce "A tal proposito, si osserva che il documento denominato "Informativa ai dipendenti di Sky Italia Network Service S.r.l. ai sensi dell'art. 4, comma 3 l. 20/5/1970 n. 300 (cfr. p. 7 all. n. 4 verbale 21.06.2017, cit.) si compone di due parti. La prima contiene le istruzioni e le modalità d'uso del sistema di gestione che viene qualificato "strumento per rendere la prestazione lavorativa" nella quale vengono sinteticamente indicate le principali caratteristiche nell'interfaccia con il cliente, per semplificare la relazione tra il chiamante e l'operatore e gestire più efficacemente i rapporti contrattuali in essere; in tale sezione del documento, tuttavia, non si menzionano le funzionalità del sistema "lato operatore" e le specifiche operazioni di trattamento che riguardano, come invece verificato nel corso degli accertamenti, i dati personali riferiti agli operatori addetti al call center. Nella seconda parte del documento la società rende note ai dipendenti le specifiche attività di controllo che si riserva di effettuare sulla loro attività, prefigurandone modalità e procedure in vista del successivo utilizzo dei dati raccolti mediante il sistema "per tutte le finalità connesse al rapporto di lavoro" ai sensi e per gli effetti dell'art. 4, comma 3 della legge n. 300/1970 (es: "estrazione di dati attraverso le funzioni di interrogazione del Sistema"; "raccolta, analisi ed elaborazione dei dati relativi all'attività di gestione degli abbonati e verifica



dipendenti, dedicati alla gestione delle richieste dei clienti, inoltre, sulla base degli elementi istruttori forniti dalla Società al Garante, non risultava presentata alcuna informativa privacy circa le modalità di raccolta, le finalità di trattamento e ogni ulteriore cenno a quanto espressamente previsto dalla normativa in materia di protezione dati personali. Il sistema in esame, pertanto, risulta essere annoverato tra gli strumenti utili a soddisfare esigenze organizzative e produttive del datore di lavoro dai quali, inevitabilmente, può derivare il controllo a distanza dei lavoratori. Alla luce di quanto sin qui espresso, la Società avrebbe dovuto adottare idonee misure previste dallo Statuto dei lavoratori, quali l'accordo sindacale o, in assenza, l'autorizzazione amministrativa delle Direzioni territoriali del lavoro²⁸, configurando così, secondo quanto riscontrato dall'Autorità di controllo, violazione della disciplina lavoristica nazionale e, contestualmente, della normativa a tutela della riservatezza, dell'identità personale e della protezione dei dati personali²⁹.

Ne deriva che l'introduzione della tecnologia all'interno degli ambienti di lavoro deve necessariamente ispirarsi ai principi di privacy by design e by default che impongono al titolare del trattamento, fin dalla fase di progettazione, l'organizzazione di regole a tutela della protezione dei dati dei lavoratori nell'ambito dell'utilizzo della strumentazione aziendale e, conseguentemente, a mantenerle per tutto il ciclo di vita dei trattamenti³⁰. La regolazione europea in materia di privacy, inoltre, chiama il datore di lavoro ad eseguire e attuare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, vale a dire una valutazione documentata delle potenziali conseguenze pregiudizievoli per i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche interessate dal trattamento³¹.

2. Brevi cenni ai primi atti di indirizzo del Garante per la protezione dei dati personali

della correttezza delle stesse rispetto alle procedure stabilite in materia per le attività di retention, prevention, commerciale, extra, tecnica, back-office e teleselling ed agli standard qualitativi ed operativi previsti"; "raccolta analisi di ed elaborazione dei dati quantitativo relativi alle attività di gestione degli abbonati e confronto degli stessi con gli obiettivi di volume e con gli indici di performance periodica stabiliti a livello aziendale per le attività di retention...etc.."), così presupponendo la raccolta di informazioni riferibili agli operatori, senza tuttavia darne specifica evidenza".

²⁸ Si vedano, a tal riguardo, i Provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, Provv. 1° febbraio 2018, n.53; Provvedimenti 19 marzo 2015, doc. web n. 4039439, 20 febbraio 2014, doc. web n. 3115239 e 4 giugno 2009, doc. web n. 1629029

²⁹ Newsletter 29/03/18 - *Customer care, no a software che controlla operatori - Lavoro: vietato controllo email*, www.garanteprivacy.it.

³⁰ S. Wachter, B. Mittelstadt, *A Right to Reasonable inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and A.I.*, in *Columbia Business Law Review*, 2019, n. 1, 1 ss.

³¹ *Linee-guida concernenti la valutazione di impatto sulla protezione dei dati nonché i criteri per stabilire se un trattamento "possa presentare un rischio elevato" ai sensi del regolamento 2016/679 - WP248rev.01*



Le Linee guida del Garante sull'utilizzo della posta elettronica e di internet del 2007³², poi arricchite con il *Vademecum Privacy e Lavoro*³³, si sono rese necessarie a seguito di numerosi reclami, segnalazioni e quesiti pervenuti all'attenzione del Garante per la protezione dei dati nel corso degli anni, dai quali risultava l'esigenza di prescrivere ai datori di lavoro alcune misure, necessarie e opportune, per conformare, alle disposizioni vigenti, il trattamento di dati personali effettuato al fine di verificare il corretto utilizzo, nell'ambito del rapporto di lavoro, dei devices informatici affidati, del servizio di posta elettronica e della rete Internet. Proprio la navigazione in rete da parte dei lavoratori può, infatti, costituire oggetto di analisi, di profilazione e di integrale ricostruzione delle attività mediante l'elaborazione di file log della navigazione web ottenuti, ad esempio, da un proxy server o da un altro strumento di registrazione delle informazioni; allo stesso modo, i servizi di posta elettronica, parimenti suscettibili (anche attraverso la tenuta di log file di traffico e-mail e l'archiviazione di messaggi) di verifiche, possono consentire al datore di lavoro di condurre un controllo del contenuto della corrispondenza elettronica, fattispecie ancor più rilevante quando le informazioni in oggetto toccano, oltre a quella lavorativa, la sfera personale e la vita privata di lavoratori e di soggetti terzi³⁴. Nell'ambito delle predette Linee guida, il Garante, muovendo i passi dalle disposizioni contenute nella vecchia formulazione del D.lgs n.196/2003, oggi da intendere come rimando al Regolamento UE 2016/679 e al D.Lgs n. 196/2003 e s.m.i., indica i dettami fondamentali cui i titolari del trattamento devono attenersi nelle operazioni di trattamento: il principio di necessità, secondo cui i sistemi informativi e i programmi informatici devono essere configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e identificativi e sempre in relazione alle finalità perseguite, il principio di correttezza, sulla base del quale le caratteristiche essenziali dei trattamenti devono essere analiticamente rese note ai lavoratori, in virtù anche del fatto che lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione permettono di svolgere trattamenti ulteriori rispetto a quelli connessi ordinariamente all'attività lavorativa³⁵. Tale situazione può verificarsi in assenza di una adeguata consapevolezza dei lavoratori, in contrasto anche con il principio di trasparenza. Tenendo ferme le

³² Si vedano, a tal riguardo, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico* e *Linee-guida per il trattamento di dati dei dipendenti privati*, www.garanteprivacy.it

³³ Garante per la protezione dei dati personali, *Privacy e Lavoro. Le regole per il corretto trattamento dei dati personali dei lavoratori da parte di soggetti pubblici e privati*, 2015, www.garanteprivacy.it.

³⁴ C. Colapietro, *Tutela della dignità e riservatezza del lavoratore nell'uso delle tecnologie digitali per finalità di lavoro*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 155/2017, 445.

³⁵ Il Considerando n. 39 al Regolamento UE 2016/679 sancisce che "qualsiasi trattamento di dati personali dovrebbe essere lecito e corretto. Dovrebbero essere trasparenti per le persone fisiche le modalità con cui sono raccolti, utilizzati, consultati o altrimenti trattati dati personali che le riguardano nonché la misura in cui i dati personali sono o saranno trattati. Il principio della trasparenza impone che le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento di tali dati personali siano facilmente accessibili e comprensibili e che sia utilizzato un linguaggio semplice e chiaro"



ulteriori raccomandazioni di massima fornite dall'Autorità, il trattamento di dati personali deve essere ispirato e concretizzato per finalità determinate, esplicite e legittime, in piena adesione al principio di pertinenza e non eccedenza, motivo per cui al datore di lavoro è demandato il compito di trattare informazioni personali "nella misura meno invasiva possibile"³⁶ (oggi minimizzazione del dato). Il Garante, inoltre, ha specificato che nell'ambito dell'organizzazione lavorativa è opportuno adottare un disciplinare interno, redatto in modo chiaro e senza formule generiche, da pubblicizzare adeguatamente (verso i singoli lavoratori, nella rete interna aziendale o mediante affissioni sui luoghi di lavoro) e da sottoporre ad aggiornamento periodico; a tale documento è affidato il compito di riportare, in maniera puntuale, quali condotte siano contemplate rispetto alla navigazione in Internet (ad es., il download di software o di file musicali), l'eventuale tenuta di file nella rete interna, quali informazioni risultino memorizzate temporaneamente (ad esempio, le componenti di file di log eventualmente registrati), i soggetti (risidenti anche all'esterno dell'organizzazione) che possono accedere legittimamente, nonché quali informazioni sono eventualmente custodite, i relativi tempi di conservazione e l'eventualità che i dati risiedano in forma centralizzata o decentralizzata. Ancora, dovrebbe essere precisata la riserva, per il datore di lavoro, di eseguire controlli in conformità alla legge, periodici o occasionali, indicando, all'uopo, gli interessi legittimi per i quali verrebbero effettuati, le relative modalità e le conseguenze, sotto il profilo disciplinare, in caso di utilizzo indebito dei predetti strumenti da parte del lavoratore³⁷. Ulteriore casistica specificamente rilevata dal Garante per la protezione dei dati personali riconduce alla fattispecie per la quale al datore, al fine di garantire la continuità dell'attività lavorativa in caso di assenza del lavoratore (anche ripetuta nel tempo, come nel caso di permessi consentiti dalla legge), spetta l'ulteriore compito di concordare forme di cooperazione con gli interessati, in un'ottica di bilanciamento tra l'esigenza di garantire la regolare prosecuzione dell'attività lavorativa (e produttiva) e la tutela della sfera di riservatezza del lavoratore. Con specifico riferimento al principio della trasparenza, altresì previsto dall'art. 5, par. 1 del Regolamento UE 2016/679, l'Autorità di controllo rileva che il datore di lavoro, al fine di coniugare esigenze organizzative, produttive e di sicurezza, deve informare preventivamente, e in modo chiaro, gli interessati rispetto a potenziali controlli cui possono essere sottoposti, sulle finalità per le quali il trattamento di dati personali si

³⁶ Linee guida del Garante per posta elettronica e internet, Gazzetta Ufficiale n. 58 del 10 marzo 2007, 2.3. *Principi del Codice, c) i trattamenti devono essere effettuati per finalità determinate, esplicite e legittime (art. 11, comma 1, lett. b), del Codice: par. 4 e 5), osservando il principio di pertinenza e non eccedenza (par. 6). Il datore di lavoro deve trattare i dati "nella misura meno invasiva possibile"; le attività di monitoraggio devono essere svolte solo da soggetti preposti (par. 8) ed essere "mirate sull'area di rischio, tenendo conto della normativa sulla protezione dei dati e, se pertinente, del principio di segretezza della corrispondenza" (Parere n. 8/2001, cit., punti 5 e 12).*

³⁷ F. Ciccotti, *Diritto di accesso del lavoratore di lavoro e diritto alla riservatezza del lavoratore*, Diritto del Lavoro, Vol. 69, Fasc. 2, 1995.



rende necessario e sulla possibilità di esercitare i diritti degli interessati, previsti dalla normativa rilevante in materia di protezione dei dati personali. La nota informativa, pertanto, deve avere cura di specificare la tipologia degli strumenti presenti in azienda, l'utilizzo, diretto o indiretto, degli stessi da parte del lavoratore, dai quali possa derivare attività di controllo a distanza dell'attività lavorativa, le modalità attraverso le quali risulti possibile l'impiego di dispositivi forniti dal datore di lavoro anche, eventualmente, per scopi personali. Con riguardo, invece, alle apparecchiature preordinate al controllo a distanza, il Garante afferma, in ossequio ai principi sanciti dagli artt. 2086, 2087 e 2104 del codice civile, che il datore di lavoro può riservarsi il diritto di verificare (direttamente o attraverso la propria struttura) l'effettivo adempimento della prestazione lavorativa, il corretto utilizzo degli strumenti di lavoro e, che nell'esercizio di tale prerogativa, occorre rispettare la libertà e la dignità dei lavoratori, in particolare per ciò che attiene al divieto di installare "apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori" (art. 4, primo comma, L. n. 300/1970, poi modificato dal "Jobs Act"), tra cui sono certamente comprese componenti hardware e software mirate al controllo dell'utente di un sistema di comunicazione elettronica. In aderenza con quanto oggi stabilito dall'art. 5, par. 1, lett. c) del Regolamento UE 2016/679, l'Autorità di controllo afferma che il datore di lavoro è chiamato a promuovere ogni opportuna misura, organizzativa e tecnologica volta a prevenire il rischio di utilizzi impropri (da preferire rispetto all'adozione di misure "repressive") e, comunque, a "minimizzare" l'uso di dati riferibili ai lavoratori. Dal punto di vista organizzativo, invero, il Garante impone di valutare prudentemente l'impatto sui diritti dei lavoratori, prima dell'installazione di apparecchiature che consentono il controllo a distanza, e, successivamente, di adottare tutte le misure tecnologiche volte a ridurre l'utilizzo di dati identificativi (c.d. *privacy enhancing technologies*–PETs)³⁸. Nonostante tali prescrizioni, nuovi controlli delle attività dei lavoratori, e sempre più pervasivi, sono stati messi in atto dai datori di lavoro nel corso degli anni, chiamando, così, l'Autorità di controllo ad intervenire nuovamente, come nel caso del Provvedimento n. 547 del 22 dicembre 2016, per rimarcare l'assunto secondo il quale l'accesso in maniera indiscriminata, per lo più in assenza di una idonea informativa, alla posta elettronica o ai dati personali contenuti negli *smartphone* in dotazione al personale, configura un comportamento illecito³⁹. Il provvedimento del Garante, emesso a seguito di un reclamo promosso da un dipendente che lamentava una presunta violazione della sfera personale derivante dalla illecita intrusione datoriale durante il transito di messaggi di posta elettronica e di conversazioni telefoniche, ha disposto l'illegittimità del comportamento di una Società multinazionale che si era resa

³⁸ Yu Pu, J., J. Grossklags, *Towards a Model on the Factors Influencing Social App Users' Valuation of Interdependent Privacy*, Volume 2016: Issue 2, pp. 61-81.

³⁹ R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro*, RIDL, 1/2016.



protagonista del mantenimento dell'account di posta elettronica e della conservazione della predetta documentazione, anche a seguito della cessazione del rapporto di lavoro, per dieci anni, periodo nettamente superiore a quello consentito di sei mesi⁴⁰. L'Autorità, pur riconoscendo il potere datoriale sul controllo della prestazione lavorativa e sull'utilizzo della strumentazione affidata agli interessati, ha stabilito che *"la raccolta sistematica delle comunicazioni elettroniche, la loro memorizzazione per un periodo di dieci anni e la possibilità di accedervi all'esito di una procedura, consente alla società di effettuare il controllo dell'attività dei dipendenti. Ciò risulta in contrasto con la disciplina di settore in materia di controlli a distanza. Tale disciplina, infatti, pure a seguito delle modifiche disposte con l'art. 23 del d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151, non consente l'effettuazione di attività idonee a realizzare, anche indirettamente, il controllo massivo, prolungato e indiscriminato dell'attività del lavoratore"*. Altra casistica meritevole di opportuna menzione e affrontata dal Garante per la protezione dei dati personali nel Provvedimento del 13 luglio 2016, riguarda il trattamento illecito di un Ateneo sui dati personali del corpo amministrativo e docente di una Università italiana. Nel dettaglio, l'Autorità di controllo ha rilevato che *"verifiche indiscriminate sulla posta elettronica e sulla navigazione web del personale sono in contrasto con il Codice della Privacy e con lo Statuto dei Lavoratori"*: l'infrastruttura dell'Ateneo consentiva, in assenza di idonea informativa, la raccolta e la conservazione di file di log relativi al traffico Internet, l'indirizzo IP, informazioni relative all'utilizzo della posta elettronica ed alle connessioni di rete di una serie di utenti, tra cui docenti, ricercatori, personale tecnico amministrativo, studenti, dottorandi, specializzandi, assegnisti di ricerca, professori a contratto e *visiting professor*. In particolare, il Garante per la protezione dei dati personali precisa che nella nozione di "strumenti di lavoro" di cui all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, secondo comma, possono ricomprendersi solo servizi, software o applicativi strettamente funzionali alla prestazione lavorativa, anche sotto il profilo della sicurezza⁴¹. Da questo punto di vista e a titolo esemplificativo, possono essere considerati "strumenti di lavoro", alla stregua della normativa sopra citata, il servizio di posta elettronica offerto ai dipendenti (mediante attribuzione di un account personale) e gli altri servizi della rete aziendale, fra cui il collegamento ai siti internet, nel quale vengono ricompresi tutti i sistemi e le misure di sicurezza, quali sistemi di logging, di filtraggio anti-virus e di inibizione automatica della consultazione di alcuni contenuti. L'intervento del Garante non risolve tutte le questioni emerse, bensì occorrerà operare una valutazione, caso per caso, specificando che la "stretta funzionalità" di un software e di un applicativo rispetto alla

⁴⁰ Garante per la protezione dei dati personali, *Accesso alla posta elettronica dei dipendenti*, 22 dicembre 2016, Doc. web n. 5958296.

⁴¹ L. Tebano, *Employees' Privacy and employers' control between the Italian legal system and European sources*, Labour & Law Issues, Vol. 3, no. 2, 2017, pp. 7-9.



prestazione lavorativa (anche in termini di sicurezza) non può prescindere da una verifica sulla specifica attività svolta dal lavoratore e del settore nel quale egli opera. Prendendo sempre come riferimento gli aspetti legati al potenziale controllo datoriale sul lavoratore, la posizione del Garante per la protezione dei dati personali, a tal riguardo, si è ulteriormente rafforzata con il Provvedimento generale in materia di videosorveglianza⁴², lì dove sono disposte ulteriori specificazioni in ordine al trattamento di dati personali mediante sistemi di rilevazione delle immagini⁴³ e che, in base a quanto disposto dall'art. 22, comma 4, del D.Lgs n. 101/2018, continuano a produrre effetti, compatibilmente con le disposizioni vigenti in materia⁴⁴. L'Autorità di controllo, nel ribadire che le attività di raccolta, registrazione, consultazione e conservazione configurano un trattamento di dati personali, sottolinea, così come ribadito anche dall'*European Data Protection Board* nelle Linee guida in tema di videosorveglianza ("*Video surveillance measured should only be chosen if the purpose of the processing could not reasonably be fulfilled by other means which are less intrusive to the fundamental rights and freedoms of data subject*"), che il ricorso a tali sistemi deve essere consentito qualora, successivamente ad un bilanciamento di interessi, si ravvisi l'impossibilità di utilizzare sistemi meno invasivi per il raggiungimento dello scopo prefissato. Se ne desume che le operazioni di trattamento, considerate alla luce delle condizioni di liceità previste dagli artt. 6 e 9 del Regolamento UE 2016/679, e dal Provvedimento del Garante n. 146/2019, debbano essere ispirate ai principi fondamentali in materia, oggi richiamati dall'art. 5 della stessa normativa europea, ed essere garantiti da adeguate misure di sicurezza utili a garantire la riservatezza, l'integrità, la disponibilità dei dati e la resilienza dei sistemi, con il precipuo scopo di mitigare i rischi per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati⁴⁵. Con riferimento agli aspetti di sicurezza, in ottica di *privacy e security by design*, l'Autorità di controllo prima, il *Board* Europeo poi, evidenziano la necessità dell'adozione di misure tecniche ed organizzative affinché, in adesione all'art. 32 del *GDPR*, il trattamento risulti sicuro, onde prevenire potenziali episodi di perdita o manipolazione dei dati (c.d. *data breach*). Il citato Provvedimento dispone, dunque, che l'attività di videosorveglianza debba essere effettuata nel rispetto del principio di proporzionalità, nella scelta delle modalità di ripresa e dislocazione (es. tramite

⁴² F. Sarzana, S. Ippolito, *La nuova videosorveglianza per gli enti locali, le imprese e i privati*, Maggioli Editore, 2010, pp. 102-105.

⁴³ Il Provvedimento generale del Garante per la protezione dei dati personali in materia di videosorveglianza dell'8 aprile 2010 (doc. web n. 1712680) sostituisce il precedente Provvedimento emanato dalla stessa Autorità di controllo in data 29 aprile 2004 (doc. web n. 1003482).

⁴⁴ Art. 22, comma 4 del D.Lgs n.101/2018, "*A decorrere dal 25 maggio 2018, i provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali continuano ad applicarsi, in quanto compatibili con il suddetto regolamento e con le disposizioni del presente decreto*".

⁴⁵ I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto di lavoratori e quelle del Codice della privacy*, *Labour & Law Issues*, 2016, No. 1, p. 30.



telecamere fisse o brandeggiabili, dotate o meno di zoom) e della limitazione delle finalità perseguite dal titolare del trattamento. Gli ulteriori principali adempimenti prescritti dal Provvedimento del Garante e dalle disposizioni del Comitato europeo per la protezione dei dati personali, richiedono l'implementazione di un modello organizzativo, l'individuazione di compiti e di responsabilità in ambito privacy (anche per i soggetti esterni al contesto lavorativo), il rispetto del principio di trasparenza e degli obblighi di informazione, mediante anche informative brevi,⁴⁶ una attenta analisi in ordine alla *data retention*, in forza della quale i dati personali trattati con l'ausilio di *video surveillance system* devono essere conservati per il tempo strettamente necessario (stabilito finanche dagli Stati membri) rispetto alle finalità per le quali vengono raccolti, e l'adozione di un sistema utile per consentire l'esercizio dei diritti degli interessati. Quanto al rapporto di lavoro, anche nelle attività di sorveglianza occorre rispettare il divieto di controllo a distanza dell'attività lavorativa, pertanto è vietata l'installazione di apparecchiature specificatamente preordinate alla predetta finalità: non devono quindi essere effettuate riprese al fine di verificare l'osservanza dei doveri di diligenza stabiliti per il rispetto dell'orario di lavoro e la correttezza nell'esecuzione della prestazione lavorativa (ad es. orientando la telecamera sul badge). Risulta necessario, in ambito lavorativo, operare una valutazione in ordine all'effettiva necessità di implementare un sistema di videosorveglianza che, in ogni caso, dovrà tenere in considerazione le indicazioni contenute nell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori.

