amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata 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
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2021

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, 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, José Manuel Ruano de la Fuente, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 3/2021

SOMMARIO

1. **Ad ogni periodica crisi economica (e sociale) del Paese si ritorna a riproporre la questione della riforma dell' apparato di amministrazione pubblica ed allora sorge la necessità di indagare, in termini politico-giuridici, quale sia il collegamento funzionale tra le due problematiche in questione.**
di Giuseppe Palma…….....pag. 355

2. **La class action pubblica L'interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità.**
di Aristide Police ed Esper Tedeschi ……..……pag. 380

3. **La sanzionabilità del ritardo dell'azione amministrativa nei recenti approdi normativi e giurisprudenziali**
di Francesco Armenante……pag. 434

4. **Riforma in itinere degli artt.9 e 41 della costituzione: l'habitat umano quale bene collettivo unitario.**
di Massimiano Sciascia..…….....pag. 465

5. **Applicazioni affievolite del principio di effettività nei confronti del contribuente.**
di Laura Letizia……..……..pag. 477

6. **Una lettura giuspubblicistica del dibattito civilistico sulla patrimonializzazione dei dati personali.**
di Nicoletta Pica……...pag. 496

ISSN 2036-7821

7. **Il rischio di "attacchi" ai sistemi informatici tra fattispecie penalmente rilevanti, tutela dei dati ed esigenze di "buona amministrazione".**
di Bianca Nicla Romano……..…..……pag. 545

8. **I provvedimenti del Questore aventi ad oggetto il permesso di soggiorno a cittadini di un paese terzo segnalati nel sistema d'informazione Schengen.**
di Antonio Di Nuzzo……pag. 595

9. **Il complesso rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo in tema di sanzioni disciplinari sportive.**
di Mario Paladino……pag. 620

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Ad ogni periodica crisi economica (e sociale) del Paese si ritorna a riproporre la questione della riforma dell' apparato di amministrazione pubblica ed allora sorge la necessità di indagare, in termini politico-giuridici, quale sia il collegamento funzionale tra le due problematiche in questione.

di Giuseppe Palma

(Università Telematica "Pegaso" - Professore Emerito di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza "Federico II")

Sommario

1. Introduzione al tema; 2. Le cause (e/o i fattori) giuridico-storiche che hanno originato l'interrogativo di cui alla tematica oggetto di indagine; 3. La politica diretta al superamento della crisi economica tendenzialmente determina l'attenuazione del fenomeno da ultimo ricordato; 4. Conclusioni.

Abstract

We warn that the writer, especially in recent times, intends to retrace, also in terms of retrospective of the causes (and / or reasons if you prefer), the main lines of issues, which arose at the 'the day after the approval of the Constitution, and periodically re-proposed up to the current democratic period, they have not yet found a solution that can reassure the political forces (which are also looking for a more stable reorganization).

In some respects the problem posed seems to take on the dimension of an "oxymoron" since it seems that the political forces that raise the problem want to solve it, but in fact they avoid for purely political (if not shop) interests; hence the investigation (and the related naturally scientific curiosity) to seek (and if there is) a single and constant reason to determine the equally continuous reference to the need to find an adequate solution and send it to future political conditions that would allow it to be resolved.

ISSN 2036-7821

1. Introduzione al tema.

Si avverte che chi scrive, in special modo in questi ultimi tempi, si pone l'intento di ripercorrere, anche in termini di retrospettiva delle cause (e/o dei motivi se si preferisce), le linee portanti di questioni, le quali sorte all'indomani dell'approvazione della Costituzione, e riproposte periodicamente sino all'attuale periodo democratico, non hanno ancora avuto una soluzione che possa tranquillizzare le forze politiche (le quali sono anch'esse alla ricerca di una più stabile riorganizzazione).

Per certi versi il problema posto pare che assuma la dimensione di un "ossimoro" dappoiché sembra che le forze politiche che sollevano il problema vogliano risolverlo, ma in via di fatto evitano per interessi squisitamente di essenza politica (se non di bottega); donde la indagine (e la relativa curiosità naturalmente scientifica) di cercare (e se c'è) un motivo unico e costante a determinare l'altrettanto continuo richiamarsi alla necessità di rinvenire una adeguata soluzione ed inviarla a condizioni politiche future che consentirebbero di risolverla.

Chi scrive ricorda che sin dal suo inizio degli studi dedicati al diritto amministrativo trovò la strada "sbarrata" dalla questione della riforma qui in esame e per quanto potei dedurre che il profilo allora oggetto di critica consisteva nel rilevare il carattere predominante della classe burocratica nella rilevante "*autoritarietà*", che rimaneva ad essa incollata anche nella nuova alba di democrazia dal regime politico ventennale precedente; e pensò allora di ritenere che fosse stato un errore non procedere alla opportuna epurazione, non voluta dai Costituenti, compreso Togliatti, forse pensando che la realizzazione successiva dei valori della Carta, introducendo la solidarietà sociale avesse risolto il problema senza ulteriori "*ferite sociali*".

Ma non è stato così perché la questione in esame venne, come si è visto, periodicamente (ed ancora attualmente) sollevata dai "predicatori moderni" in servizio permanente effettivo, i quali però evitano di sottolineare le cause efficienti né il rimedio da apportare, ecco che sembra aver individuato il punto nevralgico della questione oggetto di indagine, che può così desumersi, perlomeno in questa prima impostazione, che i politici-predicatori vogliano giustificarsi dagli scarsi risultati ottenuti in termini di politica economica (e quindi sociale) scaricando la "colpa" sulla P.A., ed infatti quando tentano di prefigurare una qualche modifica di essa si sente ventilare la necessità di una obbligatoria "esternalizzazione" (il che, come si comprende, non integra una vera e propria riforma bensì un suo "ridimensionamento") ed (implicitamente) un incremento del potere decisorio della classe politica (sul punto si ritornerà).

Si deve anche ricordare che negli anni novanta del secolo scorso, con le ben note leggi (nn. 241-142) sembrò che l'orientamento riformatore avesse imboccato il giusto quadrante (specie con l'adozione dell'iter procedimentale di adozione dell'azione amministrativa, peraltro già in vigore da tempo in Austria), ma pur tuttavia chi

ISSN 2036-7821

scrive, ritornando sulla tematica, rilevò "*non sembra inesatto notare come nel nostro Paese e specialmente negli ultimi anni il momento di maggiore accentuazione della tensione culturale per le riforme si accompagna allo scemato interesse degli organismi politici, il quale impedendo immancabilmente la formulazione del necessario quadro referente, ostacola la realizzazione delle -sia pure condivise in via di principio- riforme del sistema*"[1]. Ed in questa occasione pur con l'istituzione del Ministero della funzione pubblica quanto rilevato con riferimento alla politica non era mutato affatto.

E si può ricordare che chi scrive, ritornando ancora una volta sul tema, ricordava che Mortati in Assemblea costituente "*poneva l'accento sul grave aspetto di evitare che l'amministrazione divenisse penetrabile ai partiti, finendo di essere amministrazione obiettiva della cosa pubblica*" e quanto affermato da ultimo disegna ancor meglio l'angolo prospettico da cui muovere nel prosieguo dell'indagine, vale a dire occorre porre in piena luce la costante influenza che la politica praticata intende esercitare sull'apparato pubblica amministrazione; detta influenza realizza (e non solo ora) la piattaforma sulla quale si erge la p.A. che il mondo politico, ancorchè non sempre denunciato, favorisce, senza alcuna interruzione del regime parlamentare liberale, e dura anche nel regime di democrazia sociale e quindi in deroga alla vigente Costituzione.

E la riprova di quanto da ultimo sostenuto si rinviene nel discorso politico del grande Giolitti, tenuto nel 1897, secondo cui "*codesti affari… anziché di pubbliche discussioni, sono oggetto di sollecitazione dirette degli interessati verso i Ministri o verso gli alti funzionari dello Stato e danno origine per tal modo ad una azione quasi occulta del Parlamento sul Governo, la quale dà alla lotta politica il carattere di lotta di interessi anziché di principi; mette in seconda linea i grandi interessi nazionali, dà al governo un mezzo illegittimo per determinare le correnti politiche ed in questa maniera causa quasi principale della distruzione dei grandi partiti parlamentari della decadenza del Parlamento*"[2] (a qualche lettore è venuto spontaneo paragonare questa siffatta situazione con gli attuali riferimenti odierni in Italia?).

D'altro canto va anche messo in evidenza che critiche analoghe furono formulate da Zanardelli, dal Bonghi e dal Minghetti, che nella sua opera (sui Partiti politici e la loro ingerenza nella giustizia e nella amministrazione) pone nella massima evidenza che l'ingerenza dei partiti nell'amministrazione produce gravi danni per il buon andamento della P.A.. Ed è evidente che i citati danni siano progressivamente peggiorati in seguito al potenziamento dei partiti. Il che lascia sospettare (anzi meglio dedurre) che la pubblica amministrazione finisca per corrispondere alla prevalente corrente partitica e alla sua visuale di azione.

[1] Cfr. G. PALMA, La riforma della pubblica amministrazione, in Scritti in onore di Pietro Virga, Milano 1994 ed ora in Scritti giuridici di G. Palma, in E. 5, 2014, 586 ss.;

[2] Citato da T. MARTINES, in Opere, Tomo III, Milano 2000, Parlamento e Burocrazia. 58 ss;

ISSN 2036-7821

Ma si può minimamente pensare che su un argomento di tal fatta i Costituenti siano rimasti del tutto indifferenti? (ma sul punto si rinvia ai paragrafi successivi).
Sotto però quest'ultimo profilo può aggiungersi che il bagaglio necessario di ogni ricercatore di diritto amministrativo deve contenere necessariamente una buona cultura in "scienza dell'organizzazione amministrativa" ed un tale pressante invito in più occasioni è stato da chi scrive sottolineato e augurandosi che tale scienza venga impartita nel corso di laurea in giurisprudenza poiché una tale conoscenza è utile sia al ricercatore che non voglia soffermarsi in superficie del tema indagato, ma soprattutto ai laureati che vogliano entrare nei ranghi dell'amministrazione.
È vero ci fu un inizio di attenzione per detta scienza (si cominciò infatti a scrivere su staff e line, per esempio) sì istituì il Formez, che avrebbe avuto come scopo istituzionale la diffusione di siffatta conoscenza, ma la politica (anche di Governo) degli ultimi venti anni circa ha operato in modo da ridimensionare tale istituzione ed allora, dopo quanto fin qui esposto, nasce un importante interrogativo: se è tale l'apparato di amministrazione pubblica attuale, specialmente negli ultimi decenni, può (e/o deve) dedursi che è quello così reso dalla politica, allora come si può rivendicare una sua riforma (di qui il citato ossimoro) e soprattutto in quali termini, se poi si fa attenzione al "distanziamento" dalla cultura costituzionale, più di una volta menzionato da chi scrive, si può ancora trascurare un tale nodo problematico? Ed una tale esigenza viene esaminata nel prosieguo dell'indagine.

2. Le cause (e/o i fattori) giuridico-storiche che hanno originato l'interrogativo di cui alla tematica oggetto di indagine.

È bene avvertire che per comprendere appieno la persistenza giuridico-storica (secondo la specifica chiave di lettura sempre adottata) occorre ed è necessario, anche sul piano della comprensione tecnico-giuridica, risalire ai fattori originari della relativa prospettiva del conseguente orientamento oggetto di indagine ed in esso rinvenire le ragioni che determinano la loro rilevata persistenza nel tempo successivo.
A tal fine si è costretti a ritornare su parte di indagine già compiuta in un precedente lavoro. In questo si metteva in evidenza come tali fattori, che in seguito sono divenuti una sorta di "categoria mentale concettuologica", risalgono al regime giuridico statutario. Infatti in esso, all'articolo 5, viene sancito che "al Re solo appartiene il potere esecutivo", il Re nomina a tutte le cariche dello Stato" (articolo 6) nonché (articolo 64) "il Re nomina e revoca i suoi Ministri" cosicché è agevole dedurre come da tale criterio organizzativo e funzionale dal sovrano discendesse l'intero apparato "burocratico amministrativo" ivi inclusi i Ministri, il tutto informato ad un rigido rapporto gerarchico che legava gli agenti, tutti gli agenti incluso i Ministri, al vertice di tale scala gerarchica. Ed infatti si rilevava come la stessa figura ministeriale finiva per assumere la veste di agente e perciò vertice gerarchico come appena detto, e che