3. I recenti orientamenti delle Corti europee tra riconoscimento del diritto alla riservatezza ed esercizio del potere datoriale

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) di recente è stata chiamata a pronunciarsi su potenziali violazioni dei diritti fondamentali dei lavoratori e sul difficile bilanciamento tra diritto alla riservatezza del lavoratore e potere di controllo del datore di lavoro, valutazione resa ancor più complicata dall'avvento delle nuove tecnologie⁴⁷. Con sentenza depositata il 5 settembre 2017, la Grande Camera della

⁴⁶ Guida all'applicazione del Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, <https://www.garanteprivacy.it/Regolamentoue/diritti-degli-interessati>

⁴⁷ SI riportano, per gli aspetti legati alla protezione dei dati personali, i Considerando 6 e 7 al Regolamento UE 2016/679 che meglio illustrano la rilevanza e la portata del progresso tecnologico della Società. (6) "La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che le riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali". (7) "Tale evoluzione richiede un quadro più solido e coerente in materia di protezione dei dati nell'Unione, affiancato da efficaci misure di attuazione, data l'importanza di creare il clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno. È opportuno che le



CEDU si è pronunciata nel caso *Bărbulescu v. Romania*. L'origine della controversia risiede nelle domande inoltrate da Bogdan Mihai Bărbulescu, *sales engineer* di una Società privata di Bucarest, licenziato per motivi disciplinari a causa dell'utilizzo, per scopi personali e durante l'orario di lavoro, dell'account di messaggiera istantanea fornito dal software *Yahoo! Messenger*, originariamente creato con il precipuo scopo di assistere i clienti nelle loro diverse richieste formulate. Tale fattispecie si inseriva in un quadro di consapevolezza del lavoratore, il quale veniva informato in merito alle disposizioni contenute nel regolamento aziendale interno della Società che, per l'appunto, vietavano l'uso, per scopi personali, di risorse dell'impresa, ma, allo stesso tempo, non contemplavano la facoltà datoriale di effettuare controlli o monitorare la corrispondenza dei propri lavoratori, elemento che induceva il lavoratore a convenire in giudizio il datore di lavoro presso le Corti nazionali, lamentando la violazione del diritto alla riservatezza della corrispondenza, espressamente tutelato dall'art. 8 CEDU⁴⁸. Il Giudice nazionale, sia in primo grado che in appello, riconosceva la legittimità del licenziamento, affermando che il software era stato messo a disposizione esclusivamente per ragioni lavorative, non rilevando alcuna violazione della sfera della riservatezza del lavoratore, il quale, avverso tali decisioni, adiva la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In questa sede veniva confermato l'orientamento dei Giudici nazionali e si ribadiva la legittimità dell'attività di controllo svolta dal datore di lavoro, aderente, altresì, alle disposizioni normative in materia di protezione dei dati personali e all'art. 8 CEDU⁴⁹. La *Grande Chambre* sovvertiva le precedenti decisioni, facendo leva su elementi normativi essenziali, quali la Risoluzione 45/95 delle Nazioni Unite, la Convenzione di Strasburgo del 1981⁵⁰ e il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali UE 2016/679⁵¹. Più nello specifico, la Grande Camera, nell'attività di ricostruzione dei fatti, si soffermava sull'effettivo riconoscimento del diritto alla riservatezza degli individui, prendendo come riferimento analogo autorevole decisione⁵² e sostenendo che al lavoratore debba vedersi riconosciuto il diritto alla privacy. Nel caso in cui la sfera privata

persone fisiche abbiano il controllo dei dati personali che le riguardano e che la certezza giuridica e operativa sia rafforzata tanto per le persone fisiche quanto per gli operatori economici e le autorità pubbliche".

⁴⁸ F. Tumiello, *Privacy sul posto di lavoro: la Corte EDU fa marcia indietro*, Ius in Itinere – Rivista semestrale di Diritto, ISSN 2611-3202.

⁴⁹ Corte EDU, *Bărbulescu c. Romania*, ricorso n. 614960/08, sentenza 12 gennaio 2016 (Quarta sezione).

⁵⁰ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, Strasburgo, 28 gennaio 1981.

⁵¹ Si fa riferimento al Gruppo di Lavoro art. 29 e alla Corte EDU, *Bărbulescu c. Romania*, Quarta sezione, cit., §47, "il semplice fatto che un'attività di controllo e sorveglianza sia funzionale agli interessi del datore di lavoro non può giustificare di per sé qualsiasi intrusione nella privacy del dipendente e che qualsiasi misura di controllo deve soddisfare quattro criteri: trasparenza, necessità, lealtà e proporzionalità"

⁵² F. Perrone, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza López Ribalda c. Spagna: la tutela della privacy sul luogo di lavoro dopo Bărbulescu 2*, (Köpke c. Germania, ricorso n. 420/07), *Labour-Il Lavoro nel diritto*, Pacini Giuridica, Diritto del lavoro comparato, internazionale e dell'Unione Europea, 2018.



debba essere soggetta a limitazione, agli interessati deve essere garantita informazione, adeguata e puntuale, sulle potenziali attività di controllo e monitoraggio⁵³. Risulta di tutta evidenza come la *Grande Chambre* ravvisi una violazione dell'art. 8 CEDU, invitando le Corti nazionali al rispetto di specifici criteri⁵⁴, che riprendono anche i principi previsti dall'art. 5 del Regolamento UE 2016/679, utili a determinare la legittimità del controllo datoriale, quali l'informazione preventiva al dipendente sulla portata, la proporzionalità, la durata e le conseguenze del controllo, i soggetti che possono accedere a tali informazioni, la base giuridica utile a legittimare l'attività da parte del datore, la ponderazione, in alternativa, di strumenti meno invasivi rispetto a quelli attuati e le garanzie adottate a tutela dei diritti degli interessati⁵⁵.

Prendendo in esame altra decisione, nel caso *Antovič e Mirkovič v. Montenegro*, la Corte di Strasburgo, Sezione II, è chiamata ad esprimersi su una potenziale violazione della privacy dei lavoratori a seguito del controllo effettuato dal datore di lavoro mediante l'utilizzo di sistemi di videosorveglianza. Più precisamente, il Preside della facoltà della School of Mathematics dell'Università del Montenegro, previa comunicazione nel Consiglio Universitario, autorizzava l'installazione di un sistema di videosorveglianza nell'Ateneo al fine di perseguire esigenze legate alla sicurezza e alla protezione delle aree universitarie. Sulla base delle misure poste in essere dalla Scuola, i professori Antovič e Mirkovič, ritenendo lesiva dei diritti fondamentali, dei docenti e degli studenti, il sistema di riprese installato all'interno delle aule didattiche, la cui sicurezza era già garantita da misure di controllo degli accessi fisici, quale la chiusura a chiave degli Uffici, segnalavano tale situazione al Garante nazionale per la protezione dei dati personali (*Personal Data Protection Agency*), eccependo la legittimità delle riprese. La decisione di sfavore dell'Autorità di controllo, induceva i ricorrenti a presentare ricorsi all'*Agency's Council*, confutando le indagini sin lì svolte e sostenendo, altresì, in un'ottica di minimizzazione delle misure potenzialmente lesive delle libertà, che solo la rilevazione delle immagini all'ingresso e all'uscita dei locali universitari risultava misura adeguata a garantire la sicurezza delle aree e, contestualmente, il rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali. A seguito dell'accoglimento della decisione da parte del *Council* attraverso cui si imponeva all'Università la rimozione delle telecamere, Antovič e Mirkovič avviavano successivo contenzioso civile contro l'Università, l'Autorità di controllo in materia di protezione dei dati persona e lo Stato del

⁵³ F-46/09, V c. Parlamento europeo, 5 luglio 2011.

⁵⁴ Il Giudice Paulo Pinto de Albuquerque, in aperto contrasto con la decisione della Corte, IV Sezione, del 2016, afferma "*Workers do not abandon their right to privacy and data protection every morning at the doors of the workplace*"

⁵⁵ A tal riguardo, G. Formici, *Lavoratori e tutela della privacy: l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, tra controllo della corrispondenza elettronica e videosorveglianza*, Osservatorio Costituzionale, Fascicolo 1/2018, 13 aprile 2018.



Montenegro, con lo scopo di vedere riconosciuto il danno subito in ordine al libero godimento della propria vita privata, promuovendo la causa, dopo il rigetto della Corte di Prima Istanza e della Alta Corte, dinanzi alla CEDU per violazione dell'art. 8 della Convenzione. Secondo la Corte, il fatto che queste attività siano state calate in un contesto lavorativo configurato come luogo pubblico⁵⁶ non contribuisce ad escludere l'applicabilità dell'art. 8 richiamato, bensì irrobustisce le ragioni dei due appellanti, nei termini in cui costituisce "una considerevole ingerenza nella vita privata dei dipendenti"⁵⁷.

La Corte EDU, muovendo dalle considerazioni prodotte dalla Grande Camera nel contezioso *Berbulescu*⁵⁸ e riconoscendo la violazione delle disposizioni contenute nel *Data Protection Act* montenegrino, evidenzia l'errata interpretazione avanzata dalle Corti nazionali nel riconoscimento della vita privata, desumibile dalla presenza di una normativa nazionale in materia di protezione dei dati personali⁵⁹ e dai criteri di legittimità tracciati dalla precedente pronuncia della Grande Camera (*Bărbulescu*).

In ultimo, la CEDU si è nuovamente pronunciata in merito ai sistemi di videosorveglianza installati sui luoghi di lavoro, per esaminare il ricorso di alcuni cassieri, impiegati presso una catena di supermercati spagnoli, destinatari di un provvedimento di licenziamento. Più nel dettaglio, il datore di lavoro, al fine di verificare discordanze tra giacenze di magazzino e ricavi conseguiti, predisponendo un sistema di videosorveglianza, collocato anche in prossimità dei varchi di entrata e uscita per i quali veniva fornita regolare informazione ai dipendenti e, in aggiunta, installava telecamere occulte, in posizione utile al controllo del personale dedicato alle operazioni di cassa, mediante le quali scopriva che cinque dipendenti si rendevano protagonisti di furto e sottrazione di denaro, anche in collaborazione tra loro.⁶⁰ I lavoratori, segnalando le modalità illecite di registrazione e l'assenza di una preventiva informazione agli interessati, ricorrevano alle Corti spagnole per lamentare la violazione dello *Estatuto dei Trabajadores* e del diritto alla privacy, altresì tutelato dall'impianto costituzionale spagnolo, vedendosi respinte, in entrambi i gradi di giudizio, le impugnative. Secondo l'orientamento della Alta Corte di Giustizia della Catalogna, infatti, pur ricorrendo i presupposti per l'irrogazione di una sanzione amministrativa in capo al datore di lavoro per omessa informazione,

⁵⁶ CGUE, C-342/12, *Worten – Equipamentos para o Lar SA c. Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT)*, 30 maggio 2013, punto 19.

⁵⁷ *Antovič e Mirkovič v. Montenegro*, 28 novembre 2017, Sez. II, n. 70838/13, "developing mutual relations and constructing their social identity"

⁵⁸ A. Lombardi, *Il potere di controllo del datore di lavoro alla luce della giurisprudenza CEDU*, Ricerca del Dipartimento di Diritto Pubblico dell'Università di Perugia, 18 novembre 2017.

⁵⁹ Sezione 35 e 36 del *Personal Data Protection Act*. Nel caso di specie, l'Università non aveva considerato l'effettiva minaccia per beni e persone all'interno dei locali.

⁶⁰ *Telecamere sul luogo di lavoro: dichiarazione di Antonello Soro, Presidente del Garante per la privacy, su sentenza Corte di Strasburgo*, 2019, (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9164334>)



l'interferenza datoriale nella sfera di riservatezza dei lavoratori mediante videosorveglianza, anche se occulta, risultava giustificata, necessaria, proporzionata e, quindi, legittima. I successivi ricorsi in Cassazione e alla Corte Costituzionale venivano dichiarati, rispettivamente, irricevibili e inammissibili (quest'ultimo a causa della violazione degli artt. 18 e 24 della *Costitucìon*), inducendo i lavoratori ad adire la Corte di Strasburgo per violazione degli artt. 8 e 6 della Convenzione e, pertanto, ad una valutazione in ordine al corretto bilanciamento, tra i diritti contrapposti, operato dal giudice nazionale⁶¹.

Proprio la Corte di Strasburgo, attraverso la decisione della Terza sezione, richiama la legislazione nazionale sul tema e accerta la violazione dell'art. 8 CEDU, rilevando, pertanto, la durata prolungata delle riprese video e le connesse potenzialità di controllo generalizzato per tutti i dipendenti, contestando la proporzionalità della misura e asserendo che *"la videosorveglianza nascosta di un dipendente nel suo luogo di lavoro deve essere considerata, in quanto tale, una considerevole intrusione nella sua vita privata. Essa comporta una documentazione riproducibile della condotta di una persona sul suo posto di lavoro, che lui o lei, essendo obbligato a [...] svolgere il lavoro in quel luogo, non può eludere"*.⁶²

A diverse conclusioni, tuttavia, è giunta la Grande Camera, lì dove prendendo spunto dai criteri stabiliti nel caso *Bărbulescu*, i Giudici non hanno evidenziato alcuna violazione del diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU, concludendo che l'intrusione nella sfera di riservatezza non sia stata caratterizzata da un *"livello elevato di serietà"* e che, in alternativa, una modalità di sorveglianza meno invasiva non sarebbe potuta essere adottata valutato che *"la fornitura di informazioni a qualsiasi membro del personale avrebbe potuto vanificare lo scopo della videosorveglianza, che era [...] scoprire i responsabili dei furti, ma anche ottenere prove da utilizzare per i procedimenti disciplinari contro di loro"*⁶³. Invero, le Corti nazionali avevano rimarcato come, alla luce dei furti subiti, il datore di lavoro avesse deciso di installare un sistema di sorveglianza occulta nelle sole aree in prossimità delle casse e, conseguentemente, quest'ultimo non avrebbe potuto informare preventivamente i suoi dipendenti o scegliere una modalità di controllo meno invasiva, tenuto conto, altresì, del fatto che le registrazioni erano state utilizzare solo per la stringente finalità di prova nel caso *de quo*.

La Corte, rimarcato il rispetto dell'art. 8 CEDU, considera la violazione da parte del datore in ordine al dovere di informazione sancito dalla Sezione 5 della Legge

⁶¹ A. Ciriello, *Videosorveglianza "occulta" sul luogo di lavoro: il caso López Ribalda e altri c. Spagna e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Lavoro Diritti Europa, Rivista nuova di diritto del lavoro, no 3/2019.

⁶² A livello nazionale si riportano le seguenti decisioni, Corte di Cassazione, Sez. L, sentenza n. 22313 del 3 novembre 2016; nello stesso senso, Corte di Cassazione, Sez. L, sentenza n. 22662 del 8 novembre 2016

⁶³ Corte EDU, *López Ribalda e altri c. Spagna*, ricorsi nn. 1874/12 e 8567/13, 17 ottobre 2019 (Grande Camera), §116.



spagnola sulla protezione dei dati personali, ma, sulla base dei criteri stabiliti nel caso *Bărbulescu*, tale fattispecie non svilisce la proporzionalità della misura, essendo stati rispettati gli ulteriori criteri enunciati nel caso di specie del *sales engineer* rumeno. La *Grande Chambre*, nonostante opinioni dissenzienti da parte di Giudici dello stesso Collegio giudicante⁶⁴, ha quindi deciso di imprimere maggiore rilievo alla misura di sorveglianza adottata piuttosto che operare una attenta analisi in ordine alla sua legittimità, portando alla considerazione che la possibilità di installare sistemi di sorveglianza occulti favorisce un clima che compromette, inevitabilmente, il rapporto tra datore e lavoratore.

⁶⁴ I tre giudici, Ganna Yudkivska, Yonko Grozev e Vincent A. De Gaetano, preoccupati dalla crescente ingerenza delle nuove tecnologie, hanno affermato che neanche l'esistenza del ragionevole sospetto di una grave condotta scorretta è sufficiente a giustificare l'impiego della videosorveglianza occulta sul posto di lavoro.



Lo spoils system dei segretari comunali nella recente giurisprudenza costituzionale tra fiduciarità e apicalità

di F. Gambardella

(Ricercatore diritto amministrativo Università Vanvitelli)

Sommario

1. La parabola evolutiva del segretario comunale nella ricostruzione della Corte costituzionale dal periodo monarchico all'ordinamento repubblicano. - 2. Lo spoils system del segretario comunale tra fiduciarità, apicalità e rilievo delle funzioni di collaborazione. - 3. Oltre le giustificazioni della Corte: la relazione simbiotica tra burocrazia locale e vertici politici.

Abstract

The sentence no. 33 of 2019 offered the Constitutional Court the opportunity to return to dealing with the delicate matter of the spoils system, this time with regard to the position of city secretaries.

The decision stems from the question of legitimacy raised by the ordinary Court of Brescia in relation to the provisions contained in paragraphs 1, 2 and 3 of article 99 of the legislative decree 18 August 2000, n. 267 (Consolidated text of the laws on the organization of Local Authorities). Such forecasts, in the reasoning of the referring court, would in fact appear contrary to art. 97 of the Constitution, in the parts where they provide that the mayor appoints the municipal secretary, that the appointment has a duration corresponding to that of the mandate of the mayor, with automatic termination of the office at the end of the mandate of the latter, that the appointment is prepared no earlier than sixty days and no more than one hundred and twenty days from the date of installation of the mayor, after which the secretary is confirmed.



1. La parabola evolutiva del segretario comunale nella ricostruzione della Corte costituzionale dal periodo monarchico all'ordinamento repubblicano

La sentenza n. 33 del 2019 ha offerto, alla Corte costituzionale, l'occasione per tornare ad occuparsi della delicata materia dello *spoils system*, con riguardo stavolta alla posizione dei segretari comunali.

La decisione scaturisce dalla questione di legittimità sollevata dal Tribunale ordinario di Brescia in relazione alle disposizioni contenute nei commi 1, 2 e 3 dell'articolo 99 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali). Tali previsioni, nel ragionamento del *giudice a quo* apparirebbero infatti in contrasto con l'art. 97 della Costituzione, nelle parti in cui prevedono che il sindaco nomini il segretario comunale, che la nomina abbia durata corrispondente a quella del mandato del sindaco, con automatica cessazione dell'incarico al termine del mandato di quest'ultimo, che la nomina sia disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data di insediamento del sindaco, decorsi i quali il segretario è confermato.

La sentenza, per la Consulta, ha rappresentato l'occasione per confermare l'orientamento ormai consolidato che la stessa ha maturato, a partire dal 2006, in materia di *spoils system*, attraverso il rigetto delle questioni di legittimità avanzate e ribadendo, per l'effetto, la piena costituzionalità del meccanismo di decadenza automatica dei segretari di cui al riferito articolo 99 del TUEL.

Il dispositivo della sentenza giunge all'esito di un'accurata opera di ricostruzione, in una dimensione storico-evolutiva, della disciplina normativa relativa allo stato giuridico dei segretari comunali, a partire dall'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, allorché la figura del segretario comunale trova riscontro nella legge 20 marzo 1865, n. 2248 che, all'art. 10 dell'allegato A, prevedeva come ogni Comune, oltre al Consiglio e alla Giunta, dovesse dotarsi di un segretario, dipendente del Comune, e di un ufficio comunale, con funzioni di certificazione e controllo.

Nulla diceva quella normativa in ordine alla durata dell'incarico del segretario e alle modalità del reclutamento. Ferma la competenza della nomina in capo al Consiglio¹, le modalità del reclutamento, in realtà, troveranno poi chiarimento nel successivo Regolamento per l'esecuzione della Legge sull'amministrazione comunale e provinciale, approvato con decreto n. 2321 dell'8 giugno 1865, stabilendosi che il segretario fosse scelto fra gli abilitati all'esercizio della professione, conseguita per esami presso le prefetture².

¹ Ai sensi dell'art. 87 del riferito allegato A.

² C.f.r. il terzo comma dell'art 18 del citato Regolamento. In seguito, il regio decreto 12 febbraio 1911, n. 297 (recante il Regolamento per l'esecuzione della legge comunale e provinciale) stabilirà che per la nomina del segretario fosse obbligatorio il pubblico concorso (articolo 94) confermando, in ogni caso, che gli esami per il



Della durata in carica del segretario comunale si occuperà, in seguito, la legge 30 dicembre 1888, n. 5865, modificando la legge comunale e provinciale e fissando la scadenza biennale dell'incarico di prima nomina, con possibilità di successive conferme per una durata minima di sei anni del singolo mandato. La normativa determinava una sorta di stabilizzazione del ruolo, rafforzata dalla previsione della irremovibilità del segretario prima della scadenza del termine di durata dell'incarico «senza deliberazione motivata presa dal Consiglio comunale con l'intervento di almeno due terzi dei consiglieri».

Il quadro ordinamentale di riferimento muta sensibilmente in epoca fascista, a partire dal regio decreto legge 17 agosto 1928, n. 1953 (Stato giuridico ed economico dei segretari comunali), attraverso il quale il segretario viene trasformato in funzionario statale, soggetto alle disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato. Se non cambiano le funzioni del segretario, che resta organo di certificazione e di controllo di legalità sull'attività dei Comuni, quell'attività, nella prospettiva fascista della compressione delle autonomie locali, viene dal segretario svolta per conto del Ministero dell'Interno e non più per conto del Comune di riferimento.

Per quanto concerne la procedura di nomina, si conferma la regola del concorso pubblico per la selezione nel ruolo, mentre il potere di nomina transita in capo ai prefetti, con eccezione dei comuni maggiori, per i quali la stessa avviene con «decreto reale promosso dal Ministro per l'Interno» (articolo 3). Nel nuovo regime, in ogni caso, la prima nomina ha un valore provvisorio. La normativa, in relazione al primo anno di servizio, parla espressamente di "esperimento", al termine del quale il prefetto «su parere favorevole del Consiglio di Amministrazione, può conferire la nomina definitiva» (articolo 7)³.