ISSN 2036-7821

perciò riceveva l'impulso dal sovrano e lo trasmetteva ai "sottoposti" gerarchici, pur non negando la sua presenza nel governo.
Ed anche quando il regime politico in seguito si atteggiò a democrazia parlamentare liberale fu ormai politicamente difficile attenuare la posizione di vertice "gerarchico" del singolo dicastero, donde le premesse critiche riportate nel precedente paragrafo, e si infoltì incrementato quel ben conosciuto strumentario, come norme interne, direttive ecc. in forza del quale il vertice dicasteriale intendeva "condizionare" l'attività giuridica dell'intero dicastero, e ciò ancora dopo la consacrata Carta Costituzionale e tale orientamento ha radici così profonde specialmente in termini di politica praticata[3], come può dedursi dalla critica sollevata avverso l'autorevole studioso che ha sostenuto che l'organizzazione della pubblica Amministrazione risulta affidata alla "legge", ma la menzionata critica consiste in una strenua difesa del citato "strumentario"[4].
A questo punto occorre indagare l'orientamento giuridico costituzionale adottato dall'Assemblea costituente ad opera di molti rappresentanti politici presenti, ben consapevoli della "situazione" radicatasi nel regime precedente e da molti componenti già negativamente criticata e si comprende agevolmente che in questa sede ci si soffermerà sui lavori relativi alla configurazione del "governo" della nuova democrazia perché da tale prospettiva può leggersi quale posizione giuridica e politica si è avuto l'intenzione di "ritagliare" per la figura ministeriale.
La questione relativa si svolse nell'ambito della Seconda Sottocommissione e tra i profili di maggiore interesse ai presenti fini fu precisato dal Mortati in ordine alla posizione giuridica del Primo ministro "*se cioè questa debba essere diversa da quella dei Ministri, se si concede al Primo Ministro una maggiore discrezionalità nella scelta degli uomini che devono consentirgli di realizzare un determinato indirizzo politico appunto in quanto lo si considera responsabile della politica generale del Governo*", interviene il Presidente della sottocommissione, che "*si dichiara contrario alla determinazione di una responsabilità esclusiva del Primo Ministro per la politica generale del Governo…. principalmente per la conseguenza che ne possono derivare in un governo di coalizione "in cui si finirebbe per autorizzare una politica personale*" perciò "*dia prova qualsiasi sistema che renda il Primo Ministro non solo il responsabile ma l'ideatore della politica ….ed i ministri "estranei alla direzione della stessa"*. Interviene l'onorevole Lussu che relativizza l'argomento del governo di coalizione e conclude che semmai proprio a questo scopo "*è necessario che il Governo abbia l'autorità necessaria per convogliare tutti gli sforzi nella giusta direzione e tutte le correnti in un azione univoca*". Tosato rileva che "*in quasi tutti gli Stati si consiglia di dare al Primo Ministro una posizione preminente se si vuole che il Paese abbia un governo*".

[3] Cfr. in argomento, G. PALMA, Studi sul "distinto" apparato di Amministrazione pubblica, Giappichelli, 2020, passim;
[4] Si intende riferire al Nigro ed in tono critico cfr. B. CAVALLO, Teoria e prassi della p.A., Milano 2005, passim;

ISSN 2036-7821

L'onorevole Mortati ritorna sul profilo e sottolinea l'utilità e l'esigenza "*di un indirizzo unitario del Governo che deve svolgere un'azione armonica e coordinata che segna una linea direttiva e non sia affidata alla oscillazione del momento e rilevato che i singoli Ministri non sono dei semplici funzionari sottolinea perciò che se compiono atti contrari all'indirizzo politico generale ne assumono anche le responsabilità*". Nobile si sofferma sulla necessità che sia riconosciuto al primo Ministro "*il potere di sindacare di accertarsi che i Ministri si attengano agli impegni solennemente assunti*". D'altro canto fa notare che la Costituzione viene approvata dalla maggioranza del popolo italiano e quindi anche la norma di cui si discute rimane perciò approvata da essa; l'onorevole Tosato in un successivo intervento ha l'occasione di fissare il principio secondo cui "*il compito del primo ministro è soltanto quello di curare che il programma sia attuato. Ed in tal senso deve avere la direzione della politica generale del Governo*". Mortati interviene ancora e precisa che "*il potere di mantenere l'unità dell'indirizzo politico-amministrativo debba essere senz'altro attribuito al Primo Ministro a questi deve essere riconosciuto il potere necessario per agire prontamente allo scopo di mantenere l'unità di indirizzo politico e amministrativo dei Ministri*".

Sulla necessità che il Primo ministro abbia il potere di rilevare ogni discostamento ministeriale dall'indirizzo concordato ed approvato dal Governo si esprime anche l'onorevole Vanoni[5].

A termine del presente ausilio memorativo esposto si ritrova in termini fotogrammetrici del titolo III della Seconda parte della Costituzione vigente sul Consiglio dei Ministri.

Ai fini dell'indagine presente può desumersi che è incontrovertibile che la prima proposta diretta ad attribuire al Primo Ministro poteri speciali sul tipo di una leadership non fu accolta (in proposito si ravviva anche l'ipotesi di governo di coalizione ampiamente sperimentato in sede di democrazia liberale e il sangue non mente mai si è soliti ripetere) ma è altrettanto vero che il Consiglio dei Ministri risulta chiaramente configurato come organo collegiale (a così dire) perfetto, il quale schema impone e richiede che tutti i componenti rimangano astretti alle decisioni (e agli indirizzi di azione) adottati collegialmente e qualora un singolo componente-ministro avverte in ordine ad una data azione, la cui esecuzione rientra per competenza nel suo settore (e/o dicastero) anche per sopraggiunte nuove difficoltà vada modificata deve riportare detta questione nell'ambito decisionale collegiale della compagine governativa e deve perciò essere autorizzato in termini squisitamente politici dalla compagine, la quale dovrebbe, anzi è tenuta anche a valutare se la questione così prospettata dal singolo ministro non consiglia di apportare modifiche al già maturato e approvato indirizzo politico generale, con la

[5] Sui lavori della Costituente, cfr. la Costituzione della Repubblica, lavori preparatori della Assemblea Costituente, Commissioni per la Costituzione, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Vol. VIII, 1772 ss.

ISSN 2036-7821

conseguenza che soltanto in seguito ad una siffatta valutazione il proponente ministro può introdurre la prevista modifica dell'azione rientrante nella competenza del rispettivo dicastero, pena la responsabilità del ministro per violazione dell'indirizzo di politica generale deciso nell'organo collegiale-Governo (nel senso che non è sufficiente che questi seduto sotto l'ombrellone per telefono ordina di chiudere un porto, per introdurre un esempio rinvenuto in un vecchio sgualcito libro del 1300).