Da soggetto locale chiamato al controllo della legalità dell'azione amministrativa, il segretario comunale diventa dunque sempre più espressione del potere centrale, nell'ambito di un processo che, ancora nel periodo monarchico, conoscerà un ulteriore, importante tassello ad opera della legge 27 giugno 1942, n. 851⁴, che, all'articolo 1⁵ ne prevederà l'iscrizione in un ruolo nazionale diviso in gradi e, per tutti i segretari indistintamente, la nomina «con decreto del Ministro per l'interno».

L'impianto generale, in punto di ruolo e carriera dei segretari, non subirà modifiche di rilievo nella prima vigenza dell'ordinamento repubblicano. Gli interventi

conseguimento della relativa "patente d'idoneità" avessero luogo periodicamente presso le prefetture (articolo 72).

³ Nel caso in cui «l'esperimento» del primo anno non fosse stato ritenuto soddisfacente, il segretario veniva dispensato dal servizio, a meno che il prefetto non intendesse «prorogare per un altro anno la durata dell'esperimento» (ancora articolo. 7).

⁴ Modificazioni al testo unico della legge comunale e provinciale, approvato con R. decreto 3 marzo 1934, n. 383, concernenti il nuovo stato giuridico dei segretari comunali e provinciali).

⁵ Modificando l'articolo 176 del r.d. n. 383 del 1934.



normativi degli anni Sessanta⁶ e Settanta⁷ del secolo scorso, infatti, non intaccheranno le regole preesistenti in fatto di procedimento di nomina né tantomeno ne modificheranno lo stato giuridico di funzionari statali.

La stessa legge 8 giugno 1990, n. 142 sull'ordinamento delle autonomie locali non inciderà sulla natura di funzionario pubblico del segretario comunale, né interverrà in forma diretta sul procedimento di nomina. L'articolo 52 si limiterà a dettare una sorta di ordine del giorno per il legislatore, sollecitando una serie di interventi normativi destinati a disciplinare, tra l'altro, l'istituzione dell'albo, il trattamento giuridico ed economico, le modalità di accesso per concorso e la progressione in carriera, nonché la creazione di un organismo collegiale, "territorialmente articolato, presieduto dal Ministro dell'interno o da un suo delegato e composto pariteticamente dai rappresentanti degli enti locali, del Ministero dell'interno e dei segretari, preposto alla tenuta dell'albo e chiamato ad esercitare funzioni di indirizzo e di amministrazione dei segretari comunali e provinciali".

La risposta del legislatore, in ordine alle modalità di concorso, arriverà con la modifica disposta dall'articolo 1, comma 84, della legge 28 dicembre 1995, n. 549⁸, in virtù della quale nomina e revoca del segretario comunale sono disposte «d'intesa con il sindaco».

Le novità più interessanti che porta con sé la legge n. 142 del 1990 riguardano però le funzioni del segretario, che appaiono irrobustirsi. Nell'articolo 52 della legge compare il riferimento a compiti gestionali e di supporto dell'attività degli organi d'indirizzo, laddove si prevede che il segretario «sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività, cura l'attuazione dei provvedimenti, è responsabile dell'istruttoria delle deliberazioni, provvede ai relativi atti esecutivi e partecipa alle riunioni della giunta e del consiglio». Qualcosa in più dice poi il successivo articolo 53 che, al comma 1, assegna al segretario il compito di esprimere un parere «sotto il profilo di legittimità» per ogni proposta di deliberazione da sottoporre alla Giunta e al Consiglio⁹. Si tratta di un parere, per quanto non vincolante, comunque obbligatorio e che, in quanto tale, introduce una fase necessaria del procedimento di formazione degli atti.

Sta di fatto che la previsione viene prevalentemente interpretata come di ostacolo all'attività dei sindaci e, da questo punto di vista, non in linea con il modello di *governance* comunale che si andava consolidando nella stagione politica degli anni Novanta, fortemente caratterizzata dalla introduzione delle regole di elezione diretta

⁶ Legge 8 giugno 1962, n. 604, recante «Modificazioni allo stato giuridico e all'ordinamento della carriera dei segretari comunali e provinciali»

⁷ Decreto del Presidente della Repubblica 23 giugno 1972, n. 749, recante «Nuovo ordinamento dei segretari comunali e provinciali».

⁸ Misure di razionalizzazione della finanza pubblica.

⁹ Parere che si aggiunge a quello reso sulla regolarità tecnica e contabile da parte del responsabile del servizio interessato e del responsabile di ragioneria.



di sindaci e presidenti delle province. Non desta allora stupore che, animata da intenti di semplificazione del quadro organizzativo delle autonomie locali, la disposizione sia stata cassata dalla legge 15 maggio 1997, n. 127¹⁰. Del resto, quella legge inciderà profondamente sulla fisionomia del segretario comunale, a partire dai meccanismi di nomina. Il reclutamento diventa di competenza autonoma del sindaco, che sceglie il segretario fra gli iscritti al relativo albo, cui si continua peraltro ad accedere tramite pubblico concorso. La legge cerca dunque di attenuare il legame tra segretari e ministero dell'Interno, un intento che persegue anche e soprattutto interrompendo, sul piano formale, il rapporto di dipendenza organica tra i funzionari e il ministero. Un obiettivo che passa per l'istituzione di un'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali, soggetta ai poteri di vigilanza del Ministero dell'Interno ma dotata di personalità giuridica e autonomia organizzativa, gestionale e contabile, cui viene attribuita la gestione dell'albo dei segretari e della quale il segretario risulta espressamente qualificato dipendente.

Stabilito il collegamento funzionale tra sindaci e segretari, è la stessa legge n. 127 del 1997 a introdurre (all'articolo 17, comma 70) il principio del limite di durata dell'incarico di segretario comunale, vincolandolo, ad eccezione dei casi di revoca per violazione dei doveri d'ufficio, alla durata del mandato del sindaco che lo ha nominato, salvo conferma al rinnovo della sindacatura.

Gli ultimi tasselli di questo elaborato puzzle normativo riguardano invece il presente decennio e si connotano per una duplice valenza. Di restaurazione, per quanto attiene alla disciplina del rapporto di lavoro. Di evoluzione, per quanto concerne il catalogo delle funzioni del segretario. Sotto il primo aspetto, a venire in rilievo è il decreto legge 31 maggio del 2010, n. 78¹¹ (convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122), che ha soppresso, anche per via degli elevati oneri finanziari, la ricordata Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali¹², stabilendo che ad essa succedesse, a titolo universale, il Ministero dell'interno e, per questa via, ripristinando il rapporto d'ufficio diretto tra segretario e Ministero dell'interno¹³. Per quanto riguarda, invece, le funzioni del segretario, a

¹⁰ Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo.

¹¹ Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica.

¹² C. MEOLI, *I segretari comunali e provinciali: dall'Agenzia di nuovo al Ministero dell'interno*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 5, 552.

¹³ Essendo però nominato dal sindaco, e trovandosi funzionalmente alle dipendenze del Comune, instaura contemporaneamente con quest'ultimo il proprio rapporto di servizio: situazione, quindi, in cui l'amministrazione datrice di lavoro (non più l'agenzia, ma il Ministero dell'interno) continua a non coincidere con quella che ne utilizza le prestazioni. E la giurisprudenza di legittimità e quella amministrativa sottolineano concordemente che il segretario comunale, benché dipenda personalmente dal sindaco, intrattenendo un rapporto funzionale con l'amministrazione locale, resta tuttavia un funzionario statale, e il suo status giuridico, ancorché particolare, è interamente disciplinato dalla legislazione statale (Corte di cassazione, sezione lavoro, 11 agosto 2016, n. 17065; Consiglio di Stato, sezione quarta, 5 aprile 2005, n. 1490).



venire in rilievo sono la legge n. 190 del 2012 nonché il decreto legislativo 14 marzo del 2013, n. 33¹⁴, che hanno attribuito al segretario comunale, di norma, il ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione e quello di responsabile della trasparenza presso le amministrazioni di appartenenza.

2. *Lo spoils system del segretario comunale tra fiduciarità, apicalità e rilievo delle funzioni di collaborazione*

Dall'impianto complessivo che la Consulta descrive emerge dunque un quadro normativo caotico, che si è sviluppato per addizioni di parti e nel difetto di una linea di coerenza evolutiva.

In particolare, manca un profilo di coerenza sia per quanto attiene ai profili dell'investitura del segretario comunale, sia per quanto concerne le funzioni che esso in concreto svolge.

Dal primo punto di vista il problema è ovviamente quello di una disciplina che a tratti ricongiunge e a tratti separa le vicende del rapporto d'ufficio e quelle del rapporto di servizio. Dal secondo angolo di visuale, invece, la questione riguarda il profilo delle attribuzioni del segretario che abbiamo visto ampliato dagli interventi normativi di questo decennio, pur tuttavia riconoscendogli funzioni che non sembrano coerenti con quelle che tradizionalmente si ascrivono all'alveo delle competenze segretariali.

Poste queste coordinate critiche, la sentenza della Corte costituzionale le lascia sullo sfondo della sua decisione finale, che peraltro prende espressamente le distanze dagli indirizzi che la stessa Consulta ha maturato in materia di *spoils system*¹⁵, sulla base del convincimento secondo cui "il complessivo statuto e le diverse funzioni affidate dalla legge al segretario comunale restituiscono l'immagine di un incarico non paragonabile a quelli sui quali questa Corte è finora intervenuta". Un proclama perentorio che il percorso argomentativo sviluppato dalla decisione in parte smentisce nel momento in cui, per giustificare la conformità costituzionale della regola della cessazione automatica del segretario, attinge fatalmente alle categorie che la stessa Corte ha utilizzato per salvare i meccanismi di *spoils system* previsti dai legislatori nazionale e regionali. Il discorso torna (ma non poteva essere altrimenti)

¹⁴ Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

¹⁵ Si legge nella sentenza che la "Corte ha più volte affermato l'incompatibilità con l'art. 97 Cost. di disposizioni di legge, statali o regionali, che prevedono meccanismi di revocabilità *ad nutum* o di decadenza automatica dalla carica, dovuti a cause estranee alle vicende del rapporto instaurato con il titolare, non correlati a valutazioni concernenti i risultati conseguiti da quest'ultimo nel quadro di adeguate garanzie procedurali (sentenze n. 52 e n. 15 del 2017, n. 20 del 2016, n. 104 e n. 103 del 2007), quando tali meccanismi siano riferiti non al personale addetto agli uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (sentenza n. 304 del 2010) oppure a figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante, ma a titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico (sentenze n. 269 del 2016, n. 246 del 2011, n. 81 del 2010 e n. 161 del 2008)".



sul carattere fiduciario¹⁶ dell'incarico del segretario come argomento principale a sostegno della tesi della legittimità della previsione della decadenza automatica e si completa con argomenti di supporto che la Corte rintraccia (senza apparentemente riservare loro un peso determinante) nel riconoscimento del segretario come "figura apicale" nell'amministrazione di riferimento e nella considerazione del quadro variegato delle funzioni spettanti oggi al segretario, alcune delle quali lo proiettano in una dimensione che va oltre l'idea originaria di un mero controllore della legalità. Ciascuno dei tasselli argomentativi evocati dalla Corte (fiduciarità, apicalità e dimensione funzionale) sembra tuttavia poter destare qualche riserva. Già l'elemento della fiduciarità¹⁷, con riguardo all'incarico di segretario, non sembra presentarsi nella sua forma più pura. La giurisprudenza costituzionale ormai tradizionalmente assume quell'elemento come giustificazione dei meccanismi di *spoils system* e lo rintraccia, in primo luogo, nei meccanismi di selezione *intuitu personae* della dirigenza. Circostanza che pone quantomeno l'interprete di fronte allo sforzo di valutare come ampiamente fiduciaria la scelta del segretario, posto che la stessa avviene per estrazione discrezionale dai ruoli di un albo, formatosi per selezione concorsuale. Peraltro, la stessa caratterizzazione del segretario in termini di fiduciario, in alcuni spazi della sentenza, sembra quasi essere contraddetta. Stride, in questa prospettiva, la chiosa finale della decisione che, fatta salva la norma sulla decadenza automatica dei segretari, eleva quella disposizione a "non irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni dell'autonomia degli enti locali, da una parte, e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività, dall'altro". Per questa via, dunque, la Corte ribadisce il carattere indipendente del controllo esercitato dal segretario e immerge lo stesso in una dimensione di terzietà che appare incongrua rispetto all'idea della legittimità di meccanismi di *spoils system* che, diversamente, postulano una considerazione del segretario quale fiduciario in senso tipico.

Il carattere dell'apicalità del segretario è invece affermato dalla decisione in termini piuttosto apodittici, descrivendo i rapporti tra segretario e sindaco come "rapporti diretti, senza intermediazione di altri dirigenti o strutture amministrative". Sul punto, la Corte sembra evocare, pur senza citarla espressamente, la sua stessa giurisprudenza, laddove ricava la dimensione dell'apicalità dall'esistenza di un

¹⁶ Nel solco di una linea che la Corte sviluppa, come è noto, a partire dalla sentenza n. 233 del 2006 con la quale sono state ritenute infondate le questioni di legittimità costituzionale relative ad alcune previsioni contenute in leggi regionali di Abruzzo e Calabria laddove prevedevano un meccanismo di cessazione automatica delle nomine conferite *intuitu personae* dagli organi politici regionali all'atto dell'insediamento dell'esecutivo. Per questa via, la decisione ha ammesso la legittimità dello *spoils system*, nella modalità della decadenza anticipata, per quelle posizioni dirigenziali apicali che implicino un legame fiduciario, in quanto selezionate sulla base di valutazioni personali di congruità rispetto all'indirizzo politico regionale. Per una ricostruzione degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale sul punto, si rinvia a S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 3, 269.

¹⁷ Sul rapporto tra segretario e vertice amministrativo di riferimento, nella giurisprudenza della cassazione, tra le tante, si veda Cass. civ., sez. lav., 23 agosto 2003, n. 12403.



“rapporto istituzionale diretto e immediato”¹⁸ tra organo politico e organo amministrativo, assenti “livelli intermedi lungo la linea di collegamento” tra i soggetti. Tuttavia, se una tale circostanza è predicabile per le ipotesi in cui il segretario sia nominato anche direttore generale, non sembra potersi dire lo stesso nelle ipotesi in cui il direttore ci sia, posto che l’articolo 97 del TUEL descrive i due ruoli come “distinti e autonomi”, a rivendicare il carattere per l’appunto autonomo e indipendente del segretario rispetto al vertice politico comunale, come premessa “per garantire l’imparzialità delle funzioni che svolge”¹⁹. Forse, sul punto, il ragionamento della Corte sembra piuttosto condizionato dalla traiettoria che descriveva la legge Madia²⁰, il cui tentativo riformatore è evidenziato dalla stessa decisione in commento a chiusura della ricostruzione storica sull’evoluzione legislativa che ha interessato la figura del segretario. La legge 7 agosto 2015, n. 124 assumeva infatti come suo intento la soppressione della figura del segretario comunale e, tra i principi e criteri direttivi cui il Governo avrebbe dovuto attenersi, figurava sia il mantenimento della diversa figura del direttore generale di cui all’art. 108 del d.lgs. n. 267 del 2000, sia, appunto, la soppressione del segretario comunale e di quello provinciale, con «attribuzione alla dirigenza [...] dei compiti di attuazione dell’indirizzo politico, coordinamento dell’attività amministrativa e controllo della legalità dell’azione amministrativa; mantenimento della funzione rogante in capo ai dirigenti apicali aventi i prescritti requisiti» (art. 11, comma 1, lettera b, numero 4). Peraltro, la stessa norma faceva «obbligo per gli enti locali di nominare comunque un dirigente apicale con compiti di attuazione dell’indirizzo politico, coordinamento dell’attività amministrativa e controllo della legalità dell’azione amministrativa». L’intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune delle disposizioni contenute nella legge n. 124 del 2015 (sentenza n. 251 del 2016), nella parte in cui prevedevano che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previa acquisizione del parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata o in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, ha impedito il compimento di una riforma che avrebbe restituito le competenze che oggi impegnano i segretari comunali alle cure di dirigenti apicali²¹, in omaggio a quella apicalità che la recente decisione della Consulta individua tra i tasselli di un

¹⁸ Così nella sentenza n. 104 del 2007. Per un commento, F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*, in *Le Regioni*, 2007, 5, 836; F. G. SCOCA, *Politica ed amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 2, 1015; F. SAIITA, *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2008.

¹⁹ S. BATTINI, *L’invasione degli apicali*, cit., 274.

²⁰ Per un approfondimento, S. BATTINI, *Le norme sul personale (Commento a l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 5, 645.

²¹ Critico verso la scelta del legislatore, G. GARDINI, *La dirigenza locale in bilico tra uniformità e specialità. Una riflessione alla luce della proposta di riforma madia*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2016, 1-2, 157.



complesso sistema di giustificazione del meccanismo di decadenza automatica che il TUEL contempla.

Il terzo aspetto dell'iter argomentativo sviluppato dalla Corte riguarda poi le funzioni che assolve il segretario, ponendosi in evidenza come, oltre al "nucleo originario e tradizionale della funzione segretariale", al segretario siano conferite "cruciali funzioni di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi comunali" nonché alcune funzioni "di carattere eminentemente gestionale". Per quanto riguarda il primo gruppo, l'enfasi della sentenza si concentra sulla partecipazione con funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del Consiglio e della Giunta, come anche sull'adozione del parere di regolarità tecnica di cui all'art. 49 del TUEL, di competenza segretariale nel caso in cui l'ente non abbia responsabili dei servizi. Il catalogo delle funzioni più propriamente gestionali muove invece dall'attuazione degli indirizzi e degli obiettivi stabiliti dagli organi di governo dell'ente, nei Comuni in cui il segretario può essere nominato (anche) direttore generale²², e si completa con l'esercizio di "ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia" (art. 97, comma 4, lett. d, TUEL).

Da un'analisi complessiva, emerge come la sentenza ricavi la convinzione della partecipazione del segretario a compiti di attuazione dell'indirizzo politico e di gestione dallo svolgimento di competenze che la legge certamente prevede ma che, in massima parte, non caratterizzano quella figura in termini universali.

Il richiamo riguarda la riferita eventualità che, in alcuni contesti comunali, il segretario sia nominato direttore generale, come anche il parere di regolarità tecnica che, ai sensi dell'articolo 49 del TUEL, nei soli comuni in cui manchi il responsabile dei servizi, è rilasciato dallo stesso segretario.

Elementi che, nel ragionamento della Consulta, configurano il segretario come organo titolare di funzioni "cruciali" ma che tuttavia non sembrano decisivi, nel senso della caratterizzazione a tutto tondo della sua figura. Sotto il promo profilo, infatti, la nomina del segretario a direttore generale (e l'esercizio delle relative funzioni), ai sensi del quarto comma dell'articolo 108 del TUEL, vale solo in quei comuni in cui non sia nominato un direttore generale. Per quanto concerne il secondo aspetto poi, posto che il parere di cui all'articolo 49 del TUEL è rilasciato dal segretario in caso di mancanza del responsabile del servizio interessato, la stessa disciplina che quella norma descrive non sembra comportare la partecipazione del segretario a funzioni di vera e propria gestione. Viene in rilievo, in questa direzione, innanzitutto la previsione del secondo comma, per cui "il parere è espresso dal segretario dell'ente, in relazione alle sue competenze", che sembra circoscrivere

²² In tal caso il segretario sovrintende anche allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività, art. 97, comma 4, TUEL.



l'intervento segretariale nell'alveo di scorrimento delle sue funzioni tradizionali. Né va sottovalutato che il quarto comma della stessa previsione descrive il parere reso dal responsabile del servizio (o, in assenza, dal segretario) come non vincolante per la Giunta o il Consiglio che, qualora non intendano conformarsi allo stesso, sono tenuti a darne adeguata motivazione nel testo della deliberazione.

Né può sembrare decisiva la previsione dell'articolo 97 dello stesso D.lgs. 267/2000, al comma 4, lettera d), quando ammette che il segretario possa svolgere "ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia". Si tratta comunque di funzioni specifiche, che possono o meno essere previste da statuto e regolamenti possono o meno essere conferite dall'organo politico e che, in ogni caso, potenzialmente sono suscettibili di differenziare il ruolo del segretario a seconda dei contesti di riferimento.

A tutto voler concedere, qualche indizio nel senso della caratterizzazione in termini generali (e non meramente eventuali) del segretario come titolare di funzioni ulteriori rispetto a quelle tradizionali di controllo della legalità può altresì emergere dalla sua partecipazione "con funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della Giunta" (art. 97, comma 4, lett. a, TUEL). Tale prerogativa, nel ragionamento della Consulta, gli permetterebbe di "intervenire, sia nel procedimento di formazione degli atti, sia, se richiesto, nella fase più propriamente decisoria, in relazione a tutti gli aspetti giuridici legati al più efficace raggiungimento del fine pubblico". Per quanto autorevole dottrina abbia evidenziato che non si tratti "di vera partecipazione e collaborazione all'indirizzo, ma si resta nel campo dell'attività tecnica, di consulenza giuridico-amministrativa, che connota da sempre la figura del segretario comunale e che richiede imparzialità, più che adesione personale agli orientamenti politici dell'organo coadiuvato"²³, resta quantomeno il dubbio che, in ogni caso, un'attività di tal genere, per quanto vincolata agli aspetti giuridici, possa configurarsi come una precondizione dell'attuazione dell'indirizzo politico, partecipando in forma qualificata alla sua realizzazione.

Dal quadro appena descritto, emerge complessivamente il dato per cui "il nucleo tradizionale, costante ed indefettibile, dei compiti e delle funzioni svolte dal segretario è pur sempre costituito dai compiti di collaborazione e dalle funzioni di assistenza nei confronti degli organi dell'ente, allo scopo di garantire la conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti"²⁴, fermo l'eventuale riconoscimento allo stesso di compiti di gestione come conseguenza di specifico conferimento del sindaco o del presidente della provincia e la residuale prospettiva della nomina direttore generale (con esercizio delle relative funzioni

²³ S. BATTINI, *L'invasione degli apicali*, cit., 275.

²⁴ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 310.



gestionali) per l'ipotesi in cui manchi nel comune la corrispondente figura amministrativa²⁵.