Una siffatta conclusione, che può già prevedersi che qualcuno la valuti drastica ancorché legittima ai sensi della disciplina costituzionale vigente, non ha avuto la fortuna di essere nemmeno accennata all'indomani dell'approvazione di questa, in special modo in ambienti di frequenza politica e se ne può comprendere il motivo, infatti una tale corretta interpretazione avrebbe, soprattutto sul piano logico, impedito l'abbraccio, altrettanto tempestivamente riscontrato, dell'orientamento (che non può valutarsi in termini di principio) della cosiddetta "effettività", vale a dire muoversi ancora secondo il sistema ereditato dal regime parlamentare liberale tentando di correggerlo nei profili più gravi che il precedente regime aveva abbondantemente manifestato nella sua passata esperienza storica.

Al fine però di enumerare più compiutamente le ragioni che hanno favorito l'adesione (quanto meno formale) alla per così dire (pseudo-) teoria della effettività di cui è parola non si può evitare di far riferimento alla grave condizione economica conseguente all'evento bellico, il quale, diversamente dalla precedente guerra, esso si manifestò con tutta la sua drammaticità anche nella "retrovia", vale a dire coinvolse anche la popolazione civile, che in seguito prese il coraggio di rivendicare la propria pretesa soprattutto nei confronti della vecchia struttura sociale, ed anche per la tesa dialettica politica che si assestò nei primi anni di vigenza della Carta.

È più che naturale che la maggioranza al potere del Paese si riprometteva di soddisfare la richiesta del popolo di un rapido miglioramento economico delle proprie condizioni, anche al fine di contenere la pressione che andava incrementandosi nell'ambito dell'orientamento politico dell'altro partito di maggioranza, soprattutto in ragione della relativa ideologia di attribuire alla Carta inflessioni non proprio di questa, alle quali si riteneva di resistere in modo assoluto; la conseguenza fu che la ripresa economica è stata realizzata potenziando interventi di stampo economico nettamente liberistico (ma su ciò più avanti) e nei confronti della formazione politica (per così dire) concorrente con il ricorso ad una più ampia area di maggioranza a difesa della politica che si voleva attuare, coinvolgendo ed associando alla maggioranza di governo altre più minute formazioni partitiche che potessero meglio motivare la politica economica di tal fatta.

Ma si comprende facilmente che una tale "associazione" non consentiva (né poteva) irrigidirsi in un indirizzo generale vincolante a livello di Governo, il quale per quanto premesso avrebbe lasciato poco spazio di manovra a tutti i singoli ministri,

ISSN 2036-7821

ivi inclusi ai ministri appartenenti alle minoritarie espressioni politiche pena il conseguente scioglimento di queste ultime dal "cordone governativo".

Una tale problematica appariva utile mascherarla con la pseudo-teoria della effettività, con la "grave" conseguenza che i ministri da ultimo individuati si sentivano scarsamente vincolati dall'indirizzo governativo e si proseguiva così nella vecchia prospettiva secondo cui il Ministro era il vertice gerarchico del proprio dicastero e come tale poteva impartire ai "sottoposti" burocrati (gerarchicamente sottoposti) ogni direttiva di azione anche se modificativa (sotto se mai la dizione di integrativa) del "rado" indirizzo governativo e come si è premesso ciò veniva "formalmente" giustificato nell'ambito della prospettiva della vigente effettività.

E se per ipotesi una qualche voce si sollevava nell'indicare il cattivo funzionamento (se mai anche la non legittimità di esso) il personale in servizio permanente effettivo gridava ancor più ostentatamente che la pubblica amministrazione aveva bisogno di una riforma (ed in proposito si nota che ci si appella alla esternalizzazione di questa ed alla sua semplificazione, sempre presenti nel mantra politico che si snoda ancora oggi come la vecchia immagine dei pifferi di montagna che andarono per suonare e...). E bisogna essere così distratti per poter negare che la situazione così descritta sia mutata nella presente dialettica politica.

3. La politica diretta al superamento della crisi economica tendenzialmente determina l'attenuazione del fenomeno da ultimo ricordato.

E' appena il caso di riassumere come il fenomeno in parola consiste nel depotenziamento del ruolo della figura ministeriale come vertice indiscusso della rispettiva area dicasteriale a vantaggio della "rinforzata" politica della compagine governativa.

È bene però procedere ad alcuni opportuni chiarimenti che hanno costantemente condizionato l'azione politica in materia economica. È stato autorevolmente rilevato che lo Stato Italiano ha sempre "esternalizzato" l'attività economica e ciò è facilmente rilevabile[6], però le ragioni della esternalizzazione non sono storicamente rimaste immutate.

Nei primi tempi lo Stato, con riferimento ai primi intervenuti adottati, quantunque motivati in termini pur sempre di ausilio all'espansione dell'attività economica, come il servizio-ferroviario, il servizio postale, entrambi utili per il trasferimento delle merci e la facilitazione delle "trattazioni" commerciali, venivano sottratte all'area burocratica con lo scopo di sottrarre tali attività alla ferrea disciplina (e relativa responsabilità) della spendita del denaro pubblico. D'altronde molti servizi a sfondo sociale erano in concreto esercitati nell'ambito dei singoli Comuni, i quali avevano progressivamente avanzato nella sperimentazione di forme organizzative di gestione

[6] Cfr. M.S. GIANNINI, Attività economiche pubbliche e forme giuridiche private, in Scritti, Vol. VI , pag. 176 ss.;

ISSN 2036-7821

collegate in vari modi collegati agli organi politici di autonomia, come ad esempio società per azione, così come la ben nota legge del 1903 la quale tra l'altro impose il principio del pareggio di bilancio non tanto in difesa della finanza pubblica ma soprattutto per evitare la concorrenza con analoghe iniziative private.
Ma con il passare del tempo la esternalizzazione ha assunto un connotato ben più specifico, ed anche per reminiscenze della ben nota Carta del lavoro, essa si è tramutata nello stabile strumento di ausilio dell'economia liberistica, a volte anche in violazione dei valori costituzionali. L'argomento è stato già illustrato in altra precedente sede,[7] ma ai fini presenti è sufficiente richiamare alla memoria la grave crisi economica conseguente alla seconda guerra mondiale per effetto della quale si impose la necessità di intervenire in modo massiccio in termini di risposta e fu adottata la politica di acquisire molte imprese in regime fallimentare le quali vennero per così dire restituite all'economia privata, pur con il legame di questi alla ben nota holding pubblica.
Però si notava nella precedente sede citata, e si intende confermare in questa, che una tale ennesima esternalizzazione si è realizzata sul piano pratico senza procedere alla preventiva imposizione nella rispettiva organizzazione gestionale che alcun tratto di essenza sociale, come avrebbe consigliato la disciplina costituzionale entrata nel frattempo in vigore, per contro si ebbe e si registrò la "sistemazione" in siffatta complessiva operazione di soggetti di origine politica o (se si vuole) para politica. È bene notare che la introduzione all'origine di profili di gestione sociale avrebbe potuto costituire l'inizio di una prospettiva di tono sociale che avrebbe forse condizionato in seguito l'esigenza ormai avvertita di incrementare col tempo l'attuazione della Carta in materia di gestione economica.
Ma a ciò si oppose l'orientamento di maggioranza (ed anche di parte della dottrina) che l'economia di cui all'articolo 41 Cost. consacrava un'economia liberistica (subito adottata dalla politica specie con i governi di coalizione) per di più senza alcun necessario momento programmatorio (anzi con riferimento a tale momento qualche studioso avanzò l'ipotesi che fosse necessaria un'apposita legge costituzionale), in conseguenza siffatto atteggiamento concorse a consolidare l'anelato ricorso alla "effettività", dalla quale non solo si militava a favore della sua stabile operatività bensì si suggeriva una sua progressiva attuazione[8].
Però, in contrario avviso può notarsi che una siffatta politica, priva di una qualsiasi ispirazione valoriale sociale, provocò infatti il radicarsi della "convenienza" di procedere all'inserimento in ogni "ganglio" del potere nomine (in servizio permanente effettivo) collegate ad aree politiche appartenenti alla maggioranza di governo. E una tale (impropria) abitudine favoriva ancora una volta (ed assume in

[7] Cfr. G. PALMA, Alcune riflessioni in tema di incentivi finanziari statali tra Costituzione formale e Costituzione materiale, in Notarilia, 2010, pagg. 81 e ss.;
[8] Sul punto si rinvia al lavoro cit. nella nota prec.;

ISSN 2036-7821

conseguenza i termini di dogma) che le figure ministeriali si riservavano una area maggiore di singolari interventi non strettamente legati all'indirizzo organico governativo e ciò è riscontrabile soprattutto nel regime di centro-destra degli ultimi anni, in forza dei quali, come si è già rilevato altrove, la collegialità del governo ha assunto il connotato della mera virtualità.

Trattasi di un fiume carsico non più interrotto che continua a trascinare la prospettiva della politica praticata a delegare ai privati ogni attività, che si valuta favorevole ad un incremento patrimoniale, come ad esempio si è registrato in materia di sanità quantunque strettamente connesso al fondamentale diritto alla salute, genoma dei diritti di cui all'articolo 2 Cost.[9].

Certo, se non vi fosse stato siffatto potere-aggiunto del ruolo ministeriale, sarebbe difficoltoso comprendere e giustificare compiutamente la "pretesa" delle singole (a volte minute) formazioni politiche che offrono la propria disponibilità a concorrere alla formazione delle maggioranze governative a condizione però che vengano nominati ministri alcuni propri esponenti, però è bene ricordare che l'onorevole Berlinguer, come ha ricordato di recente un suo stretto collaboratore, il quale, in seguito all'uccisione dell'onorevole Moro, nel timore di ulteriori fenomeni sociali, assicurò la Democrazia Cristiana di procedere alla formazione del governo, al quale il suo partito non avrebbe partecipato, ma l'avrebbe ugualmente appoggiato in Parlamento; interrogativo urgente: avete percepito un tale democratico atteggiamento nella formazione del Governo in carica?

D'altro canto si può anche prospettare come un tale indebolimento del vincolo collegiale governativo possa essere la causa efficiente di mancanza di una visione organica in materia economica che determina le periodiche crisi, perché le future crisi si curano anche preventivamente, specialmente con la progressiva economia (finanziaria) mondiale che assume sempre più i termini geografici continentali, ma tale prospettiva organica comporta (e dovrebbe determinare) senza ombra di dubbio l'attenuazione, se non la drastica riduzione, dell'attuale ruolo di attore politico ministeriale e quindi, del loro ruolo di interpreti e soprattutto dei consulenti da questi liberamente nominati i quali finiscono spesse volte per subornare i veri vertici dell'apparato di amministrazione pubblica (dicasteriale).

4. *Conclusioni*.

Sulla scorta delle premesse argomentazioni è possibile trarre brevi considerazioni conclusive.

Il fenomeno delineato fin qui pone in evidenza come il superamento di una crisi dell'economia del Paese richiede ed impone l'organicità sistemica dell'intervento teso alla "rinascita" delle necessarie condizioni del sistema Paese quindi il necessario

[9] Il fiume carsico di cui è parola risulta anche potenziato dalla politica sanitaria regionale;

ISSN 2036-7821

coordinamento funzionale di tutti gli interventi previsti, il che, per sua esigenza appunto funzionale, non può consentire che ogni singolo ministro (per di più a volte espressione di orientamenti politici differenti) possa ancora garantirsi una "autonomia" (a così dire) al fine dell' applicazione "amministrativa" delle direttive che si dipartono dalla organicità dell'azione, frutto del lavoro collegiale del Governo (per di più con ripercussioni sociali) e ciò per l'anomalo comportamento fin qui tenuto dai Ministri, non viene da questi ultimi "sopportato" (e può ricordarsi in proposito che il cavallo anche di razza morde il freno).

Si precisa ancora meglio che il collegamento di cui è parola nell'intitolazione della presente indagine non risulta a conti fatti legittimato per qualche assenza di previsione ordinamentale bensì per un generalizzato "comportamento" scorretto sul piano giuridico che per ragioni diverse (ma tutte confluite in esso) non si è inteso estirpare e/o correggere sul nascere, anche perché costituiva una "consuetudine" consolidatasi nel vecchio regime di parlamentarismo liberale "rinsanguato" dalla opinione diffusa del dogma della "effettività".

Cosicché, quando più un governo è idoneo in termini politici e di conoscenze tecniche ad assumere atteggiamenti di operare in visione sistemica, tanto più sorge il "mantra" di dover riformare la pubblica Amministrazione, anzi a volte si giunge persino a indicare in questa la causa dello stessa crisi economica (evitando semmai di riscontrare siffatta causa nella politica del precedente governo). E tale riforma viene suggerita in termini di "semplificazione" e soprattutto di "esternalizzazione" in termini di gestione, ma tale incauta prospettiva nasconde "la fuoriuscita" dal circuito attuativo delle citate direttive fino ad allora riserva di caccia del Ministro e per converso il potenziamento della presenza dell'apparato amministrativo maggiormente preparato sul piano tecnico che facilita la loro attuazione[10].