3. Oltre le giustificazioni della Corte: la relazione simbiotica tra burocrazia locale e vertici politici

Sin qui il percorso argomentativo della decisione che, come detto, appare non del tutto lineare e convincente. Eppure viene da chiedersi se a reggere la soluzione prospettata dalla Corte non sia piuttosto un'ispirazione di carattere generale, percorsa da una vena di realismo.

La critica più sofisticata che è stata mossa nei confronti della sentenza ne sottolinea "un approccio, per così dire, olistico, teso cioè a valutare la legittimità dello *spoils system* in rapporto all'insieme delle possibili competenze del segretario, senza però distinguere fra quelle tipiche e caratterizzanti e quelle eventuali e aggiuntive"²⁶, operazione che avrebbe invece consentito di "affermare, con una pronuncia di accoglimento parziale, che lo *spoils system* si giustifica in relazione al conferimento delle funzioni (aggiuntive) di direttore generale, ma è costituzionalmente illegittimo in rapporto alle funzioni tipiche del segretario". Ferma la saldezza di questa impostazione, qualche ulteriore considerazione può forse suggerirsi alla luce del ricostruito quadro evolutivo della normativa che ha disegnato ruolo e competenze dei segretari comunali e provinciali. Quel quadro, sulla scorta delle indicazioni offerte dalla stessa sentenza, è apparso subito caotico e segnato da frequenti ripensamenti. Un ordito scomposto, che non può certo essere ricondotto ad armonia dalla Corte costituzionale ma che reclama nuovi interventi legislativi. Interventi finalizzati a sciogliere i tanti nodi che la disciplina del segretario tiene ancora inestricati: dall'anomalia della non coincidenza del rapporto d'ufficio col rapporto di servizio fino alla scelta del ruolo che il segretario deve avere, allo stato sospeso tra il tradizionale controllo di legalità e qualche sporadica funzione di gestione.

In questo scenario frastagliato, appare comunque evidente come il segretario non abbia in tutti i comuni le stesse competenze e assuma ovunque il medesimo ruolo. Per questa via, non sono da trascurare realtà amministrative nelle quali il funzionario, nel rispetto delle prerogative che oggi la normativa gli riconosce, effettivamente svolge compiti assimilabili a quelli ordinariamente assolti dalla dirigenza apicale. Il catalogo di queste realtà amministrative non sembra

²⁵ Del resto, che segretario e direttore generale non siano figure assimilabili è tesi che sostiene da tempo la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione che, a più riprese, ha sostenuto, per l'effetto, l'inapplicabilità dell'articolo 1, comma 49 della legge n. 311 del 2004, laddove disciplina la possibilità del reinquadramento e dell'accesso alla dirigenza in conseguenza del transito ad altra amministrazione, "ai segretari comunali o provinciali trasferiti per effetto di procedure di mobilità già esaurite alla data di entrata in vigore della citata legge". Sul punto, C. CELONE, *op.cit.*, 315 che fa riferimento alle sentenze della Cassazione nn. 784, 785 e 768 del 19 gennaio 2016. Allo stesso autore si rinvia anche per ulteriori indirizzi più recenti, nel medesimo senso.

²⁶ S. BATTINI, *L'invasione degli apicali*, cit., 273-274.



predeterminabile a priori con la dovuta esattezza. Riguarda sicuramente le fattispecie nelle quali il segretario assume anche la veste di direttore generale, ma riguarda anche tutte le ipotesi di esercizio di funzioni per conferimento dell'organo politico o per espressa attribuzione statutaria o regolamentare. Forse, ma qui il dubbio resta non sciolto, riguarda anche, in termini generali, il contributo reso dal segretario attraverso la partecipazione alle riunioni del Consiglio e della Giunta.

Poste queste premesse, la sentenza evidentemente dice il più per contenere il meno e l'approccio olistico dal quale è percorsa può forse giustificarsi perché applicazione di un approccio che è al contempo empirico. Un orientamento che peraltro sembra muovere dalla consapevolezza che ogni valutazione di legittimità dei meccanismi di *spoils system* imponga di "scandagliare l'effettivo ruolo del dirigente, quale sia realmente la sua funzione e quali rapporti abbia"²⁷ con l'organo politico. Considerazioni che valgono per la dirigenza statale ma che viepiù trovano applicazione sul terreno degli enti locali dove la relazione tra politica e amministrazione²⁸ si configura in maniera diversa, "non fosse altro perché l'amministrazione locale è molto diversa, per cultura e tradizione, da quella centrale. Da sempre la burocrazia locale intrattiene con i vertici politici una relazione quasi simbiotica, tipica delle amministrazioni compatte"²⁹. Rispetto ad un modello rigido di distinzione tra politica e amministrazione³⁰, sembra piuttosto prevalere un modello di interconnessione³¹, nel quale lo spazio della relazione fiduciaria tra organi politici e amministrativi trova nuovi spazi di espressione e ulteriori ragioni di giustificazione. Se "una quota minima di fiducia tra vertici politici e apparati burocratici è indispensabile ad ogni sistema che voglia mantenere al centro il principio di sovranità popolare"³², questa quota diventa ancor più sensibile a livello locale, "dove la forma di governo è caratterizzata da una legittimazione popolare

²⁷ S. CAPONETTI, *Dirigenti politici e dirigenti apolitici: riflessioni a margine di una pronuncia della consulta sull'illegittimità costituzionale dello spoils system a regime dei dirigenti esterni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 5, 1081.

²⁸ Sul tema, C. BARBATI, *Politica e amministrazione nelle autonomie locali*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 127; M. IMMORDINO, M. RAGUSA, *La dirigenza negli enti locali*, in M. P. CHITI – R. URSI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Torino 2007.

²⁹ G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Diritto pubblico*, 2017, 1, 161-162.

³⁰ Sul principio di distinzione tra politica e amministrazione si rinvia ampiamente, anche per gli opportuni riferimenti alla vasta bibliografia in materia, a P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005. Nella letteratura successiva, *ex multis*, F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012; AA.VV., *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, IRPA Working Paper – Policy Papers Series, 2014; di recente, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018. Per una prospettiva comparata: G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003; M. DE BENEDETTO (a cura di), *Istituzioni, politica e amministrazione. Otto paesi europei a confronto*, Torino, 2005.

³¹ Per un approfondimento sul tema, M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Rivista Italiana di Public Management*, 2019, 2, 1, 99-100.

³² G. GARDINI, *op.ult.cit.*, 172.



diretta del vertice dell'esecutivo (sindaco)³³ fino a connotare tutta la dirigenza apicale (segretari, direttori generali) che "tende naturalmente a caratterizzarsi in senso fiduciario"³⁴.

³³ G. GARDINI, *op.ult.cit.*, 172.

³⁴ G. GARDINI, *op.ult.cit.*, 192. L'A. sottolinea inoltre che "imparzialità e fiducia sono facce della stessa medaglia, ed è pertanto inevitabile prevedere l'innesto di una quota di dirigenti fiduciari in un corpo burocratico che, per il resto, deve essere costituito da figure selezionate e governate secondo rigorosi criteri meritocratici. Ciò che conta è trovare la giusta misura, la proporzione equilibrata tra le parti, al fine di garantire la tenuta dell'innesto ed evitare che il legame tra le due componenti degeneri in fidelizzazione politica o, specularmente, in autarchia tecnica".



L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici tra legalità e discrezionalità (osservazioni a margine di T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 11 aprile 2018, n. 2390)

di Aniello Formisano

(Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope)

Sommario

1. Premessa. 2. Differenza tra nuova e vecchia disciplina: la nuova figura di illecito professionale. 3. Le oscillazioni della giurisprudenza tra orientamento estensivo e restrittivo. 4. La soluzione offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. 5. L'adesione all'orientamento estensivo: crisi del principio di legalità?

Abstract

Is it possible exclude a competitor who is not definitively sentenced from a tender? To answer this question, we will start from the comment of a recent sentence, in which the administrative judge takes a position on the jurisprudential dispute concerning the list of art. 80, paragraph 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, giving some interesting ideas to answer this question. Starting from this decision, we will briefly review the evolution of legislation and jurisprudence on the matter, focusing on the recently solution adopted by the Court of Justice of the European Union.

Despite the intervention of the European judge, some questions concerning the general theory of law remain open.

The attribution of a creative role to jurisprudence on the identification of additional situations, is a further expression of the crisis of the principle of legality in Administrative Law? Faced with a clear conflict between the principle of legality and that of administrative discretion, which of the two principles should prevail and what could be the remedies that could be adopted to ensure the best balance?



1. Premessa

La sentenza in commento si sofferma sui dubbi legati all'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, relativi alle cause di esclusione per gravi illeciti professionali, aderendo all'orientamento estensivo secondo cui l'elenco previsto dalla norma è meramente esemplificativo¹.

Sebbene questo orientamento rifletta la posizione prevalente in giurisprudenza, il sistema normativo è stato fonte di incertezze tali da determinare un intervento legislativo, che ha avuto luogo ad opera del c.d. "Decreto Semplificazioni"².

L'adesione ad un orientamento giurisprudenziale piuttosto che ad un altro si intreccia con il problema dei limiti relativi alla discrezionalità amministrativa da parte della stazione appaltante e con la necessità di bilanciare un simile potere con i principi di legalità e legittimo affidamento³. Il presente scritto, si pone l'obiettivo di

¹ Precisamente, l'argomentazione seguita dal T.A.R. è stata ricavata dalla scomposizione della fattispecie concreta in risoluzione ed inadempimento contrattuale in base alla quale «*legittimamente la stazione appaltante può basarsi sul solo inadempimento per qualificare il fatto, inteso come comportamento contrattuale del concorrente, quale grave illecito professionale*».

² Si fa riferimento al d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con l. 11 febbraio 2019, n. 12. Come si vedrà, il presente decreto ha innovato il comma 5, articolando la causa di esclusione per gravi illeciti professionali, precedentemente contemplata dalla sola lett. c), in tre distinte fattispecie di cui alle nuove lett. c), c-bis) e c-ter).

³ Per una puntuale analisi sul tema dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nell'ambito delle procedure di gara, si v. G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 2018, pp. 152-153, dove l'A. rileva che le scelte concernenti l'organizzazione delle procedure di gara sono connotate da un'ampia discrezionalità amministrativa al fine di «*garantire la strutturazione di procedura di affidamento calibrate sul servizio da aggiudicare e da eseguire*». Riguardo l'esercizio della discrezionalità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nella fissazione dei requisiti di natura economico-finanziaria e tecnico-professionale, si v. G. CERRUTTI, *Appalti pubblici e requisiti di ordine generale: tassatività o numerus clausus? Condizioni e limiti per lo Stato e le stazioni appaltanti di aggiungere una causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione dagli appalti pubblici*, in C. FRANCHINI – F. TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009, pp. 62 ss. Il tema dell'esercizio della discrezionalità da parte della stazione appaltante si ricollega ad un'altra questione, vale a dire se la valutazione svolta è di tipo discrezionale o vincolata. Al riguardo, si v. Cons. Stato, comm. spec., parere 25 settembre 2017, in cui viene rimesso all'apprezzamento della discrezionalità della stazione appaltante la valutazione in merito alla sussistenza del presupposto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c). Il contenuto del presente parere viene condiviso dalla giurisprudenza amministrativa. Ex multis, Cons. Stato, sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040, dove rileva che «*la differenza tra le due ipotesi è sostanziale, atteso che, nell'ipotesi di cui al comma 5, lett. c), la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f-bis), l'esclusione dalla gara è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico*». Sicché, prosegue la stessa giurisprudenza «*fermo restando che, da un punto di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera, il discrimen tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull'oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento, ricadendosi altrimenti — alle condizioni previste dalla corrispondente disposizione normativa — nella previsione di cui alla fattispecie prevista al comma 5 lettera c) »». In linea con la giurisprudenza richiamata, si v. anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 21 febbraio 2018, n. 1146; sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 703; sez. VIII, 18 giugno 2018, n. 4015; Cons. Stato, comm. spec., parere*



individuare i limiti del potere discrezionale dell'amministrazione appaltante, risultante dall'adesione o meno ad uno dei suddetti orientamenti giurisprudenziali.

La sentenza in commento rappresenta un valido spunto per analizzare il dibattito giurisprudenziale sul valore dell'elenco contenuto alla lettera c) dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, in particolare se sia o meno esemplificativo, anche alla luce della recente giurisprudenza europea.

La questione, che coinvolge il giudice amministrativo, riguarda la possibilità di qualificare in termini di grave illecito professionale la risoluzione di un contratto di appalto da parte di una società concorrente, qualora questa sia stata contestata e penda ancora il relativo giudizio, visto che detta circostanza non è inclusa nel suddetto elenco. Aspetto che assume valore dirimente, ai fini della risoluzione della controversia, è rappresentato dall'espressione "dimostrazione con mezzi adeguati" riguardante l'affidabilità del concorrente. Dalla valorizzazione di detta espressione, il giudice attribuisce valore esemplificativo e non tassativo all'elenco contenuto dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti. Da ciò si desume che la pendenza del giudizio non solo non è elemento rilevante ai fini della fattispecie normativa utilizzata, ma non deve esserlo proprio alla luce della *ratio legis*. Nello specifico la legge affida, infatti, alla stazione appaltante la tutela dell'interesse pubblico nel momento in cui prevede che la stessa possa, mediante propria valutazione discrezionale, allontanare dalla procedura operatori che si dimostrino inaffidabili, indipendentemente da una preventiva verifica giudiziale. L'ulteriore riflessione riguarda l'impossibilità di escludere dalla gara di appalto un operatore economico, senza prima attendere la formazione del giudicato definitivo. Seguendo una simile impostazione, la semplice proposizione di una domanda giudiziale diviene condizione necessaria e sufficiente per neutralizzare gli effetti ostativi alla partecipazione ad una gara pubblica. Ne deriva, quindi, che la concreta applicazione della norma diventerebbe quasi impossibile e darebbe luogo a trattamenti diversi per illeciti contrattuali di stessa gravità (in pendenza o meno di una contestazione giudiziale), vanificando la funzione di tutela dell'interesse pubblico che la disposizione affida alla stazione appaltante.

2. Differenza tra nuova e vecchia disciplina: la nuova figura di illecito professionale

Per comprendere la sentenza in commento, è opportuno fare un breve *excursus* dell'evoluzione della disciplina contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016. La norma in questione ha visto ricevere, da parte del nuovo Codice degli appalti, una diversa disciplina rispetto al precedente d.lgs. n. 163/2006. Quest'ultimo

25 settembre 2017, n. 2042. Sul rapporto tra le due norme in parola, si v. anche T.A.R. Marche, sez. I, 30 luglio 2018, n. 533, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.



all'art. 38, comma 1, lett. f), contemplava quali cause di esclusione⁴ la grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante promotrice della gara e l'aver commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte dalla stazione appaltante⁵.

Il nuovo Codice degli appalti, invece, all'art. 80, comma 5, lett. c), primo periodo, disciplina in termini generali l'illecito professionale, mentre al secondo individua specifiche ipotesi nelle quali si configura⁶. Quest'ultimo, ha innovato il comma 5, articolando le cause di esclusioni per gravi illeciti professionali precedentemente contemplata dalla sola lett. c), in tre distinte fattispecie di cui alle nuove lett. c), c-bis) e c-ter).

Effettuando un confronto, risulta evidente l'evoluzione tracciata dal legislatore: si passa dal concetto di errore professionale a quello ben più ampio di illecito professionale, determinandosi una modifica della normativa anche sotto il profilo dei rapporti con la stazione appaltante.

Alla nuova lett. c), riproducendo l'*incipit* della previgente norma, è prevista l'esclusione da una procedura pubblica nei casi in cui «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità». Sembra, quindi, che il legislatore abbia formalizzato una interpretazione estensiva allo scopo di considerare rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara, anche condotte non contemplate testualmente e non definitivamente accertate, quali comportamenti anticoncorrenziali o penalmente rilevanti, dai quali la stazione appaltante dimostri un consistente dubbio circa l'affidabilità dell'operatore stesso.

⁴ Sull'argomento, M. DIDONNA, *Il "grave errore professionale" tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, in *Urb. app.*, 2016, pp. 61 ss.; F. GIOVANNELLI, *Esclusione dalla gara per grave inadempimento pregresso*, *ivi*, pp. 1117 ss.; A. CANCRINI – V. CAPUZZA, *Manuale di legislazione delle opere pubbliche*, 2015, Roma, pp. 289 ss.; R. GRECO, *Commento all'art. 38*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, 2012, Roma, pp. 638 ss.; V. PALMIERI, *L'inadempimento in precedenti contratti come causa di esclusione dalle gare pubbliche*, in *Foro amm.- C.D.S.*, 2008, pp. 1144 ss.; C. E. GALLO, *La ricostruzione giurisprudenziale dell'errore professionale nelle gare pubbliche*, *ivi*, 2003, pp. 3006 ss.

⁵ L'art. 38, del d.lgs. n. 163/2006 disciplina i "Requisiti di ordine generale" e si trova all'interno del Capo II – Titolo I, seconda parte del Codice degli appalti, intitolato "Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento". I "Requisiti di idoneità professionale" sono invece regolati dall'art. 39. Sul punto si v. R. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in R. GAROFOLI – M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, pp. 57 ss.

⁶ Precisamente le specifiche ipotesi sono: significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata o accertata in giudizio o che hanno dato luogo a una condanna al risarcimento del danno; tentativo di influenzare le decisioni della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate; fornire informazioni false o fuorvianti che influenzino le decisioni dell'ente appaltante sull'esclusione, la selezione e l'aggiudicazione nello svolgimento della gara.



Nella disciplina previgente all'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006, venivano previste due diverse possibili fattispecie di esclusione, attinenti entrambe al grado di professionalità e affidabilità dell'operatore economico.

Una prima in cui l'amministrazione può decidere di escludere il partecipante, qualora quest'ultimo nell'adempimento di prestazioni affidate dalla medesima, si sia reso colpevole di grave negligenza o mala fede in precedenti rapporti contrattuali rispetto a quello da assegnarsi alla conclusione della gara⁷.

Una seconda, separata dalla precedente, sia attraverso il punto e virgola che con l'utilizzo della congiunzione "o", nella quale, invece, viene in modo generico dato rilievo alla circostanza di aver «commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualunque mezzo di prova dalla stazione appaltante». Ne deriva, rispetto alla prima, un'estensione del campo di applicazione, ricomprendendo anche vicende intervenute con soggetti pubblici diversi dalla stazione appaltante che indice la gara di cui quest'ultima non ha avuto conoscenza diretta⁸.

Detta interpretazione ha trovato appoggio in una cospicua giurisprudenza⁹ che ha differenziato le ipotesi di "grave errore professionale" dalla "grave negligenza o malafede", delineando il contenuto delle condotte che in astratto possono incidere sulla capacità professionale, come: essere stati soggetti a provvedimenti di revoca, rescissione o risoluzione di contratti pubblici per inadempimento da parte di altre p.a.; non aver più volte rispettato l'esecuzione di contratti pubblici stilati con altre stazioni appaltanti, che abbiamo determinato liti poi transatte¹⁰.

Il sistema previsto dall'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 permetteva all'ente pubblico di verificare, in base al tipo di committenza da destinare, l'affidabilità del futuro contraente, facendo riferimento non solo alle esperienze vissute personalmente con il soggetto ma anche a quelle avute con altri committenti¹¹. Risultava necessario, però, che riguardassero situazioni patologiche relative ai rapporti contrattuali, essendo la giurisprudenza amministrativa piuttosto uniforme in tal senso¹².

⁷ R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016.

⁸ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 6 maggio 2016, n. 2334; T.A.R. Sardegna, sez. I, 27 febbraio 2015, n. 376; T.A.R. Liguria, sez. II, 11 gennaio 2016, n. 16; T.A.R. Toscana, sez. I, 30 marzo 2015, n. 545; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 4 gennaio 2016, n. 10; Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5419; 15 dicembre 2016, n. 5290.

⁹ *Contra* Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2016, n. 3446. In dottrina si v. M. DIDONNA, *Il "grave errore professionale" tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, cit.

¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2015, n. 2928.

¹¹ Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4870; T.A.R. Piemonte, sez. I, 10 luglio 2015, n. 1175.

¹² Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 3595; sez. V, 25 febbraio 2016, n. 771; sez. V, 15 giugno 2017, n. 2934, secondo cui «l'omessa dichiarazione di precedenti inadempimenti impedisce la verifica spettante alla stazione appaltante circa la capacità professionale dell'operatore economico che concorre a gare d'appalto pubblico ed è di per sé indice di inaffidabilità sotto questo profilo dello stesso soggetto e pertanto causa legittima di esclusione ai sensi della lettera f) più volte citata». Sempre secondo il Consiglio di Stato l'ipotesi prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006



Per l'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016¹³, invece, non assume alcun rilievo la distinzione tra pregressi rapporti contrattuali con la stessa ovvero con altra stazione appaltante, rilevando il più ampio concetto di illecito professionale, comprensivo di una molteplicità di fattispecie e condotte che non attengono strettamente alla sola fase esecutiva del contratto ma che possono riguardare anche la fase delle trattative¹⁴. Dunque, l'evoluzione normativa è notevole poiché divengono rilevanti quali cause di esclusione dalla procedura anche comportamenti che siano potenzialmente in grado di determinare un'alterazione di una concorrenza trasparente.

Recentemente, il legislatore è intervenuto sul Codice degli appalti e sulla c.d. moralità professionale, con il "Decreto Semplificazioni", d. l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con legge del 11 febbraio 2019, n. 12, riguardante "Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione", proprio nel tentativo di chiarire le problematiche connesse alla applicazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Precisamente, all'art. 5, comma 1, recante rubrica "Norme in materia di semplificazione e accelerazione delle procedure negli appalti pubblici sotto soglia comunitaria", il predetto decreto ha modificato la disciplina degli illeciti professionali, articolando la previsione del previgente art. 80, comma 5, lett. c), in ben tre nuove fattispecie corrispondenti alle lettere c), c-bis) e c-ter)¹⁵.

«ha origine con riferimento alla fase di esecuzione delle prestazioni negoziali, dal momento che l'amministrazione, da vicende pregresse che hanno testimoniato un deficit di diligenza o di professionalità in capo al concorrente, desume il venir meno ab imis di quell'elemento fiduciario che deve connotare il successivo rapporto negoziale. Pertanto, stante il principio di tassatività che permea la disciplina delle cause di esclusione, l'ambito applicativo della norma in questione non può essere dilatato sino ad accogliere un'interpretazione che comprenda anche fattispecie nelle quali il comportamento scorretto del concorrente si sia manifestato, come nella fattispecie, in fase di trattative».

¹³ «L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – nella parte in cui include nei "gravi illeciti professionali" anche "il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio", come pure il fornire "informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" – ha carattere innovativo rispetto alla previsione dettata dall'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con la conseguenza che non è estensibile in via retroattiva a procedure di affidamento soggette all'abrogato Codice degli appalti pubblici». Così si è espresso il Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704.

¹⁴ Dette condotte, ad esempio, possono riguardare le comunicazioni di informazioni false o fuorvianti che siano idonee ad influenzare le decisioni dell'ente appaltante in sede di gara o anche nel tentativo di influenzare indebitamente la stazione appaltante nel processo decisionale o anche nel riuscire ad ottenere e, dunque avvalersi, avvantaggiandosi, di informazioni riservate. Al riguardo si v. Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 3595 «stante il principio di tassatività che permea la disciplina delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, l'ambito applicativo della norma di cui all'art. 38, c. 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, riferita ai soggetti che hanno commesso grave negligenza, malafede nell'esecuzione delle prestazioni o che hanno commesso un errore grave, non può essere dilatato sino ad accogliere un'interpretazione che comprenda anche fattispecie nelle quali il comportamento scorretto del concorrente si sia manifestato in fase di trattative».

¹⁵ La nuova lettera c) riproduce la prima parte della vecchia norma, prevedendo che l'operatore economico possa essere escluso dalla partecipazione alla procedura d'appalto qualora «la stazione appaltante dimostri con mezzi



In questo modo, analogamente a quanto era previsto dalla previgente normativa, le stazioni appaltanti hanno ampia discrezionalità nel valutare l'integrità, la correttezza professionale, l'affidabilità degli operatori economici e delle imprese che prendono parte alla procedura, gravando su queste l'onere di dimostrare la gravità degli illeciti ritenuti rilevanti ai fini dell'esclusione della gara con "mezzi adeguati".

Innovativamente, nella nuova lettera c), non vi è più traccia della precedente elencazione di illeciti professionali ed anzi, le fattispecie che prima venivano contemplate in senso meramente esemplificativo, nella nuova disciplina assurgono ad autonome cause di esclusione come sancito dalle lett. *c-bis*)¹⁶ e *c-ter*)¹⁷.

L'ANAC¹⁸ è intervenuta sul punto mediante l'approvazione delle linee guida n. 6 "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice". In un secondo momento, precisamente con l'entrata in vigore del d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56, "Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", si è nuovamente espressa, fornendo un aggiornamento, necessario sia per ragioni di coerenza in merito alle modifiche introdotte dal decreto correttivo del Codice degli appalti, sia per rispondere ad osservazioni e richieste di chiarimenti formulate dalle amministrazioni appaltanti.

3. Le oscillazioni della giurisprudenza tra orientamento estensivo e restrittivo

adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità».

¹⁶ La seconda fattispecie, quella di cui alla nuova lettera *c-bis*), prevede l'esclusione dalla gara quando «l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

¹⁷ La terza fattispecie, quella di cui alla lettera *c-ter*), prevede l'esclusione anche nell'ulteriore ipotesi ove «l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa».

¹⁸ Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al d.lgs. n. 56, del 19 aprile 2017, con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017. Con le linee guida, l'ANAC ha cercato di fornire un chiarimento sulle condotte contenute nella lettera *c-bis*), contenute nell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs n. 50/2016, enucleando una serie di condotte dirette al perseguimento di un interesse strettamente personale dell'operatore economico e potenzialmente idonee ad alterare la *par condicio* tra tutti i concorrenti, comportando un evidente danno non soltanto a questi ultimi ma anche alla stazione appaltante. Sul punto si v. L. MAZZEO – L. DE PAULI, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2018, pp. 155 ss.



Come accennato, la sentenza aderisce all'orientamento giurisprudenziale prevalente¹⁹, secondo cui, la norma disegna una fattispecie aperta in cui possono essere ricompresi casi non espressamente previsti dalla stessa o dalle linee guida ANAC²⁰, a condizione che siano oggettivamente riferibili a ipotesi astratte di grave illecito professionale²¹.

In effetti, l'elencazione introdotta dall'espressione "tra questi rientrano", induce a ritenere che non sia assolutamente esaustiva del novero di tutti i gravi illeciti professionali.

La stazione appaltante gode, quindi, di una significativa discrezionalità in ordine alla valutazione di comportamenti e circostanze che, sebbene non configurino esattamente nessuna delle fattispecie specificatamente elencate dalla norma, integrino comunque un grave illecito professionale. Naturalmente, l'amministrazione che intenda procedere all'esclusione di un operatore economico dovrà fornire adeguata ed idonea motivazione in ordine al comportamento che abbia compromesso l'affidabilità e l'integrità al concorrente, tanto da portarne l'allontanamento dalla gara²². La circostanza che fosse stato emesso un

¹⁹ Per il riconoscimento della natura esemplificativa delle ipotesi di "grave errore professionale" indicate dall'art. 80, comma 5, lett. c), si v. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; 2 marzo 2018, n. 1299, che esamina la disposizione anche alla luce dell'art. 57, par. 4, della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; 27 aprile 2017, n. 1955, in *Riv. giur. edil.*, 2017, I, p. 699.

²⁰ Diversi dubbi in dottrina sono stati sollevati sulla natura delle linee guida ANAC n. 6 – approvate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e aggiornate, a seguito dell'approvazione del d.lgs. n. 56/2017 (c.d. "correttivo") con la determinazione n. 1008/2017 – che valgono quali elementi ermeneutici per la corretta interpretazione del citato articolo. Con queste l'ANAC ha fornito non solo in via esemplificativa un'elencazione di ipotesi idonee a concretare il "grave illecito professionale", ma ha, altresì, ampliato l'elenco e la casistica degli illeciti professionali, individuando ulteriori ipotesi rispetto a quelle fissate dalla normativa. In particolare, secondo S. VINTI, *I "garbugli" della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo codice appalti*, in www.giustamm.it, n. 2/2017, si tratterebbero di ipotesi eccessivamente generiche, che lasciano una discrezionalità amplissima alle stazioni appaltanti con conseguente grave rischio che quest'ultime possano facilmente "abusare" del potere attribuitogli. Si v. anche A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D. Lgs., n. 50/2016 tra Linee Guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. app.*, n. 6/2017, p. 763 e A. PRESTI, *Esclusione per grave illecito professionale in caso di risoluzioni e penali contrattuali sub iudice ex. 80, c. 5, lett. c) c.c.p.*, in www.lamministrativista.it, 2018, segnala ad es. che i paragrafi 2.1. e 2.2 delle linee guida ANAC n. 6, prevedono la possibilità di elevare talune condanne penali non esecutive (diverse da quelle di per sé escludenti di cui al comma 1 dell'art. 80 e non contemplate nella lett. c), del comma 5), a grave illecito professionale. Queste secondo l'A. sembrerebbero travalicare lo spirito del considerando 101 della Direttiva 24/2014/UE, il quale afferma che le amministrazioni dovrebbero mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali «qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi».

²¹ La norma all'art. 80, comma 5, lett. c), annovera tra gli illeciti professionali «le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che hanno comportato la risoluzione anticipata dello stesso non contestata in giudizio o confermata all'esito di un giudizio o che hanno dato luogo a una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; o ancora il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o il fornire informazioni false o fuorvianti in sede di gara».

²² Coerentemente con il passaggio richiamato di detta sentenza, le linee guida ANAC n. 6/2016 ribadiscono, ai fini della valutazione dei gravi illeciti professionali a portata escludente da parte delle stazioni appaltanti, la necessità



provvedimento di risoluzione per grave inadempimento, benché privo del carattere di definitività, in quanto contestato e ancora pendente in giudizio, è stata considerata dal T.A.R. come idonea a configurare un grave illecito professionale.

Seguendo l'iter logico del giudicante, ai fini dell'esclusione per gravi illeciti professionali, non appare necessario che al termine del procedimento sia intervenuta una sentenza di condanna, anche non definitiva, essendo sufficiente che, in via presuntiva, siano individuati elementi in base ai quali si possa configurare una condotta incompatibile con la gara stessa²³.

Accanto all'orientamento richiamato, nella giurisprudenza sussiste anche un orientamento restrittivo, che attribuisce carattere tassativo alle gravi carenze poste in essere in sede di esecuzione del contratto. Sul tema il T.A.R. Lazio²⁴ ha recentemente fornito un'interpretazione restrittiva della norma, affermando che «è da rilevare che l'elencazione contenuta nel ridetto comma 5 lettera c) è da ritenersi tassativa e non integrabile», ritenendo così che la risoluzione in danno di un precedente rapporto contrattuale, impugnata e ancora pendente in giudizio, non rientrasse nell'elencazione delle fattispecie che comportino l'esclusione per gravi illeciti professionali. Il giudice amministrativo afferma che le cause di esclusioni ex art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, non possano essere integrate da fattispecie ulteriori non previste. La stazione appaltante, quindi, fuori dai casi espressamente previsti dalla norma, non può in alcun modo individuare e dimostrare l'inaffidabilità dell'impresa che ne legittimi l'esclusione dalla procedura pubblica²⁵.

Aderire ad un'interpretazione "restrittiva", significa dare rilevanza ai soli gravi illeciti professionali che siano individuati dall'art. 80, comma 5, lett. c)²⁶.

del rispetto del principio del contraddittorio e di proporzionalità oltre all'obbligo di motivazione adeguata e completa del provvedimento di esclusione.

²³ Si v. Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, sez. giur., 30 aprile 2018, n. 252, in *www.lamministrativista.it*, 2018, dove si afferma che «anche in presenza di una risoluzione per inadempimento che si trovi sub iudice, la stazione appaltante può applicare ugualmente la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, valorizzando la clausola normativa di chiusura sulla possibilità di dimostrare comunque "con mezzi adeguati" che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, con la precisazione, tuttavia, che è necessario che la stazione appaltante dimostri con elementi probatori e motivi adeguatamente l'effettività, la gravità e l'inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa».

²⁴ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III - quater, 2 maggio 2018, n. 4793, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018.

²⁵ Nello stesso senso T.A.R. Sardegna, sez. I, 23 febbraio 2017, n. 124, il quale ritiene che «la causa di esclusione da una gara per gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non può essere oggetto di interpretazioni estensive» e la sentenza del T.A.R. Campania, Salerno, 28 marzo 2018, n. 466. A queste si aggiungano per adesione Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955, in *Guida dir.*, 2017, fasc. 21, 94, con nota di PONTE; T.A.R. Palermo, sez. II, 3 novembre 2017, n. 2511; T.A.R. Bari, sez. III, 18 luglio 2017, n. 828, in *www.lamministrativista.it*, 2017; T.A.R. Bari, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 1480; T.A.R. Lecce, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 1935, in *Foro amm.*, 2016, 12, p. 3096 (s.m.); T.A.R. Catanzaro, sez. I, 19 dicembre 2016, n. 2522, in *Guida dir.*, 2017, 4, p. 54.

²⁶ L'art. 80, comma 5, lett. c.), prevedeva che «le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad



Pertanto, nel caso in cui non ci si trovi innanzi ad alcuna delle ipotesi contemplate dalla norma, non è prevista alcuna facoltà della pubblica amministrazione di dimostrare che l'impresa sia inaffidabile e che la gravità dei comportamenti assunti determini l'opportunità di escluderla dalla gara.

Seguendo, invece, un orientamento estensivo, sarebbe possibile considerare rilevanti quali gravi illeciti professionali anche ipotesi ulteriori. In particolare, sarebbe possibile superare l'inconveniente dei lunghissimi tempi che occorrono per un eventuale giudizio di impugnazione²⁷.

4. La soluzione offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

La soluzione offerta dal giudice nella sentenza in commento appare confermata anche dal contenuto delle direttive comunitarie, che sembra in contrasto con la normativa di recepimento interna prevista dall'articolo 80, comma 5, lett. c). I dubbi sulla conformità tra il Codice degli appalti e la disciplina dettata dalle direttive comunitarie, hanno portato il T.A.R. Campania, Napoli, a rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una serie di questioni riguardanti l'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016²⁸. Dette questioni sono state risolte dalla Corte di Giustizia con sentenza del 19 giugno 2019, la quale, come si avrà modo di vedere, è riuscita a dirimere una serie di dubbi che hanno attanagliato per anni la giurisprudenza e dottrina sul contenuto di detto articolo²⁹.

La disposizione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici presenta, in effetti, una serie di dubbi interpretativi. Se da un lato attribuisce all'amministrazione la possibilità di condurre una valutazione in ordine alla rilevanza delle condotte tenute dall'impresa, dall'altro svuota di consistenza questa facoltà quando prevede «*un ineludibile obbligo legale di ammissione*», qualora nei

altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

²⁷ Sul punto si v. Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, sez. giur., 30 aprile 2018, n. 252, il quale ha affermato che «*a un'impresa non basta aver contestato in giudizio la risoluzione contrattuale subita per porsi completamente al riparo, per tutta la durata – per giunta, prevedibilmente cospicua – del processo, dal rischio di esclusioni da gare d'appalto indotte dalla relativa vicenda risolutoria*».

²⁸ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale, oltre a dubitare sulla compatibilità della Direttiva europea con l'obbligo di accertamento definitivo di un pregresso grave illecito professionale per escludere un operatore della gara, aveva richiesto alla Corte di Giustizia «*se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione*».

²⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. IV, 19 giugno 2019, causa C-41/18, in <https://eur-lex.europa.eu/>.



confronti dell'operatore economico emerga una risoluzione contrattuale *sub iudice* ovvero che difetti della definitività richiesta. In questo modo, la previsione normativa rimane ineffettiva e sterile dal momento che, fino a quando pendano i giudizi di risoluzione anticipata di appalti o concessioni, non potrà considerarsi rilevante ai fini dell'affidabilità dell'operatore economico in questione.

Infatti, alla stazione appaltante è preclusa la possibilità di valutare l'affidabilità del concorrente che, invece, è determinata in base all'esito di un giudizio civile il quale «*nella maggior parte dei casi interverrà – per la necessaria durata di quella lite – in un momento in cui si sono prodotti effetti irreversibili, qualora la gara sia stata in ipotesi aggiudicata proprio al concorrente che il giudice civile accerti doveva essere escluso*»³⁰.

La norma deriva dalla fusione di due delle ipotesi disciplinate dall'art. 57, comma 4, della Direttiva 2014/24/UE precisamente alle lettere c) e g)³¹.

Peraltro, il considerando 101 evidenzia che tra i principali obiettivi della Direttiva vi è quello dell'affidabilità³².

A differenza dell'art. 80, comma 5 del Codice dei contratti pubblici, le ipotesi di grave illecito professionale disciplinate dall'art. 57, lett. c) e g) della Direttiva hanno una configurazione diversa:

³⁰ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017.

³¹ In ordine alle cause di esclusione facoltativa, la Direttiva dispone che «le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici, di escludere dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...)

- lett. c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità; (...)

- lett. g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore, o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili (...).

³² Al riguardo, infatti, si legge che «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. (...). Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erranea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi (...). Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico». Ancora «il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni. Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione».



- la prima, si riferisce a quei gravi illeciti professionali che l'amministrazione appaltante individua in determinati comportamenti tenuti dall'impresa concorrente che siano, secondo una valutazione dell'amministrazione stessa adeguatamente motivata, idonei a comprometterne l'affidabilità, dal momento che «una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto»³³;

- la seconda, invece, riguarda significativi inadempimenti contrattuali, evidenziati dall'operatore concorrente («sempre refluenti sulla affidabilità dell'operatore economico e si richiede che siano evidenziate»³⁴), a fronte dei quali, l'amministrazione appaltante che proceda all'esclusione, sarà tenuta a fornire una prova di entità minore circa l'incidenza degli stessi sull'integrità dell'operatore economico.

Il Diritto dell'Unione Europea, come è possibile desumere dalla giurisprudenza europea³⁵ relativa all'art. 45, comma 2 della Direttiva 2004/18/CE, rifiuta nettamente qualsiasi automatismo in ordine all'esclusione facoltativa per grave errore professionale, in base al principio di proporzionalità. La normativa italiana prevede, invece, un automatismo di senso opposto precludendo l'esclusione dell'operatore economico quando abbia impugnato la risoluzione di un precedente contratto e il giudizio sia ancora pendente. E' questo meccanismo che ha condotto il T.A.R. Campania, Napoli, a rimettere per primo la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ritenendolo incompatibile con il Diritto dell'Unione Europea, il quale rifiuta un automatismo anche «di meccanismi che abbiano il contrario effetto, di precludere l'esclusione con comparabile grave deficit di proporzionalità ed efficacia della misura»³⁶.

³³ Considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE.

³⁴ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017.

³⁵ Sulla giurisprudenza comunitaria formatasi sull'art. 45, par. 2 della Direttiva 2004/18/UE, recante la previgente disciplina delle cause facoltative di esclusione, si vedano: Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. IV, 14 dicembre 2016, causa C-171/15, in *Foro amm.*, 2016, p. 2890 e oggetto della *News US* in data 9 gennaio 2017; sez. X, 18 dicembre 2014, causa C-470/13, in *Foro amm.*, 2014, p. 3034; sez. III, 13 dicembre 2012, causa C-465/11, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, p. 713, con nota di PASSARELLI, in *Foro amm.-C.D.S.*, 2012, p. 3085, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2013, p. 147 e in *Giurisdiz. amm.*, 2012, III, p. 1055; sez. II, 30 gennaio 2020, causa C-395/18, in <https://eur-lex.europa.eu>; la richiamata giurisprudenza rifiuta ogni automatismo in materia di cause di esclusione facoltativa in caso di grave errore professionale, dovendo la relativa determinazione ispirarsi a criteri di proporzionalità. Ne discende che analogo principio, contrario ad ogni automatismo, dovrebbe valere in ipotesi di meccanismi che abbiano il contrario effetto di precludere l'esclusione.

³⁶ La precedente disciplina nazionale, ravvisabile nell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, rimetteva alla "motivata valutazione della stazione appaltante" l'accertamento e la gravità delle condotte rivelanti «grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara» ovvero «un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale» (quest'ultimo accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante) che non paralizzava la discrezionalità amministrativa né richiedeva un definitivo



Dello stesso avviso si è dimostrato il Consiglio di Stato, il quale nel rimettere, successivamente, l'interpretazione della norma comunitaria alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ha evidenziato come sia inequivocabilmente chiaro l'intento del legislatore europeo di permettere all'amministrazione di escludere un operatore quando sia possibile dimostrare che a questo sia ascrivibile a un grave illecito professionale anche *«prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori»*³⁷; da ciò deriva, appunto, la responsabilità della pubblica amministrazione che emette una decisione erronea³⁸.

La normativa italiana, invece, subordina l'esclusione dell'operatore all'esito di un giudizio civile, e benché ciò risulti astrattamente corretto, è concretamente incompatibile con l'azione amministrativa ed i tempi ristretti perseguiti dall'amministrazione nella realizzazione degli interessi generali. Pertanto, ciò comporta che ad un concorrente nei confronti del quale sia stata pronunciata la risoluzione anticipata di un precedente contratto basterà aver impugnato la predetta risoluzione per poter prendere parte ad una nuova procedura di gara. L'operatore economico potrà, addirittura, conseguire l'aggiudicazione, posto che l'amministrazione che l'ha bandita non potrebbe in alcun modo procedere alla sua esclusione prima della definizione del relativo giudizio. In questo modo si crea una connessione indissolubile tra *«il giudizio interno e quello esterno, impedendo alla stazione appaltante ogni motivata valutazione sulla gravità dell'errore professionale che ha dato luogo alla pregressa risoluzione contrattuale, in violazione dei principi di proporzionalità ed effettività»*³⁹.

Il Consiglio di Stato ha rimesso la disciplina nazionale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea anche con l'ordinanza 5033/2018⁴⁰, nella quale osserva che tale meccanismo risulta evidentemente contrario *«a ragionevolezza, proporzionalità, efficacia ed efficienza»*, poiché obbliga l'amministrazione appaltante *«a dover valutare in maniera imparziale un operatore economico che pure aveva già giudicato inaffidabile»* non

accertamento della responsabilità contrattuale: in armonia con il diritto sovranazionale era sufficiente *«la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione con il richiamo per relationem all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali»*. (Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5818; 25 febbraio 2012, n. 3078; 21 gennaio 2011, n. 409).

³⁷ Considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, ord. n. 2639/2018, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ha richiesto alla Corte di Giustizia *«se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio»*.

³⁹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017.

⁴⁰ Il contenuto della richiesta della presente ordinanza è uguale a quella n. 2639/18. In merito al contenuto si rinvia, pertanto, alla nota 38.



consentendo di assumere «una propria responsabilità nella decisione di escludere l'operatore», essendo tenuta ad aspettare la decisione del giudice civile.

Tra l'altro, a ben vedere, questo meccanismo, oltre ad essere contrario al principio di proporzionalità, viola anche quello di parità di trattamento, in quanto, a fronte di illeciti professionali simili commessi da due diversi operatori economici, l'esclusione dalla procedura potrebbe intervenire immediatamente per quello che non abbia impugnato la risoluzione, non riguardando, invece, l'altro che si sia premurato di farlo.

Nell'ordinanza di remissione del T.A.R. Campania, Napoli, viene messa in evidenza che l'art. 57, comma 4 della Direttiva 2014/24/UE configura un inadempimento contrattuale ai sensi della lett. g) in quanto ipotesi esemplificativa del grave illecito professionale previsto dalla precedente lett. c), neutralizzandone l'applicazione «dal momento che disinnesca l'idoneità della stessa a fondare motivo di esclusione, con una sostanziale disapplicazione in parte qua delle previsioni della direttiva». Nell'impedire alla stazione appaltante di condurre valutazioni circa l'integrità dei concorrenti, la normativa italiana riduce a zero «gli effetti di negligenza, malafede ed errore grave, cause di esclusione pertinenti all'elemento fiduciario»⁴¹.

Proprio con riguardo all'elemento fiduciario, ed in relazione alla previgente normativa, nelle sentenze della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, n. 2312/2012 e 2313/2012 si legge che, nel condurre la sua propria valutazione discrezionale, l'amministrazione può pervenire all'esclusione quando rintracci un deficit di fiducia nell'operatore economico: all'amministrazione «il legislatore riserva la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente». Si tratta della medesima ratio che guida l'attuale disciplina per la quale «elemento centrale è l'affidabilità del concorrente, predicata sotto vari profili»⁴².