Se poi il politico di turno si pone lo scopo (nobile in termini politici) di migliorare sempre più le competenze e la preparazione dei burocrati ed allora dovrà anche ricordare che una tale esigenza non sorge soltanto in epoca di crisi economica, poiché un siffatto scopo può solo risolversi nel modificare l'atteggiamento adottato con insistenza dagli stessi politici, i quali quasi sempre operanti ad assicurare uomini di proprio credo politico nei ranghi dell'apparato (influendo a volte anche sui concorsi, ovvero con la campagna di inverno delle leggi di sanatoria, ad esempio in materia di istruzione, di posta, eccetera…) ovvero non assumendo da tempo nella pubblica amministrazione.

In altri termini può ben concludersi che trattasi così di modificare quella pubblica Amministrazione che risulta frutto della stessa azione politica esercitata fino ad ora e

[10] Sul punto cfr. il precedente lavoro pubblicato in Studi sul "distinto" apparato di Amministrazione pubblica, cit. in precedenza;

ISSN 2036-7821

chi scrive non riesce a sottrarsi dal ricordare un'immagine fanciullesca che riguarda il pifferaio magico che suonando esce di scena.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La class action pubblica. L'interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità.

di Aristide Police

(Professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

e Esper Tedeschi*

(Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. Premessa: dal "buon andamento" alla "buona amministrazione pubblica"; 2. La class action pubblica: l'istituto; 3. Presupposti, legittimazione e oggetto del giudizio; 4. La sentenza di accoglimento e la clausola di invarianza finanziaria; 5. La giurisdizione del giudice amministrativo e l'individuazione del foro competente; 6. Il giudizio di ottemperanza; 7. L'alternatività tra azione ex d.lgs. 198/2009 e gli strumenti di tutela di cui agli artt. 139, 140 e 140-bis del codice del consumo (oggi artt. 840-bis – 840-sexiesdecies c.p.c.); 8. Conclusioni.

Abstract

At the end of the first decade of the 2000s, the national legislator launched an ambitious plan to reform the discipline of the employment relationship of employees of public administrations (on which the legislative decree 30 March had already intervened significantly 2001, n.165), in the sign of the implementation of efficient internal and external systems for evaluating personnel and administrative structures, also involving important repercussions in terms of responsibilities and the justiciability of individual interests homogeneous with the efficiency of the administrative action undertaken.

The starting point was the l. 4 March 2009, n. 15 (so-called Brunetta reform), with which a broad delegation was conferred on the Government, implemented, then, mainly, on the one hand, with Legislative Decree no. 27 October 2009, no. 150 - which outlines, on the whole, regulatory interventions aimed (in the intentions of the delegated legislator) at transforming the role and structure of public administrations, in order to give them a more dynamic and productive character - and, on the other, with the Legislative Decree 20 December 2009, n. 198, aimed at giving "Implementation of article 4 of law no. 15, in the matter of appeal for the efficiency of administrations and public service concessionaires"

ISSN 2036-7821

1. Premessa: dal "buon andamento" alla "buona amministrazione pubblica".

Sul finire della prima decade degli anni 2000, il legislatore nazionale ha dato avvio a un disegno ambizioso di riforma della disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (su cui era, in maniera significativa, già intervenuto il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), nel segno della attuazione di efficienti sistemi interni ed esterni di valutazione del personale e delle strutture amministrative, implicanti anche ricadute importanti sul piano delle responsabilità e della giustiziabilità degli interessi individuali omogenei alla efficienza dell'azione amministrativa intrapresa.

Punto di partenza è stata la l. 4 marzo 2009, n. 15 (c.d. riforma Brunetta), con cui è stata conferita al Governo un'ampia delega, attuata, poi, principalmente, da un lato, con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150[1] – che tratteggia, nel complesso, interventi normativi volti (nelle intenzioni del legislatore delegato) a trasformare il ruolo e l'assetto delle amministrazioni pubbliche, al fine di conferire loro un carattere più dinamico e produttivo – e, dall'altro, con il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, volto a dare "*Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*".

L'obiettivo del d.lgs. n. 198 del 2009, enunciato già nell'epigrafe, è, dunque, di dare attuazione alla delega di cui alla l. n. 15 del 2009, nella parte in cui dispone che venga introdotta una specifica azione in giudizio per la "*tutela giurisdizionale degli interessati nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli standard qualitativi ed economici fissati o che violano le norme preposte al loro operato*" (art. 4, co. 1, l. n. 15 del 2009), secondo i principi e i criteri direttivi di cui al successivo comma 2, lett. l), del citato art. 4.

L'art. 1, al co. 1 – in coordinata lettura con i commi 2 e 3 – ne chiarisce oggetto e finalità.

L'azione è caratterizzata dalla rilevanza accordata agli interessi (anche individuali) al "*corretto svolgimento della funzione pubblica o alla corretta erogazione del servizio pubblico*" (interesse, secondo taluni, "di fatto" e la cui emersione dal "diffuso" connoterebbe la "novità" nel sistema di tutela delle posizioni soggettive nei confronti della amministrazione pubblica)[2]; tuttavia, perché la tutela possa operare in concreto, si

---

* Il lavoro è frutto della riflessione comune degli Autori. Si devono ad Esper Tedeschi i §§ 1, 2, 3 e 4, e ad Aristide Police i §§. 5, 6, 7 e 8;

[1] Il d.lgs. n. 150 del 2009 reca "*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*";

[2] F. PATRONI GRIFFI, Class action *e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici* (Relazione al convegno: *Le* class actions*: modelli a confronto*, Università Roma Tre, Facoltà di economia, Roma, 9 giugno 2010), in *Federalismi.it*, n. 3, 2010, p. 4, testualmente afferma "*il meccanismo legislativo dà luogo a un processo di emersione dal "diffuso" di interessi giuridicamente rilevanti: siamo cioè di fronte a un processo di "giuridificazione" di interessi di fatto; il meccanismo è tipico del diritto amministrativo, in cui spesso il riconoscimento di posizioni sostanziali scaturisce dal riconoscimento di una forma di tutela (secondo una tradizione risalente al diritto romano), con la conseguenza – comune agli*

ISSN 2036-7821

richiede che dalle violazioni od omissioni espressamente indicate nel co. 1 dell'art. 1 cit., "*derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*" (il che costituisce, invece, l'elemento di raccordo della nuova azione con il sistema di giurisdizione amministrativa vigente nell'ordinamento italiano)[3].