Pertanto, è fondamentale che il pregresso comportamento dell'operatore economico abbia pregiudicato *ex ante* la fiducia dell'amministrazione appaltante.

Nel risolvere la questione, la Corte di giustizia ha condiviso i dubbi manifestati dal T.A.R., osservando che il considerando 101 della Direttiva prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli "operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili" mentre al secondo comma prende in considerazione i "comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi di affidabilità dell'operatore economico". Pertanto, l'esclusione in questione è di tipo facoltativo e si fonda sul prudente apprezzamento degli Stati membri. Tuttavia, una volta che i motivi facoltativi vengono recepiti dallo Stato, non possono essere più ignorati dagli Stati gli

⁴¹ Il Codice rinvia poi all'ANAC «il compito di precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considera[ti] adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c), dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016».

⁴² T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017.



obiettivi o i principi che hanno ispirato ciascuna di dette ipotesi facoltative. Nel caso di specie, il legislatore italiano ha attribuito all'amministrazione aggiudicatrice il compito di procedere alla selezione degli offerenti. Tale opzione, una volta introdotta, non poteva più vincolare la stazione appaltante ai tempi della decisione dell'autorità giudiziaria in quanto, in caso contrario, il potere dell'amministrazione sarebbe risultato paralizzato dalla semplice proposizione di un ricorso da parte di un candidato o offerente. In particolare, la Corte ha osservato che l'art 80 del Codice dei contratti non incoraggia manifestamente un aggiudicatario, verso cui sia stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto, a prevedere misure di tipo riparatorio. Il meccanismo del *self-cleaning* tende ad incoraggiare un operatore economico ad adottare misure in grado di dimostrare la sua affidabilità nonostante la sussistenza di un motivo facoltativo di esclusione. Osserva la Corte che il meccanismo del *self-cleaning* si applica nel caso di operatore non escluso da sentenza definitiva ed è diretto a incoraggiarlo a fornire le prove di aver adottato misure riparatorie. Solo nel caso in cui tali prove risultassero insufficienti, allora, l'operatore sarà escluso dalla gara di appalto.

La Corte di Giustizia ha concluso che la normativa europea deve essere interpretata in modo da consentire all'amministrazione aggiudicatrice di escludere da una gara di appalto un operatore economico per pregressi gravi illeciti professionali, nonostante questi siano stati contestati o non vi sia stato ancora un provvedimento giurisdizionale definitivo⁴³.

La sentenza della Corte di Giustizia aderisce al filone della giurisprudenza europea che individua quale causa di esclusione soltanto un illecito professionale che sia oggettivamente grave, poiché la normativa nazionale opera in un modo diverso, optando per la «sospensione della valutazione amministrativa, rimessa per intero ad un sindacato giurisdizionale, peraltro incentrato su aspetti non perfettamente coincidenti, ovvero sulla correttezza della azione risolutoria e non sulla affidabilità dell'operatore economico»⁴⁴. Di conseguenza, la gravità dell'inadempimento ed i conseguenti danni cagionati alla pubblica amministrazione o a terzi non rilevano come elementi oggettivi di valutazione e così facendo «si è reso ancor meno prevedibile l'esito della partecipazione alla gara, rimettendolo ad un evento di natura potestativa e peraltro di esclusivo dominio dell'operatore economico della cui affidabilità si tratta»⁴⁵.

⁴³ Dello stesso avviso è l'ANAC dove nella relazione illustrativa all'aggiornamento delle linee guida n. 6, osservava che erano «noti i casi in cui, a seguito della risoluzione contrattuale per grave inadempimento dell'aggiudicatario, la stazione appaltante ha indetto una nuova gara cui lo stesso soggetto colpito dalla risoluzione che abbia impugnato il provvedimento adottato nei suoi confronti chiede di partecipare. In questo caso, se si aderisse all'idea che l'accertamento della violazione debba essere definitivo, la stazione appaltante non potrebbe escludere il concorrente inadempiente e rischierebbe di dovergli aggiudicare il contratto che in precedenza aveva risolto».

⁴⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11.

⁴⁵ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017, secondo cui «l'esclusione in tali ipotesi non è sanzione per la commissione di un illecito, ma ha carattere puramente preventivo, mirando a garantire l'esistenza di un rapporto di fiducia



5. L'adesione all'orientamento estensivo: crisi del principio di legalità?

Dall'analisi del dibattito giurisprudenziale intorno al contenuto dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, si pongono una serie di problemi di teoria generale del diritto. In primo luogo, in merito al linguaggio giuridico impiegato dal legislatore, il quale, a fronte di una volontà diretta a realizzare e attuare il principio di legalità attraverso una elencazione, fallisce nel suo intento a causa di un lessico giuridico generico. Detta genericità deriva, in particolare, dalla sostituzione delle nozioni negligenza, malafede ed errore professionale con quelle di integrità, affidabilità e gravi carenza, ingenerando una serie di problemi interpretativi⁴⁶. L'impiego di un lessico generico esprime gravi preoccupazioni in ordine al rispetto del principio di legalità, il quale appare sempre più in crisi⁴⁷. Seppure il legislatore non possa tipizzare tutti i casi possibili, avrebbe potuto, al fine di garantire e fornire una certezza giuridica agli operatori economici, chiarire meglio detti concetti, evitando quel clima di incertezza che induce ad interpretazioni giurisprudenziali di natura creativa⁴⁸. L'incertezza e crisi di legalità si scontrano con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, in quanto ciascuna stazione appaltante potrebbe fornire una interpretazione diversa dall'altra in ordine alle cause di esclusioni⁴⁹. Incertezza che si riverbera, altresì, sul piano dell'obbligo di dichiarazione da parte del concorrente il quale, a fronte dell'interpretazione estensiva fornita dalla giurisprudenza⁵⁰, si troverebbe in una situazione di incertezza in merito al contenuto della dichiarazione di assenza di gravi illeciti professionali. Nonostante i problemi

tra la SA e la sua controparte, per cui non dovrebbe essere legata ad un controllo giurisdizionale interno dei suoi presupposti, ma ad un controllo esterno, quale quello del giudice amministrativo, il cui sindacato è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è mai sostitutivo».

⁴⁶ Al riguardo si v. G. MANFREDI, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urb. app.*, 2010, 5, p. 508.

⁴⁷ R. DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, p. 1107, secondo cui «la chiarezza delle regole è la declinazione del principio di lealtà dei governanti verso i governati». In giurisprudenza, sul dovere del legislatore *declare loqui*, seppur con riferimento alla diversa materia elettorale, cfr. Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, sez. giur., 29 giugno 2018, n. 376 (ord.), in *www.giustizia-amministrativa.it*, per il quale «grava sul legislatore un dovere primario *declare loqui*». Aggiungasi inoltre che, nella specie, la stessa Direttiva 2014/24/UE aveva espresso, al considerando 2, la necessità di «chiarire alcuni concetti e nozioni di base».

⁴⁸ Sul ruolo del giudice diretto a riempire il significato delle norme e colmare le lacune nell'ordinamento, si v. A. PUNZI, *Prefazione*, in G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, XVI; P. GROSSI, *Pagina introduttiva (a sessanta anni dalle leggi razziali del 1938)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVII, Milano, 1998, p. 1, che a sua volta richiama P. BORGNA – M. CASSANO, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, 1997.

⁴⁹ Sul punto si v. F. G. SCOCA, *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1999, p. 531, con riferimento alla moralità professionale degli imprenditori.

⁵⁰ In tal senso si v. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2018 n. 4532, per il quale «l'operatore economico è tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure di valutazione comparativa concorsuale, non essendo configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza»



derivanti da una interpretazione estensiva dell'art. 80, comma 5, lett. c), sembra ragionevole ritenere che vada privilegiata comunque detta interpretazione. Oltre che per motivi illustrati già in precedenza dalla giurisprudenza italiana e europea, ritengo che sia opportuno valorizzare la discrezionalità dell'amministrazione, essendo il soggetto più idoneo a garantire il buon andamento e i principi di imparzialità previsti dall'art. 97 Cost. In particolare, seguendo la nozione di discrezionalità amministrativa, così come elaborata dal Giannini, spetta proprio all'amministrazione valutare caso per caso la sussistenza di cause di esclusioni dalla gara, non potendo essere determinate in modo aprioristico⁵¹.

Ma come fare per impedire che questo principio non confligga o meglio non prevalga totalmente su quello di legalità e affidamento dell'operatore economico? Gli accorgimenti possono essere sostanzialmente due.

Il primo riguarda l'onere motivazionale a carico della stazione appaltante di indicare in modo specifico e adeguato la mancanza di integrità e affidabilità del concorrente ai fini espulsivi. Si fornisce, in tal modo, un valido ausilio probatorio allo stesso ricorrente per la dimostrazione della gravità dell'illecito anche in vista di una eventuale impugnativa da parte del concorrente escluso⁵².

Il secondo riguarda gli obblighi dichiarativi a carico del concorrente che non possono essere estesi fino a portarlo a dichiarare circostanze ulteriori rispetto all'elenco di cui all'art. 80, comma 5, lett. c)⁵³. Ciò in quanto, nonostante la continua tendenza del

⁵¹ Si v. F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1070, dove si legge che «l'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire in ciascuna occasione non è uno tra gli interessi pubblici dati dalle leggi (né l'interesse primario, né uno degli interessi secondari), ma è un interesse (composto, misto, frutto di confronto o compromesso) diverso, scolpito (o costruito) dalla stessa amministrazione attraverso le operazioni di valutazione comparativa» che «si può convenire di denominare interesse pubblico concreto». Si v. V. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1993, pp. 47-48, dove sostiene che la scelta discrezionale «spazia in un ambito circoscritto da norme: quando l'amministrazione agisce, deve curare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza; la sua scelta è perciò finalizzata». Occorre osservare che l'espressione "interesse pubblico concreto" non è utilizzata da Giannini, ma è logicamente implicita nella sua costruzione teorica ed è stata poi esplicitata da D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, p. 27. Per una analisi della discrezionalità amministrativa nonché per una convincente rivisitazione di tale concetto si v. G. TAGLIANETTI, op. cit., pp. 41 ss.

⁵² T.A.R. Toscana, sez. I, 1 agosto 2017, n. 1011, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui sussiste a carico della stazione appaltante un obbligo di motivazione sulla mancanza di integrità/affidabilità del concorrente ai fini espulsivi (nella specie si è negata la possibilità di desumere la sussistenza del grave illecito professionale — e per questo disporre un'esclusione automatica — solo dal mancato promovimento di iniziative giurisdizionali, o in sede arbitrale, contro l'anticipata risoluzione dell'appalto). Secondo un certo indirizzo, la motivazione non sembrerebbe, invece, necessaria ove la stazione appaltante voglia ammettere il concorrente il cui presunto illecito professionale sia ritenuto irrilevante (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 9 marzo 2017, n. 216, in *www.giustizia-amministrativa.it*)

⁵³ In tal senso si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 6 aprile 2018, n. 2248, secondo cui è «maggiormente aderente al principio di tassatività delle cause di esclusione nonché alla natura di norma di stretta interpretazione che va annessa all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, una lettura che escluda dal novero delle vicende soggette all'obbligo di dichiarazione, gli episodi di esclusione del concorrente da precedenti gare d'appalto, non intravedendosi in un provvedimento di esclusione indizi di grave illecito professionale ascrivibile al partecipante alla selezione, a meno che ovviamente non emerga



nostro ordinamento a valorizzare l'importanza delle sentenze dei magistrati nella costruzione del diritto, risulta evidente che queste non possano rivestire il ruolo di fonte del diritto in quanto i giudici possono soltanto applicarlo⁵⁴. Si spera, quindi, in un intervento risolutivo dell'Adunanza plenaria tale da ingenerare un clima di certezza e sicurezza maggiore negli operatori economici, anche a seguito delle recenti

la causa di esclusione prevista dal punto f-ter) concernente l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti; il che non risulta nella specie. Ne consegue che le suindicate esclusioni non dovevano essere dichiarate ...»; in un senso per certi versi analogo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2018, n. 5337; 21 agosto 2017, n. 4051; 3 aprile 2018, n. 2063, tutte in www.giustizia-amministrativa.it, le quali (seppur con riferimento alla precedente disciplina) hanno escluso che dall' art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 potesse evincersi «un principio di "onnicomprendività" della dichiarazione, tale per cui il concorrente a una pubblica gara sarebbe tenuto a dichiarare qualunque circostanza che sia potenziale sintomo di inesatti adempimenti contrattuali» sicché «se si accedesse a una così lata e insicura nozione di onere dichiarativo come quella ... della "onnicomprendività" della dichiarazione, e se si accedesse alla sua tesi per cui la violazione di tali oneri dichiarativi giustificerebbe ex se l'esclusione dalle gare, si porrebbe a una situazione di inaccettabile incertezza e imprevedibilità del diritto, fonte di potenziale aporia di sistema e di danno all'economia del settore, per aver connesso la seria misura dell'esclusione a un novero di violazioni inammissibilmente ampio e potenzialmente indeterminato».

A favore di una interpretazione estensiva, si vedano le linee guida dell'ANAC n. 6, paragrafo 4.2, nelle quali si legge che l'onere dichiarativo in termini "onnicomprendivi" calibrandolo (non su "qualunque circostanza" che sia sintomatica di un inadempimento contrattuale, o su «tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente» ma su «tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico» e in relazione ai quali è rimesso «in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione».

Si legge anche che «la falsa attestazione dell'insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento e l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l'applicazione dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis), del codice»; «fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 81, comma 2, del codice: a) la verifica della sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice; b) la verifica della sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. è effettuata mediante acquisizione del certificato dei carichi pendenti riferito ai soggetti indicati dall'art. 80, comma 3, del codice, presso la Procura della Repubblica del luogo di residenza»; «la verifica della sussistenza dei carichi pendenti è effettuata dalle stazioni appaltanti soltanto nel caso in cui venga dichiarata la presenza di condanne non definitive per i reati di cui agli artt. artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. oppure nel caso in cui sia acquisita in qualsiasi modo notizia della presenza di detti provvedimenti di condanna o vi siano indizi in tal senso»; «la stazione appaltante che venga a conoscenza della sussistenza di una causa ostativa non inserita nel casellario informatico ne tiene conto ai fini delle valutazioni di competenza, previa idonee verifiche in ordine all'accertamento della veridicità dei fatti»; «le verifiche riguardanti gli operatori economici di uno Stato membro sono effettuate mediante accesso alle banche dati o richiesta dei certificati equivalenti, contemplati dal sistema. Gli operatori non appartenenti a Stati membri devono produrre, su richiesta della stazione appaltante, la certificazione corrispondente o, in assenza, una dichiarazione giurata in cui si attesta che i documenti comprovanti il possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice non sono rilasciati o non menzionano tutti i casi previsti».

⁵⁴ Si veda F. PATRONI GRIFFI, *Usi e consuetudini giudiziari e diritto giurisprudenziale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Questione giustizia*, 2016, 4, p. 174.



riforme del processo amministrativo⁵⁵ o, meglio ancora, un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

⁵⁵ Sul valore del precedente nel sistema di giustizia amministrativa e sull'applicazione dell'art. 99 c.p.a. si v. E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1237 ss. Si vedano anche S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011, pp. 180 ss.; G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012; R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2017. In senso contrario all'esistenza di un vincolo, si v. C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2013, IV, pp. 976 ss.; G. CORSO, *L'Adunanza plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rass. for.*, 2014, pp. 633 ss.; A. MALTONI, *Il "Vincolo" al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 2015, pp. 137 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente e nomofilachia*, (intervento alla tavola rotonda nell'ambito del Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense, "Il valore del precedente nel sistema ordinamentale", Roma, 13 ottobre 2017), in *www.giustizia-amministrativa.it*.



Le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni: il difficile connubio tra modello pubblico e modello privato

di Giuseppe Gianni e Paola Consolandi

(Avvocati amministrativisti)

Sommario

1. Inquadramento sistematico - 2. L'attività amministrativa di gestione della partecipazione societaria - 3. Brevi cenni sullo speciale regime previsto per le società quotate e spunti di riflessione.

Abstract

This short paper aims to point out several aspects of actual regulation of public companies (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" - D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175), by which the Italian Legislator has intervened on many general legal issues of this particular kind of companies.

Critical aspects are related to the regulation of public companies listed on a stock exchange and the consequent liability of directors, which are not clearly establishing.



1. Inquadramento sistematico

Il Legislatore, attraverso il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175¹), è intervenuto sia sulla potestà amministrativa, vincolandola, che sull'autonomia negoziale della pubblica amministrazione.

La novella legislativa individua presupposti e condizioni perché le amministrazioni possano costituire una società, acquistare e mantenere una partecipazione, diretta o indiretta, in una società a totale o parziale partecipazione pubblica e gestire il rapporto sociale (art. 1, co. 1) e ha cura di precisare che nel momento applicativo deve aversi riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato e alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica (art. 1, co. 2).

Le norme contenute nel Testo unico si collocano, per la natura degli interessi tutelati, tra quelle imperative di *ordine pubblico economico*. L'ambito di riferimento è l'organizzazione della pubblica amministrazione e l'intervento operato sui soggetti giuridici dell'ordinamento disegna il modello societario come alternativa all'internalizzazione o all'appalto per produrre un bene e/o erogare un servizio a favore della collettività, ovvero per autoprodurre quei beni e/o servizi necessari all'amministrazione e all'esercizio delle sue funzioni. La misura assume, perciò, rilievo perché si iscrive tra gli interventi pubblici tesi a realizzare la tutela, costituzionalmente garantita, dei livelli minimi essenziali delle prestazioni amministrative afferenti i diritti civili e sociali².

La prima considerazione da svolgere è quella per cui il Legislatore, in sede di intervento, ha certamente dovuto tenere conto del regime di riparto delle competenze e funzioni fra Stato e regioni delineato dall'art. 117 Cost., ricercando un

¹ * Avvocati amministrativisti. Si deve all'Avv. Paola Consolandi l'attività di ricerca e analisi delle fonti, la cura delle note e la redazione del par. 2, nonché del breve *abstract* in lingua inglese.

Publicato nella Gazz. Uff. 8 settembre 2016, n. 210 e in vigore dal successivo 23 settembre.

Il Testo unico costituisce attuazione della cd. Legge Madia (L. 7 agosto 2015, n. 124, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"), il cui art. 16, collocato all'interno del Capo IV, intitolato "Deleghe per la semplificazione normativa", contiene la delega al Governo ad adottare "decreti legislativi di semplificazione dei seguenti settori:...b) partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche; c) servizi pubblici locali di interesse economico generale" (co. 1).

L'art. 18, rubricato "Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche", detta, al co. 1, i principi e i criteri direttivi specifici per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche.

² V. E. Boscolo, *L'unificazione attraverso la garanzia delle prestazioni di servizio pubblico*, in M. Cafagno e F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico dell'economia*, Vol. V de "A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi", a cura di L. Ferrara e D. Sorace, Firenze University Press, 2016, p. 321 ss. L'A. si avvicina alla ricostruzione del modello di costituzione economica nazionale in termini di *welfare state* attraverso una riflessione sulla natura delle prestazioni di diritto pubblico, rilevando come "La strutturazione di un articolato sistema di servizi pubblici preordinati alla erogazione di una gamma sempre più ampia di prestazioni costituisce l'unica risposta pubblica concreta all'esigenza di limitare il tasso di diseguaglianze marginalizzanti riscontrabile nella società italiana nelle diverse stagioni: ciò al fine di strutturare rapporti sociali più equi".



difficile punto di equilibrio a garanzia delle singole potestà legislative di natura esclusiva, rispettivamente *ex art. 117, co. 1, lett. g)* e *co. 3*, nella materia dell'*organizzazione amministrativa*, oltre che nel rispetto dell'ordinamento sovranazionale; tant'è che dopo aver imposto il divieto per le società cd. strumentali [di cui al *co. 2, lett. d)* dell'*art. 4*] controllate da enti locali di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni, è stato subito previsto che il divieto non opera di fronte a un'apposita previsione adottata a livello di legislazione regionale (*art. 4, co. 5*). Per identiche ragioni è lasciata al governo, alle regioni e alle province autonome, nell'esercizio della propria autonomia (per queste ultime anche legislativa), la possibilità di scegliere se sottrarre in tutto o in parte singole società partecipate all'applicazione delle previsioni dettate dallo stesso *art. 4* con riferimento alle finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione della partecipazione pubblica (*art. 4, co. 9³*).

La seconda considerazione è che restano sottratte all'ambito di applicazione del Testo unico, e dunque continuano a soggiacere alle specifiche disposizioni previgenti, le società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse, al pari delle fondazioni e degli enti associativi diversi dalle società partecipate da pubbliche amministrazioni [*art. 1, co. 4, lettere a) e b)*] –.

Infine, sono sottratte all'applicazione del Testo unico le società quotate, fatta salva un'espressa previsione di segno contrario (*art. 1, co. 5*)⁴.

Perciò, il punto di equilibrio nella convivenza tra modello pubblico e modello societario di diritto comune scelto come paradigma generale (*art. 1, co. 3⁵*) non è

³ Il richiamato *co. 9* dell'*art. 4* prevede che: "Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolare la quotazione ai sensi dell'articolo 18, può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica. Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti. I Presidenti di Regione e delle province autonome di Trento e Bolzano, con provvedimento adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, possono, nell'ambito delle rispettive competenze, deliberare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione della Regione o delle province autonome di Trento e Bolzano, motivata con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1. Il predetto provvedimento è trasmesso alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, alla struttura di cui all'articolo 15, comma 1, nonché alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti".

⁴ Sulle società quotate, con la relativa disciplina, v., *amplius*, par. 3.

⁵ La disposizione richiamata recita testualmente: "Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato".



univoco, dovendosi ricercare di volta in volta, sicché da questo punto di vista l'intervento legislativo non mostra di possedere organicità, né unitarietà.

L'esame dell'articolato mostra che il Testo unico contiene previsioni di carattere generale che incidono direttamente sulla potestà e sull'autonomia delle pubbliche amministrazioni, e cioè l'art. 2 ("Definizioni"), l'art. 3 ("Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica"), l'art. 4 ("Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche"), l'art. 5 ("Oneri di motivazione analitica"), l'art. 7 ("Costituzione di società a partecipazione pubblica"), l'art. 8 ("Acquisto di partecipazioni in società già costituite") e l'art. 9 ("Gestione delle partecipazioni pubbliche"). Altre previsioni, contenute nei successivi artt. 16 ("Società *in house*"), 17 ("Società a partecipazione mista pubblico-privata") e 18 ("Quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati"), contengono disposizioni fortemente derogatorie, ma non costituiranno oggetto di compiuta disamina nella presente trattazione.

Interessanti sono, invece, le norme contenute nell'art. 18 e nell'art. 26 ("Altre disposizioni transitorie"), che saranno esaminate congiuntamente. L'art. 26 ha, per l'appunto, natura transitoria e introduce un "tempo supplementare" grazie al quale molte società pubbliche sono "fuggite" dall'applicazione del Testo unico⁶, mentre l'art. 18 detta la disciplina a regime della quotazione di società a controllo pubblico e consente a tali società di quotare azioni o altri strumenti finanziari in mercati regolamentati previa apposita scelta dell'ente partecipante nell'esercizio della potestà amministrativa e a condizione che il socio pubblico renda chiaro il proposito in ordine al mantenimento della partecipazione di controllo ovvero al suo progressivo abbandono⁷.

⁶ Il riferimento è alle società quotate, che lo stesso Testo unico definisce all'art. 2, co. 1, lett. p), come "le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati". A tal riguardo l'art. 26 (rubricato, per l'appunto, "Altre disposizioni transitorie") stabilisce che:

"3. Le pubbliche amministrazioni possono comunque mantenere le partecipazioni in società quotate detenute al 31 dicembre 2015.

4. Nei diciotto mesi successivi alla sua entrata in vigore, il presente decreto non si applica alle società in partecipazione pubblica che abbiano deliberato la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati con provvedimento comunicato alla Corte dei conti. Ove entro il suddetto termine la società interessata abbia presentato domanda di ammissione alla quotazione, il presente decreto continua a non applicarsi alla stessa società fino alla conclusione del procedimento di quotazione.

5. Nei dodici mesi successivi alla sua entrata in vigore, il presente decreto non si applica alle società in partecipazione pubblica che, entro la data del 30 giugno 2016, abbiano adottato atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati. I suddetti atti sono comunicati alla Corte dei conti entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Ove entro il suddetto termine di dodici mesi il procedimento di quotazione si sia concluso, il presente decreto continua a non applicarsi alla stessa società. Sono comunque fatti salvi, anche in deroga all'articolo 7, gli effetti degli atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati, adottati prima della data di entrata in vigore del presente decreto".

⁷ La disposizione in commento prevede testualmente: "1. Le società controllate da una o più amministrazioni pubbliche possono quotare azioni o altri strumenti finanziari in mercati regolamentati, a seguito di deliberazione adottata ai



La disciplina si completa con la previsione contenuta nell'art. 8, co. 3⁸, la quale consente che un'amministrazione possa acquisire una partecipazione in una società già quotata, ed è comunque prevista la sottrazione dall'applicazione del Testo unico. Anche sotto tale profilo l'approdo normativo merita una riflessione, in quanto – in disparte quanto sostiene il Dipartimento del Tesoro del Mef, per cui *“l'esclusione delle società quotate nei mercati regolamentati dall'applicazione generale del TUSP risponde all'esigenza di evitare distorsioni del mercato di negoziazione dei titoli già quotati e penalizzazioni per le società a partecipazione pubblica che si confrontano nei mercati regolamentati con società concorrenti. Inoltre, l'applicazione parziale della disciplina del TUSP tiene in considerazione che tali società sono già sottoposte ad una disciplina di settore che, attraverso stringenti regole di trasparenza e regole speciali di governance, favorisce l'attuazione delle finalità previste dal TUSP”*⁹ e al di là dell'oggettivo vantaggio per le singole amministrazioni (posto che i pacchetti azionari fruttano lauti dividendi) – la quotazione di società a controllo o a partecipazione pubblica, così come l'ammessa acquisizione di una partecipazione in una società già quotata, non sembra immune da antinomie sia rispetto al modello economico tratteggiato dalla Costituzione¹⁰ che rispetto alle funzioni e ai limiti assegnati alla pubblica amministrazione. Infatti, e salvo il caso in cui è la stessa legge a scegliere di costituire una società e disporre la quotazione, il dato che oggi la pubblica amministrazione è inserita in un ordinamento sovranazionale fortemente orientato alla competizione¹¹ non può far perdere di vista i primari compiti di coesione sociale e di tutela degli interessi generali ai quali l'ente pubblico è chiamato¹².

sensi dell'articolo 5, comma 1, secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1. L'atto deliberativo prevede uno specifico programma avente ad oggetto il mantenimento o la progressiva dismissione del controllo pubblico sulla società quotata.

2. L'atto deliberativo avente ad oggetto la richiesta di ammissione alla quotazione è adottato con le modalità di cui all'articolo 7, comma 1.

3. È fatta salva la possibilità di quotazione in mercati regolamentati di società a partecipazione pubblica singolarmente individuate, soggette a regimi speciali in base ad apposite norme di legge”.

⁸ La norma, come già detto rubricata “Acquisto di partecipazioni in società già costituite”, stabilisce, al citato co. 3, che: *“Le disposizioni del presente articolo si applicano anche all'acquisto, da parte di pubbliche amministrazioni, di partecipazioni in società quotate, unicamente nei casi in cui l'operazione comporti l'acquisto della qualità di socio”*.

⁹ Tale orientamento della struttura di monitoraggio Mef-DT, 22 giugno 2018, è citato dalla Corte dei conti nella relazione per l'anno 2018 sugli organismi territoriali partecipati dagli enti locali, di cui alla deliberazione n. 23/SEZAUT/2018/FRG.

¹⁰ Sul concetto di “costituzione economica”, in termini generali e per un'analisi storica, si rinvia a G. Bianco, *Costituzione economica e ordine pubblico economico*, in *Digesto – Discipline pubblicistiche*, III aggiornamento, UTET, 2008.

¹¹ Sulle conseguenze del processo di integrazione comunitaria a livello di ordinamento interno e sul passaggio dalle costituzioni economiche nazionali a favore di una costituzione economica europea, v. E. De Marco, *“Costituzione economica” e integrazione sovranazionale*, pubblicato in www.federalismi.it, numero speciale 5/2019, con l'ampia bibliografia ivi citata.

¹² Una completa e approfondita analisi degli elementi costitutivi del contratto di società, in specie della causa, con riferimento alle società pubbliche o a partecipazione pubblica, è condotta da R. Guarino, La “causa pubblica” alla luce del Testo unico 175 del 2016, in F. Fimmanò e A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche – Tomo I*, Giapeto editore, 2016, p. 281 ss. L'A. si sofferma anche sull'aspetto, dibattuto in dottrina, della non



È certamente possibile che la pubblica amministrazione si esprima e si organizzi in forma imprenditoriale quando l'attività di impresa è funzionale al perseguimento dello specifico interesse pubblico in intestazione¹³, ma tale modello non è pienamente sovrapponibile a quello dell'ente pubblico-impresa che opera all'interno del mercato azionario per acquisire le risorse private a cui erogare dividendi, tenuto conto che le logiche di profitto e di speculazione del mercato azionario finiscono per riflettersi non su una domanda *libera* di beni e servizi per i quali esiste un mercato di rischio, bensì su bisogni irrinunciabili della collettività, che in quanto tali vanno organizzati e gestiti secondo schemi di stampo solidaristico.

Passando alla disciplina delle regole modali per la gestione delle partecipazioni pubbliche, merita attenzione la disposizione normativa contenuta nell'art. 9 che, purtroppo, è piuttosto scarna e lascia il socio pubblico, e comunque chi lo rappresenta, "arbitro di sé stesso". Il Legislatore ha demandato la disciplina della gestione della partecipazione al codice civile e al modello societario di diritto comune ma il risultato non sembra soddisfacente, considerato che la gestione della partecipazione sociale è attività amministrativa e che chi rappresenta l'ente partecipante e/o l'ufficio responsabile dei diritti sociali amministra un bene della collettività¹⁴.

Solo un accenno in nota sarà fatto alla ritenuta fallibilità delle società *in house*¹⁵ e alla riconosciuta responsabilità per danno erariale dei suoi amministratori e dipendenti, la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti (art. 12¹⁶).

essenzialità della finalità lucrativa nei vari tipi sociali, con ovvi riflessi sulla possibilità di ravvisare, nel sistema normativo ante Testo unico, un nuovo tipo sociale rispetto alle società in commento, per cui "la finalità pubblica dovrebbe essere inseguita, secondo questa autorevole dottrina (i.e. F.G. Scoca, Il punto sulle c.d. società pubbliche, Relazione al Convegno "Le Società pubbliche", Venezia 25 novembre, 2004, pubblicata in Il Diritto dell'Economia, 2005) attraverso un modello di organizzazione creato ad hoc dal legislatore, che tenga conto, da una parte dell'esigenza di perseguire un risultato in termini di efficienza, e, dall'altra parte, del particolare scopo pubblico. Un organismo, dunque, nuovo alla nostra legislazione, il quale assuma in parte i caratteri societari tipici, che garantiscano una gestione snella ed improntata a criteri di economicità ed in parte assuma la forma dell'organo di amministrazione, di guisa che quest'ultima possa esercitare sulla società il controllo e la direzione".

¹³ Per una sintetica ma ragionata analisi delle forme organizzative e del regime dell'attività di impresa svolta dalla pubblica amministrazione, si veda il contributo di V. Cerulli Irelli, L'impresa pubblica nella Costituzione economica italiana, elaborato per il gruppo di studio di Astrid su "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione", datato 04/02/2009 e pubblicato sul sito www.astrid-online.it.

¹⁴ La questione costituirà oggetto di approfondimento nel successivo par. 3.

¹⁵ Come già rilevato da F.M. Ciaralli, Le società in house possono fallire: prime considerazioni della Cassazione sul d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, pubblicato il 01/03/2017 in www.italiappalti.it, in sede di commento a Cass. civ., Sez. I, 07/02/2017, n. 3196, "dottrina e giurisprudenza appaiono divise tra un orientamento che fa leva sulla non alterità della società rispetto alla Pubblica Amministrazione (in tal senso, Corte App. L'Aquila, sent. 2.3.2015, n. 304; Trib. Verona, sent. 19.12.2013, n. 651; Trib. Napoli sent. 9.1.2014, n. 1097; Trib. Nola, sent. 30.1.2014.) ed un altro orientamento che, al contrario, si fonda sul principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria, iscrivendosi nell'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica (in tal senso si è espresso il Tribunale di Modena, decreto 10.1.2014. Analogamente, il Tribunale di Palermo, con sentenza del 13 ottobre 2014, ha statuito che le società costituite secondo i tipi codicistici ed aventi per oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili



Già si è detto che l'intervento legislativo ha perimetrato il raggio di azione dell'amministrazione, e dunque limitato, *rectius* indirizzato, la potestà pubblica e le condizioni di esercizio dell'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni al momento sia della costituzione di una nuova società che dell'acquisto di partecipazioni in società già esistenti (artt. 7 e 8), imponendo la forma del procedimento amministrativo all'*iter* di formazione della volontà dell'ente partecipante (art. 5).

Particolarmente significativo è il sistema dei vincoli – tipologico, di scopo, di attività, territoriale e procedimentale – che il Legislatore pone all'amministrazione e al suo agire quando, attraverso la costituzione di una società, modifica, ampliandolo, il suo assetto organizzativo: *in primis* un vincolo di scopo, dovendo l'oggetto sociale essere non solo coerente ma aderente, financo necessario, al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione partecipante – il che è agilmente apprezzabile con riferimento agli enti territoriali e a livello locale, mentre appare di non immediata percezione se si ha riguardo ai compiti istituzionali di un'amministrazione statale centrale o di un ente pubblico nazionale – e un ulteriore vincolo legato all'attività svolta [art. 4, co. 2, lettere a)-e)], al quale è connaturato il vincolo territoriale nel caso di società partecipate da enti locali e territoriali che erogano servizi non a rete, diversamente da quelle che erogano servizi di interesse economico generale a rete

alle procedure concorsuali a prescindere dall'effettivo esercizio di tale attività, atteso che è lo statuto sociale a rilevare in ordine all'assunzione della qualità di imprenditore. Nel medesimo senso, Corte App. Napoli, 27.5.2013, n. 346, 24.4.2013, 15.7.2009; Trib. Palermo, 11.2.2010; Trib. Velletri 8.3.2010; Trib. Pescara 1.4.2014". La commentata pronuncia della Corte di Cassazione n. 3196/2017, richiamando il precedente n. 22209/2013, ribadisce il principio per cui "In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità". Più recentemente, v. anche Cass. civ., Sez. I, 22/02/2019, n. 5346.

La questione della fallibilità delle società in house è affrontata anche da C. Contessa, Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house, Contributo estratto dal volume C. Contessa (a cura di), Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici, La Tribuna, Piacenza, 2020, pubblicato sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ La norma richiamata, rubricata "Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate", stabilisce che: "1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione".



che, per evidenti ragioni di efficienza, sfuggono al limite territoriale¹⁷. A proposito di queste ultime va detto, nell'intento di sgombrare il campo da possibili equivoci, che esse non operano sul mercato in condizioni di parità con gli operatori economici privati sol perché l'affidamento del servizio è avvenuto nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, dal momento che i loro diretti concorrenti sono normalmente altre società partecipate da enti locali extraregionali che assumono, in forza di aggregazioni, una posizione dominante sul mercato sotto la direzione e il coordinamento di una *holding* e, altresì, perché molti di questi soggetti sono già concessionari di beni del patrimonio pubblico indisponibile, e dunque agiscono sulla base del vantaggio che deriva loro dal poter utilizzare un'infrastruttura che altri operatori non possiedono, spendendo una forza economica che è il prodotto di una concessione e non del merito.

Venendo, infine, alla disamina delle attività esercitabili dalle società partecipate, tra quelle elencate all'art. 4, co. 2 del Testo unico assume un'importanza fondamentale la *"produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi"* [lett. a)] e pertanto non possono essere tralasciate le definizioni di *servizi di interesse generale* e di *servizi di interesse economico generale*. Nel linguaggio del Legislatore del Testo unico consistono rispettivamente la prima in *"attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale"* [art. 2, co. 1, lett. h)] e la seconda in *"servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato"* [art. 2, co. 1, lett. i)].

Le definizioni sono funzionali all'individuazione delle società pubbliche e si completano della successiva elencazione delle tipologie di attività che possono costituirne l'oggetto sociale, all'interno del confine tracciato dalla stretta inerenza dell'attività svolta con le finalità istituzionali dell'ente¹⁸.

¹⁷ Il co. 9-bis dell'art. 4 introduce la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi di interesse economico generale a rete pur al di fuori dall'ambito territoriale di riferimento, a condizione che queste ultime abbiano in corso o ottengano l'affidamento del servizio attraverso una procedura a evidenza pubblica. Ulteriormente, la società non deve aver chiuso in perdita quattro degli ultimi cinque esercizi [art. 20, co. 2, lett. e)], e se si tratta di una società in house deve rispettare il limite del 20% per il fatturato conseguente allo svolgimento delle attività predette (art. 16, co. 3).

¹⁸ L'art. 4, co. 1 del Testo unico prevede, testualmente, che *"Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"*. Nel parere n. 968/2016 la Commissione speciale del Consiglio di Stato, dopo aver rammentato che la norma riportata riprende, sostanzialmente, il contenuto dell'art. 3, co. 27, L.



Posto che sia i servizi di interesse economico generale (SIEG) che quelli di interesse generale (SIG) ricadono in via mediata (per il tramite, cioè, delle società pubbliche che li producono/gestiscono/erogano) nell'ambito di applicazione del Testo unico¹⁹ – il quale non ne contiene, però, la disciplina²⁰ – non può non rilevarsi come una delle finalità individuate dalla delega legislativa fosse quella di riordinare la disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, anche allo scopo di tutelare e promuovere la concorrenza (art. 18, co. 1, L. n. 124/2015²¹).

24 dicembre 2007, n. 244, contenente "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)" e abrogato, per l'appunto, dall'art. 28, D.Lgs. n. 175/2016, ritiene che essa imponga "un chiaro e stringente "vincolo di scopo pubblico".

¹⁹ Con la precisazione, a opera di L. Tarantino, *Promozione della concorrenza e disciplina dei servizi pubblici*, pubblicato sul sito www.italiappalti.it il 30/09/2016, che dall'art. 4, D.Lgs. n. 175/2016 "si evince che la costituzione di società pubbliche in materia di SIEG può essere ammessa solo per il caso di autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento, restando altrimenti il fine fondamentale delle suddette società quello della produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi". L'A. fa osservare anche che sul punto il Legislatore ha ignorato i rilievi operati in sede consultiva dal Consiglio di Stato nel già citato parere n. 968/2016, dove pure si era evidenziato che "La lettera a) ammette l'attività diretta alla «produzione di un servizio di interesse generale»".

La Commissione speciale rileva come lo schema di decreto abbia omissso di richiamare anche la nozione di «servizio di interesse economico generale»".

Senonché, come già detto, la categoria dei servizi di interesse generale (SIG) è più ampia e comprende i servizi di interesse economico generale (SIEG), e altresì i servizi di interesse generale privi di rilevanza economica (SINEG) e i servizi sociali di interesse generale (SSIG).

²⁰ Nel parere n. 968/2016 il Consiglio di Stato segnala, in proposito, "l'opportunità di tenere separata l'elencazione delle attività ammesse dalle tipologie societarie, puntualizzando in una apposita disposizione l'eventuale modulazione delle attività esercitabili in relazione a detta tipologia"; disposizione che nel vigente Testo unico manca. Così come manca la supposta elencazione esplicita delle tipologie di società partecipate (società a partecipazione pubblica, società quotate, società a controllo pubblico, società strumentali e società in house), anch'essa suggerita in sede di parere in quanto ritenuta meglio rispondente al criterio di cui all'art. 18, co. 1, lett. a) della legge delega rispetto all'indicazione della mera forma societaria (società per azioni e società a responsabilità limitata), poi mantenuta all'art. 3, co. 1 del Testo unico.

²¹ Questo il testo, nella sua interezza, della norma citata: "1. Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, che si aggiungono a quelli di cui all'articolo 16:

a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa;

b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere;



c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate;

d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari;

e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni di cui alla lettera a) e introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati; previsione che i risultati economici positivi o negativi ottenuti assumano rilievo ai fini del compenso economico variabile degli amministratori in considerazione dell'obiettivo di migliorare la qualità del servizio offerto ai cittadini e tenuto conto della congruità della tariffa e del costo del servizio;

f) promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità;

g) attuazione dell'articolo 151, comma 8, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari;

h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo;

i) possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento;

l) regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato;

m) con riferimento alle società partecipate dagli enti locali:

1) per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione;

2) per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi;

3) rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza;

4) promozione della trasparenza mediante pubblicazione, nel sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessati, dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza, sulla base di modelli generali che consentano il confronto, anche ai fini del rafforzamento e della semplificazione dei processi di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche partecipanti e delle società partecipate;

5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia;

6) introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate;

7) ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, attraverso specifici flussi informativi che rendano analizzabili e confrontabili i dati economici e industriali del servizio, gli obblighi di servizio pubblico imposti e gli standard di



Ciò nondimeno, la soluzione offerta dal Legislatore non sembra proprio "a portata di mano" perché il mercato di riferimento (SIEG e SIG) non ha margini di rischio né dal lato della domanda né da quello dell'offerta, se non quello della sostenibilità economica del costo delle prestazioni per i cittadini-utenti e per i bilanci pubblici interessati, con l'effetto che, volendo tirare le fila dell'inquadramento sistematico dell'intervento normativo in commento, può affermarsi che, eccettuate le società previste dall'art. 4, co. 2, lett. c) del Testo unico²² e considerate le numerose deroghe introdotte alla disciplina ordinaria delle società contenuta nel codice civile, la strada per portare le norme di diritto privato, con i sottostanti interessi materiali, all'interno di questo particolare modello organizzativo della pubblica amministrazione non pare facilmente percorribile.

2. L'attività amministrativa di gestione della partecipazione societaria

Le considerazioni sull'ambito, sui poteri, sui presupposti e sui limiti all'interno dei quali la pubblica amministrazione gestisce il rapporto sociale non possono scindersi dal momento della nascita della società.

Recita l'art. 5 del Testo unico: "...l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica...o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa" (co. 1)²³.

L'atto deliberativo è adottato, secondo il disposto del successivo art. 7, dal competente organo dell'amministrazione interessata (co. 1) e redatto in conformità al

qualità, per ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata".

²² Trattasi della società aventi a oggetto "la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato...".

²³ La norma, rubricata "Oneri di motivazione analitica", così prosegue: "2. L'atto deliberativo di cui al comma 1 da' atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate.

3. L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

4. Ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi".



predetto art. 5, co. 1 (co. 2). Quanto al regime, l'adozione di una deliberazione in contrasto con dette prescrizioni ne comporta l'invalidità, con conseguente liquidazione della partecipazione (co. 6).

Deputato a conoscere delle patologie dell'atto deliberativo di costituzione della società è il giudice amministrativo, al quale spetta, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, il sindacato sulla "motivazione rafforzata" in ordine alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali in rapporto alle opzioni alternative rappresentate dalla gestione diretta e dall'esternalizzazione²⁴, nonché sull'avvenuto contemperamento tra le ragioni e gli obiettivi della scelta e la sua convenienza economica e sostenibilità finanziaria, tenuto conto, altresì, della normativa nazionale e sovranazionale applicabile in materia e delle clausole generali di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa²⁵ (art. 5, co. 1).

Le norme, oltre a disciplinare la nascita della società, ne regolano specularmente le successive vicende modificative ed estintive, quali gli aumenti di capitale, le modifiche dell'oggetto sociale, le trasformazioni, i trasferimenti di sede all'estero, le revocche dello stato di liquidazione e le controverse ipotesi di fusione e scissione, ovverosia tutte quelle operazioni straordinarie rispetto alle quali i poteri del socio pubblico non possono muoversi unicamente all'interno dei consueti binari del modello di diritto comune e dello statuto societario.

Occorre, peraltro, rilevare come l'espletamento di tali procedimenti amministrativi incida sulla corretta adozione della decisione di compiere le predette operazioni societarie che consiste, a sua volta, in un atto amministrativo distinto e separato dal conseguente atto negoziale con cui la pubblica amministrazione sottoscrive, acquista o cede le partecipazioni sociali²⁶.