Lo schema di decreto legislativo è stato accolto con favore dalla apposita Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, chiamato a rendere il proprio parere dal Ministro per la pubblica funzione e innovazione che lo aveva predisposto[4]. Pur non lesinando osservazioni e suggerimenti correttivi di notevole spessore sull'impianto normativo, la Sezione – nel considerare la compatibilità dello schema (destinato a tradursi in fonte primaria) con i precetti costituzionali – ha espresso "*un plauso*", nei riguardi della "*scelta* [...] *di introdurre nell'ordinamento l'azione collettiva nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli standard qualitativi ed economici del servizio* [...] *come mezzo di tutela in forma specifica del cittadino e, al tempo stesso, come strumento di pressione sugli apparati pubblici per garantire l'efficienza del procedimento di produzione del servizio*". La logica del nuovo istituto (sul piano della teoria generale) è stata rinvenuta nell'ambito del fenomeno comunemente indicato con l'espressione "*amministrazione di risultato*"[5], intesa quale espressione evolutiva del principio di "*buon andamento*", fissato dall'art. 97 della Costituzione[6].

---

ordinamenti di common law – *che la forma di tutela si atteggerà secondo una logica di tipo rimediale, cioè come mezzo per riparare la lesione piuttosto che come diritto di azione (astrattamente correlato e) strumentale alla posizione soggettiva*";

[3] La denominazione, di "*class action*" con l'aggiunta di "amministrativa" (o "pubblica") – per tenerla distinta dalla azione di classe, già prevista dall'art. 140 *bis* del Codice del consumo, ora disciplinata dagli artt. 840-*bis* e ss. c.p.c., nell'ambito del nuovo "*Titolo VIII-bis del libro quarto del codice di procedura civile, in materia di azione di classe*" – non si rinviene né nella legge delega né nel decreto delegato. Da qualcuno appellata come "giornalistica" (F. PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*), essa è rimasta nel linguaggio corrente, mutuata dalla *class action* anglosassone, o, meglio ancora da quella statunitense, dalla quale, tuttavia, si discosta notevolmente per più di un aspetto. F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta* class action *amministrativa*, in *Giustamm.it*, n. 8, 2010, è fortemente critico sull'uso dell'espressione "*class action*", per indicare l'istituto introdotto dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198; tutto sommato, osserva l'A., in apertura del suo contributo, è stato ben più preciso il legislatore delegato nell'adoperare "*la denominazione di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*". In ogni caso, si tratterebbe di una *class action* "*all'italiana*", considerati i notevoli scostamenti dalla *class action* statunitense: in questo senso M.A. LUPOI, *Fumata nera per la prima* class action *all'italiana*, in *Giur. Comm.*, fasc. 2, 2012, p. 332. Sull'origine anglosassone della *class action* cfr. di P. FAVA, *Studi e contributi sulle class action finalizzati all'introduzione del rimedio nell'ordinamento interno*, in *Contr. impr.*, n. 1, 2004, pp. 166 e ss.;

[4] Cons. Stato, Sez. Cons. per gli Atti normativi, 9 giugno 2009, n. 1943;

[5] Sulla nozione di "amministrazione di risultato" si rinvia all'analisi compiuta da F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enciclopedia del diritto,* IV (agg.), Milano, 2002, il quale non rinviene alcun conflitto tra la valutazione di risultato e quella di legittimità e da A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali,* in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed Amministrazione di risultato,* Padova, 2008, p. 18, ove pone in relazione il raggiungimento del risultato con l'obbligo a provvedere della P.A. Sullo spostamento del criterio di giudizio da quello normativo-formale al risultato dell'Amministrazione cfr. A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2018, pp. 551 e ss.;

[6] Resta, peraltro, tuttora incomprensibile come, malgrado tale apprezzamento, l'azione sia rimasta formalmente fuori dal c.p.a., varato, successivamente, con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (sebbene una prima stesura dello schema

ISSN 2036-7821

Intorno al principio di "buon andamento" esiste ormai un'ampia letteratura secondo cui, tanto nella sua enunciazione astratta, quanto nella sua concreta applicazione, non riguarda soltanto il profilo organizzativo, ma si estende anche alla stessa azione amministrativa, investendo l'intero assetto ed il funzionamento degli apparati, i quali ne sarebbero vincolati sia quando operano in veste di "autorità", sia quando adottano modelli privatistici sia, infine, quando pongono in essere operazioni materiali[7].

Non vi è più ragione di dubitare che, laddove la norma costituzionale indica il "buon andamento" come principio dell'azione amministrativa si riferisca proprio all'efficienza della pubblica amministrazione, ormai veicolata come norma positiva nelle due articolazioni di "efficacia" ed "economicità", nella legge generale sul procedimento amministrativo.

Sennonché, siffatta conclusione è il risultato di un percorso interpretativo del testo costituzionale che, inizialmente, fu fortemente condizionato dall'apparenza di una scarna (se non inesistente) tensione innovatrice dei Padri costituenti, nel disegnare attribuzioni e vincoli dell'Amministrazione pubblica nel nuovo assetto dello Stato repubblicano[8].

---

ne avesse previsto la confluenza nel Titolo IV, nell'ambito dei "*riti abbreviati relativi a speciali controversie*"). In argomento, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, in *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, F. G. SCOCA (studi diretti da), Torino, 2012, p. 61;

[7] Fra i molti, P. CALANDRA, *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1966; O. SEPE, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975; S. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979 e ID., *Buon andamento e responsabilità degli amministratori*, Milano, 1985; F. BENVENUTI, *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Roma, 1980; nonché, nella manualistica, A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, F.G. Scoca (a cura di), Torino, 2017, p. 202 e ss.; A.M .SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 584; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano , 2008, p. 50; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, pp. 39 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, vol. II, Torino, 2005, p. 23;

[8] Del percorso evolutivo fa una dettagliata ricostruzione, con particolare riguardo al collegamento logico-giuridico fra buona amministrazione ed efficienza, D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimazione dei diritti fondamentali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, pp. 284 e ss. e ID., *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2018. L'equivoco fu alimentato dal ridotto dibattito sull'art. 97 Cost., quale emerge dagli atti dell'Assemblea costituente, e condusse a negarne, a lungo, la portata immediatamente precettiva. S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano, ovvero l'arte di arrangiarsi*, in *L'amministrazione pubblica italiana*, S. CASSESE e G. FRANCHINI (a cura di), Bologna, 1994, p. 15, ascrive all'Assemblea costituente una colpevole disattenzione ai problemi dell'amministrazione pubblica, sostanzialmente "liquidati", nell'art. 97 Cost. A sua volta, U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1993, vol. VIII, p. 131, e in *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1995, trattando dei lavori che portarono alla formulazione degli artt. 97 e 98 Cost., analizza anche il sottofondo "politico" a causa del quale "*a forti discontinuità costituzionali o innovazioni costituzionali, avvenute nella fase dal'43 al '47, non corrisponde un tasso proporzionale di trasformazione dell'amministrazione*" e, ancora, "*al passaggio alla democrazia non corrisponde il passaggio a una nuova forma di amministrazione*";