²⁴ Cfr. Cons. Stato, V, 10/09/2014, n. 4599; 22/01/2015, n. 257 e 09/12/2016, n. 5193, dove si legge che "Per la sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199 i servizi pubblici di rilevanza economica possono essere gestiti vuoi mediante il mercato, vuoi attraverso il partenariato pubblico-privato (ossia mediante una società mista, e dunque con una "gara a doppio oggetto" per la scelta del socio e poi per la gestione del servizio), vuoi attraverso l'affidamento diretto, in house; la preferenza per l'uno o l'altro modello costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che va adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano".

²⁵ Si fa osservare che tra i rilievi formulati in sede di parere sull'art. 1 (rubricato "Oggetto"), il Consiglio di Stato segnalava "l'opportunità di un richiamo espresso alle "norme generali di diritto amministrativo", che sono, essenzialmente quelle contenute nella legge n. 241 del 1990 e nel Codice dei contratti pubblici. La prima, non espressamente abrogata, trova applicazione, in virtù del richiamo effettuato alle società a partecipazione pubblica dall'art. 29 della stessa legge, nel caso in cui esse svolgono funzioni amministrative. La seconda trova applicazione in tutti i casi in cui le predette società pongono in essere consentite attività nel settore dei contratti di appalto e servizi pubblici".

²⁶ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 229-2017/I, Procedimenti amministrativi in materia di sottoscrizione, acquisto, cessione di partecipazioni sociali da parte di pubbliche amministrazioni ed onere di controllo notarile, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 5/10/2017 e dal CNN il 26-27/10/2017, pubblicato sul sito www.notariato.it.



Tra le vicende modificative sono espressamente contemplati il mutamento di clausole dell'oggetto sociale che consentono un cambiamento significativo dell'attività della società, la trasformazione della società, il trasferimento della sede sociale all'estero, la revoca dello stato di liquidazione [art. 7, co. 7, rispettivamente lettere a), b), c), d)], sicché al fine di assumere ciascuna di tali decisioni societarie la potestà amministrativa deve farsi funzione attraverso un apposito procedimento amministrativo, all'interno del quale l'ente esamina e considera gli interessi coinvolti. Allo stesso procedimento soggiace l'acquisto di partecipazioni in società già esistenti, deliberate con identiche modalità (art. 8, co. 1), e la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente a oggetto l'acquisto della partecipazione comporta l'inefficacia del contratto di acquisto della partecipazione medesima²⁷ (co. 2).

A ben vedere, si tratta di una regola generale alla quale non si sottrae neppure l'acquisto di partecipazioni in società quotate che comportano l'assunzione della qualità di socio (art. 8, co. 3). Con le stesse modalità, e dunque nel rispetto del vincolo procedimentale, sono adottati anche gli atti deliberativi aventi a oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche (art. 10, co. 1).

L'alienazione delle partecipazioni deve avvenire in aderenza ai principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione²⁸ e solo in casi eccezionali, previa motivata

²⁷ Secondo A. De Vita, Società a partecipazione pubblica e giurisdizione amministrativa, pubblicato sul sito www.ilmerito.org il 28/07/2017, "L'inefficacia si riferisce alla gestione del pacchetto di partecipazione e quindi si deve ritenere che tutte le problematiche inerenti siano appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario, compresa la valutazione in ordine alle conseguenze discendenti da una eventuale pronuncia del giudice amministrativo statuente l'incompetenza dell'organo che ha deciso l'acquisto della partecipazione; un tale controllo, da parte del giudice ordinario, potrebbe spingersi fino alla verifica della legittimità – anche se soltanto in via incidentale, laddove non sia già intervenuta una decisione del giudice amministrativo – dell'eventuale provvedimento di ratifica o convalida adottato dall'organo competente con riguardo alla deliberazione di acquisto viziata dal difetto di competenza. Appare opportuno chiarire che il descritto regime normativo si applica anche ai casi di incompetenza assoluta sia da parte dell'organo che dell'Ente, considerato che le norme del Testo unico equiparano la mancanza dell'atto deliberativo alla sua invalidità, che ricomprende le più specifiche figure della nullità e dell'annullabilità".

²⁸ Così la Sezione regionale di controllo per la Lombardia 8/2019/PAR, depositata in segreteria il 29/01/2019: "Sebbene la disciplina in parola (art. 10, D.Lgs. n. 175/2016) non faccia esplicito riferimento a procedure ad evidenza pubblica, ma ai principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, si ritiene che il ricorso alle stesse costituisca un principio immanente del nostro ordinamento giuridico, tenuto anche conto della cornice europea di riferimento e dei principi fondamentali del Trattato a tutela della concorrenza e della par condicio, che di tali procedure costituiscono diretto precipitato. A tale proposito, il Consiglio di Stato (vd. sentenza 28 settembre 2016 n. 4140) ha precisato che il principio generale relativo al confronto competitivo "non può ritenersi limitato al solo momento della costituzione di una società mista, ma deve ritenersi altresì esteso alle ipotesi in cui venga in rilievo l'alienazione di partecipazioni sociali detenute da un'amministrazione pubblica. (posto che) l'obbligo di rispettare la regola dell'evidenza pubblica per l'alienazione delle quote sociali detenute da una società mista risponde ad un principio di ordine pubblico economico (anche di matrice comunitaria) presiedendo al rispetto degli altrettanto generali principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione fra i potenziali concorrenti".



deliberazione dell'organo competente, può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente (co. 2); anche in questo caso la norma individua i termini minimi essenziali della motivazione, assoggettati alla relativa disciplina generale contenuta nella legge sul procedimento e che costituiscono, di riflesso, oggetto del sindacato di legittimità del giudice amministrativo, rappresentati dalla convenienza economica dell'operazione e dalla congruità del prezzo di vendita²⁹.

La mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'alienazione della partecipazione rende inefficace l'atto di alienazione della partecipazione medesima (co. 3).

Venendo al punto della gestione della partecipazione, disciplinata all'art. 9 – che si limita, per vero, a individuare il soggetto al quale compete l'esercizio dei diritti di socio (commi da 1 a 4³⁰), contemplando la previa necessità dell'atto deliberativo da adottarsi ai sensi dell'art. 7, co. 1, soltanto con riferimento alla conclusione, alla modificazione e allo scioglimento di patti parasociali (co. 5) – va considerato che il mancato rispetto di tali disposizioni non determina l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del diritto del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme di diritto privato (co. 6).

Le disposizioni contenute negli artt. 7 e 9 ripropongono, dunque, il difficile equilibrio tra l'organizzazione della pubblica amministrazione e quella di diritto privato della società. Sembra, però, che anche *gli atti di gestione della partecipazione pubblica*, o per lo meno quelli che incidono significativamente sulla *mission* e sull'assetto della società e che, in quanto tali, rappresentano *decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative*

Prescindendo, in definitiva, dal nomen iuris che si utilizza, tutte le volte in cui si intende immettere nel sistema una occasione di guadagno, occorrerà procedere attraverso una procedura selettiva, ispirata ai criteri di imparzialità, non discriminazione e trasparenza".

²⁹ A titolo esemplificativo, si vedano la già citata deliberazione della Sezione regionale di controllo per la Lombardia 8/2019/PAR e il precedente della Sezione dalla stessa richiamato (deliberazione 7/2016/VSG), secondo cui "l'indicazione ivi contenuta in merito alla convenienza economica dell'operazione che si intende porre in essere – che giustifica il ricorso ad un'alienazione mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente – dovrà essere "analiticamente" evidenziata, mediante approfondite, congrue e comprovate valutazioni in ordine alla situazione economica e patrimoniale della società (supportata da idonea documentazione), anche in chiave prospettica e di vantaggiosità per la comunità di riferimento in termini di resa del servizio, nonché tenendo in debito conto il contesto economico, sociale e territoriale in cui si opera. Occorrerà, peraltro, dare atto dell'interesse pubblico che si andrà a perseguire mediante l'operazione di alienazione, evidenziando, specie laddove lo stesso sia quello di risanamento delle risorse pubbliche, i dati e le informazioni di bilancio utili allo scopo".

³⁰ I citati commi dell'art. 9 del Testo unico stabiliscono che: "1. Per le partecipazioni pubbliche statali i diritti del socio sono esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale.

2. Per le partecipazioni regionali i diritti del socio sono esercitati secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni.

3. Per le partecipazioni di enti locali i diritti del socio sono esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato.

4. In tutti gli altri casi i diritti del socio sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente".



all'attività sociale (compresi quei contratti con cui la società assume un particolare impegno ma che, al contempo, possono condizionare l'agire del socio pubblico), non possano essere relegati all'autonomia societaria, dovendo essere sostenuti da una scelta amministrativa compiuta "a monte" dall'ente partecipante, non potendosi prescindere dalla formazione procedimentalizzata della volontà dell'amministrazione al pari di quanto previsto all'art. 7, co. 1, lettere a)-d) – elencazione che, a questo punto, non può considerarsi di natura tassativa –.

La norma (art. 9) non esclude *expressis verbis* che l'esercizio delle prerogative di socio (partecipazione all'assemblea, alle votazioni, *etc.*) non possa – o, piuttosto, non debba? – sottendere ed essere legittimato dall'atto deliberativo dell'organo dell'amministrazione partecipante deputato a esprimerne la volontà. Del resto, la partecipazione di un'amministrazione a una società è ispirata alla cura dell'interesse pubblico, al punto che è consentito l'esercizio di poteri pubblicistici interferenti con la *vita* della società, il cui sindacato è attribuito al giudice amministrativo³¹, sicché ogniqualvolta venga in rilievo una scelta societaria che impinge nella ragione della partecipazione, e dunque incide sull'interesse pubblico che per suo tramite l'amministrazione persegue, non può prescindere dalla deliberazione del competente organo dell'ente, di modo che il soggetto chiamato all'esercizio dello specifico potere connesso alla qualità di socio sia *legittimato* e, al contempo, manifesti una volontà effettivamente riferibile all'amministrazione partecipante, secondo il consueto principio della imputazione diretta degli effetti e del risultato.

Il consueto *discrimen* tra atti prodromici alla nascita di una società partecipata e atti societari "a valle" di tale scelta amministrativa, mentre può valere per la nomina e/o revoca dei componenti degli organi interni della società, pare priva di coerenza sistematica allorché gli atti societari, sebbene rispettosi degli ampi spazi che gli statuti assegnano all'attività imprenditoriale, risalgano "a monte", mutando la sostanza della scelta amministrativa originaria rispetto allo specifico interesse pubblico perseguito.

3. Brevi cenni sullo speciale regime previsto per le società quotate e spunti di riflessione

³¹ Cons. Stato, Ad. Plen. 04/01/2011, n. 10, che così delinea il riparto di giurisdizione nella materia in commento: "la giurisdizione amministrativa sussiste per gli atti che, incidendo sulla organizzazione dell'ente, sono espressione di potestà pubblica, atti tra i quali rientrano certamente quelli di costituzione, modificazione ed estinzione della società, ivi compresa evidentemente la scissione, che comporta la costituzione di una nuova società. Per converso, resta fermo il modello privatistico, e la conseguente giurisdizione ordinaria, sugli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo o meno del modello societario...: in tal caso, infatti, l'ente pubblico esercita i poteri ordinari dell'azionista che si traducono in atti societari sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, coerentemente con i principi di diritto comunitario che non ammettono poteri speciali da parte dell'azionista pubblico [C. giust. CE, 6 dicembre 2007 C-463/04 e C-464/04, che ha dichiarato illegittimo l'art. 2449 c.c.; Cass., sez. un., 31 luglio 2006 n. 17287; Cass., sez. un., 15 aprile 2005 n. 7799; Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008 n. 5787 ord.; Cons. St., sez. V, 13 giugno 2003 n. 3343; Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2003 n. 708]".



Come anticipato, il Testo unico introduce uno statuto particolare per le società quotate³², alle quali indica una "via di fuga" dal suo stesso ambito di applicazione – peraltro già ristretto, posto che le società quotate soggiacciono alla normativa in parola "solo se espressamente previsto" (art. 1, co. 5) –, ammettendo secondo la tempistica normativamente individuata la quotazione della società e l'emissione di strumenti finanziari sul mercato azionario.

Il regime transitorio approntato dal Legislatore ha esonerato dall'applicazione del Testo unico per i diciotto mesi successivi alla sua entrata in vigore le società in partecipazione pubblica che abbiano – a questo punto prima dell'intervento riformatore – deliberato la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati³³ con provvedimento comunicato alla Corte dei conti, ovvero che "entro il suddetto termine" (così, testualmente, l'art. 26, co. 4³⁴) – e dunque dopo l'entrata in vigore del Testo unico e per tutti i diciotto mesi seguenti – abbiano presentato domanda di ammissione alla quotazione.

Il Testo unico non si applica, altresì, nei dodici mesi successivi alla sua entrata in vigore alle società in partecipazione pubblica che, entro il 30 giugno 2016, abbiano adottato atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati e l'esenzione permane allorché il procedimento di quotazione si concluda entro lo stesso termine di dodici mesi (art. 26, co. 5).

La disposizione transitoria "[fa] salvi, anche in deroga all'articolo 7, gli effetti degli atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati, adottati prima dell'entrata in vigore del presente decreto" (art. 26, co. 5, ult. per.), sicché è indubbio che mentre oggi la decisione di dare avvio al procedimento di quotazione debba avvenire nelle forme e secondo il paradigma del procedimento amministrativo, quanto fatto ieri sembra essere stato sanato in via legislativa.

Le deroghe previste per le società quotate o che abbiano avviato il procedimento di quotazione secondo la tempistica individuata in via transitoria lasciano il campo aperto ad almeno due interrogativi e a una considerazione sulla ravvisabilità della responsabilità per danno erariale in capo agli organi interni della società quotata che hanno, con condotte dolose o gravemente colpose, pregiudicato il valore della partecipazione del socio pubblico attraverso atti di *mala gestio* e, altresì, in capo ai rappresentanti dell'ente partecipante ovvero all'ufficio responsabile dell'esercizio dei

³² La definizione di società quotate è contenuta nell'art. 2, co. 1, lett. p) del Testo unico, riportato alla nota 6.

³³ Il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria" (TUF), definisce, all'art. 1, co. 1, lett. w-ter), mercato regolamentato il "sistema multilaterale amministrato e/o gestito da un gestore del mercato, che consente o facilita l'incontro, al suo interno e in base alle sue regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti relativi a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione conformemente alle sue regole e/o ai suoi sistemi, e che è autorizzato e funziona regolarmente e conformemente alla parte III".

³⁴ V. ancora nota 6.



diritti sociali, ove presente e delegato, che con la loro inerzia colpevole hanno permesso il consumarsi del pregiudizio.

Al primo interrogativo, e cioè se in assenza di una disposizione come quella oggi contenuta nell'art. 7 del Testo unico la decisione della società a partecipazione pubblica di adottare atti volti alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari dovesse essere costitutivamente autorizzata dall'ente partecipante, deve darsi risposta negativa, stante il tenore letterale dell'intervenuta "sanatoria".

Al secondo interrogativo, il quale attiene alle conseguenze della quotazione in borsa o dell'emissione dello strumento finanziario sull'assetto societario, e di riflesso sulla funzione amministrativa e sullo specifico interesse pubblico governato, non può risponderci senza prima riflettere sul rapporto di convivenza tra il socio privato, titolare dei relativi diritti e prerogative, e la finalità istituzionale pubblica perseguita per il tramite della società; rapporto che dovrebbe comunque costituire oggetto di disamina durante il processo di razionalizzazione periodica delle partecipazioni. Infatti la quotazione, e quindi la sottoposizione della società al controllo da parte del mercato, non esonera la società dalla periodica ricognizione delle partecipazioni (art. 20), giacché le amministrazioni sono sempre tenute alla verifica sistematica della coerenza delle partecipazioni detenute con le proprie finalità istituzionali e con i correlati vincoli e obblighi³⁵, con l'effetto che la scelta della quotazione deve contenere una motivazione aggiuntiva e integrativa rispetto a quella normalmente richiesta per la scelta di organizzare l'attività della pubblica amministrazione attraverso una partecipazione societaria, senza pretermettere che il merito della scelta è oggettivamente complesso perché costringe l'amministrazione a muoversi all'interno di parametri variabili e dei quali difficilmente è arbitro.

Per concludere e per fare un esempio, si pensi a una società nata con lo *status* della società *in house*, che verrebbe a perdere per effetto della quotazione, così come la società a controllo pubblico dovrebbe, in seguito alla quotazione, imporre alla pubblica amministrazione di riconsiderare il mantenimento della partecipazione alla luce dell'idoneità dell'operazione e del nuovo assetto della società a perseguire i compiti istituzionali; e ciò in quanto dopo la quotazione le azioni a tutela dell'interesse pubblico specifico devono essere concordate con gli attori del mercato (i titolari delle azioni o i titolari del debito della società), i quali potrebbero avere interessi non proprio coincidenti con l'interesse della collettività, così creando una contrapposizione tra beni economici e bisogni generali.

³⁵ Nella deliberazione n. 19/SEZAUT/2017/INPR la Corte dei conti evidenzia l'obbligatorietà della ricognizione delle partecipazioni detenute, dal momento che la legge usa il pronome indefinito "tutte" per indicare anche quelle indirette, di minima entità e financo le partecipazioni in società quotate.



Infine, quanto all'estensione della responsabilità per danno erariale anche alle società quotate, la lettura dell'art. 12, co. 1, per. II e co. 2³⁶, combinatamente con le disposizioni relative all'attività amministrativa di gestione della partecipazione – le quali, per espressa previsione normativa (art. 9, co. 9), trovano applicazione anche in relazione alle partecipazioni di pubbliche amministrazioni nelle società quotate –, conduce a ritenere che la responsabilità erariale possa configurarsi sia nei confronti degli organi interni della società quotata, coesistendo con l'ordinaria responsabilità sociale, che nei confronti dei soggetti rappresentativi degli enti pubblici partecipanti (salva l'ipotesi che la gestione dei diritti sociali sia affidata all'organo di governo dell'ente per previsione statutaria) e/o nei confronti dell'ufficio responsabile dell'esercizio dei diritti sociali quando la condotta dolosa o gravemente colposa di tale platea di soggetti abbia pregiudicato il valore della partecipazione.

Attualmente la Corte di Cassazione esclude che gli organi interni di una società partecipata da una pubblica amministrazione (non *in house*), data l'insussistenza di un rapporto di servizio con il socio pubblico, possano essere chiamati a rispondere per danno erariale nel caso in cui abbiano pregiudicato, con atti di *mala gestio*, il valore della partecipazione pubblica "di riflesso", ferma restando la responsabilità sociale di diritto comune³⁷.

³⁶ Il testo della norma è riportato nella sua interezza alla nota 16. Secondo V. Tenore, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè Editore, 2018, pp. 161-162, "Dal combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 12, d. lgs. n. 175 del 2016, si potrebbe infatti evincere una riserva di giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale nei limiti della quota di partecipazione pubblica, danno erariale definito dal Testo unico quale danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti.

Sotto il profilo della sussistenza del rapporto di servizio tra l'ente pubblico e gli organi della società partecipata, il secondo periodo del primo comma dell'art. 12 potrebbe fungere, dunque, da *interpositio legislatoris* della provvista di giurisdizione del giudice contabile nei confronti degli organi societari, imposta dall'art. 103, comma 2 Cost...

Parimenti, potrebbe ritenersi sussistere un danno riflesso qualificabile come erariale in capo all'ente pubblico socio in proporzione alla quota di partecipazione a seguito della condotta di amministratori e dipendenti della società (oltre che, ovviamente, dei rappresentanti del socio pubblico)".

Va detto che l'A. esprime le suddette considerazioni in riferimento alle società partecipate dalla pubblica amministrazione senza operare alcun riferimento diretto alle società quotate.

³⁷ Così la giurisprudenza della Suprema Corte a partire da Cass. SS.UU., 19/12/2009, n. 26806, sulla distinzione tra la responsabilità degli organi sociali nei confronti della società e nei confronti dei singoli soci. Argomenta la Corte che "non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall'atto di mala gestio, ma neppure sussiste in tale ipotesi un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio...Dei danni diretti, cioè di quelli prodotti immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio (principio pacifico: si vedano, ex multis, Cass. 5 agosto 2008, n. 21130; 3 aprile 2007, n. 8359; 27 giugno 1998, n. 6364; e 28 febbraio 1998, n. 2251). Si capisce, allora, come il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella



La dottrina³⁸ segnala, riferendosi in generale alle società a partecipazione pubblica, come sia lo stesso dato letterale dell'art. 12 del Testo unico a suggerirne, a seguito del confronto con la corrispondente norma civilistica (art. 2395 cod.civ.), una lettura ampliativa nel senso della generale risarcibilità del danno *tout court*, e quindi anche indiretto, che l'ente pubblico socio subisca quale riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale cagionata da amministratori e dipendenti della società medesima: *"in altri termini, i pregiudizi patiti dal socio esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 2395 c.c., in quanto – per l'appunto – danni indiretti, potrebbero essere ricompresi nell'art. 12 TU"*.

L'estensione della portata applicativa dell'art. 12, co. 1, per. II e co. 2 alle società quotate non pare trovare ostacolo nella mancata previsione espressa in ordine alla sua diretta applicazione, giacché l'art. 103, co. 2 Cost. e l'interposizione legislativa, di cui al citato art. 12, devono applicarsi secondo il criterio della ragionevolezza e nel rispetto dell'art. 3 Cost.; un'opzione esegetica di segno contrario, giustificata sulla base di una scelta discrezionale del Legislatore, potrebbe presentare un *vulnus* di coerenza sistematica e compatibilità con l'impianto costituzionale.

Se giurisprudenza e dottrina, dunque, ammettono la responsabilità erariale dei rappresentanti del socio pubblico e/o dell'ufficio responsabile dell'esercizio dei diritti sociali, laddove previsto, che non hanno impedito il verificarsi di un pregiudizio al valore della partecipazione, non sembra ragionevole non estendere tale responsabilità anche ai pregiudizi inferti al valore delle partecipazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni nelle società quotate.

giurisdizione della Corte dei conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale".

Si rimanda a L. D'Orazio e L. Monteferrante, *Procedure concorsuali e diritto pubblico – Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori*, Wolter Kluwer, 2017, p. 88 ss., oltre che per un commento a Cass. SS.UU., 19/12/2009, n. 26806, per i numerosissimi riferimenti giurisprudenziali.

³⁸ V. Tenore, op. cit.