ISSN 2036-7821

L'interpretazione della disposizione, ma anche la sua considerazione, in dottrina ha subito alterne vicende, almeno fino agli anni '70[9]; sul piano, poi, dell'adeguamento istituzionale, ha incontrato notevoli resistenze e soltanto dagli anni '90 l'ordinamento amministrativo italiano apparve investito da una spinta riformatrice, nel senso della promozione della "efficienza" intesa come "produttività di risultati" ma, tuttavia, non ancora in grado di delineare i paradigmi della nozione di "buona amministrazione", che la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea[10] includerà nell'art. 41, come pretesa, giuridicamente rilevante e tutelabile, di "*ogni persona* […] *di far gestire i propri affari in modo imparziale, equo e entro un termine ragionevole da parte di istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione*"[11].

A partire dalla l. n. 241 del 1990, (il cui art. 1, nella prima stesura, proclama, al comma 1, che "*l'attività amministrativa* [...] *è retta da criteri di economicità, di efficacia*", integrati, con riforma successiva, dalla "*imparzialità*" e dai "*principi dell'ordinamento comunitario*")[12], si andranno affermando normative volte a privilegiare aspetti sostanziali dell'attività amministrativa[13].

---

[9] A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979; S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento (riattraversando gli articoli 95, 3° comma e 97, 1° comma della Costituzione)*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, in particolare pp. e 795 ss;

[10] Divenuta giuridicamente vincolante con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, l'art. 41 cit. recita testualmente: "*1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. 3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. 4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua*";

[11] Dell'art. 41 della Carta europea dei diritti dell'uomo, la stessa Unione europea ha curato una spiegazione ufficiale, sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che aveva redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, successivamente aggiornate sotto la responsabilità del medesimo *praesidium*, sulla scorta degli adeguamenti redazionali che l'anzidetta Convenzione ha apportato al testo della Carta (in particolare agli articoli 51 e 52) e dell'evoluzione del diritto dell'Unione. Tale relazione si rinviene ora nel sito ufficiale dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (istituita con Reg. n. 168/2007 del 15 febbraio 2007) e costituisce uno strumento di ricerca di eccezionale importanza, in quanto vi si rinvengono segnalati gli estremi delle pronunce della Corte di giustizia che hanno "*consacrato segnatamente la buona amministrazione come principio generale di diritto*" (tra le tante si segnala, la sentenza della Corte del 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, Burban, Racc. 1992, pag. I-2253, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995, causa T-167/94, Nölle, Racc.1995, pag. II-2589; del 9 luglio 1999, causa T-231/97, New Europe Consulting e altri, Racc. 1999, pag. II-2403; cfr. anche le sentenze della Corte del 15 ottobre 1987, causa 222/86, Heylens, Racc. 1987, pag. 4097, punto 15; del 18 ottobre 1989, causa 374/87, Orkem, Racc. 1989, pag. 3283; del 21 novembre 1991, causa C-269/90, TU München, Racc. 1991, pag. I-5469, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 6 dicembre 1994, causa T-450/93, Lisrestal, Racc. 1994, pag. II-1177; del 18 settembre 1995, causa T-167/94, Nölle, Racc. 1995, pag. II-2589);

[12] Per avere consapevolezza della rilevanza della l. n. 241 del 1990 nel cammino dal "*buon andamento*" alla "*buona amministrazione pubblica*", ci si può affidare alla ricostruzione storica di L. ACQUARONE, *Il problema generale dell'azione amministrativa: dai primi tentativi alle leggi in vigore*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale*

ISSN 2036-7821

Ma, come l'organo consultivo non ha mancato di rilevare, la l. n. 241 del 1990 non ha rappresentato un vero e proprio punto di svolta, ai fini della "*implementazione del principio* (del buon andamento), *nella sua accezione giuridico formale, all'interno del sistema amministrativo*"[14].

Tuttavia, essa è già di per sé espressione di una mutata considerazione dell'Amministrazione pubblica e del suo relazionarsi con le posizioni soggettive, poiché non si limita a definirne il risultato in termini strettamente giuridici (gli effetti che si determinano nella sfera giuridica dei soggetti con i quali gli apparati vengono in contatto), ma – in una prospettiva del tutto nuova di tutela sostanziale dell'interesse legittimo in funzione attuativa dei principi di buon andamento e imparzialità[15] – coinvolge le stesse nei momenti significativi delle tappe fondamentali dell'agire e valorizza la rilevanza sostanziale dell'interesse individuale (e non solo)[16], preludendo, anche, a una tutela oltre i limiti della legalità formale.

Non è un caso che la l. n. 241 del 1990 sia la risultante (a distanza di anni, ma si tratta della "ordinaria" vicenda di un sistema assoggettato a continue crisi governative e talvolta, anche, a repentini scioglimenti delle Camere) della proposta "Nigro" – concepita, nell'ambito della Commissione voluta da Massimo Severo Giannini (quando fu Ministro della funzione pubblica) – a conclusione dei lavori della sotto-commissione dallo stesso Nigro presieduta.

---

dell'azione amministrativa, Napoli, 2006 (in particolare, pp. 3 e ss.). Ma non può sottacersi M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro. it.*, V, 1979, pp. 289 ss., poi anche in *Scritti*, vol. VII, Milano, 2005, pp. 327 ss. (con particolare riguardo al § 1.3., intitolato "*L'azienda Stato*"), ricordando che il "*Rapporto*" in questione è la pubblicazione dell'atto presentato al Parlamento dall'Autore – al tempo Ministro per la funzione pubblica. Ai nostri giorni, non si possono comprendere a pieno né le ragioni, né i sintomi sostanziali dell'introduzione dei principi e criteri della scienza economica all'interno della prima e più importante legge di procedura amministrativa dell'ordinamento italiano, senza ripercorrere a ritroso, la situazione dell'Amministrazione pubblica, la sua arretratezza e il dibattito culturale e politico da cui fu attraversata la Repubblica, nel decennio precedente l'emanazione della n. 241 del 1990. Ne fa una ricostruzione dettagliata D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimazione dei diritti fondamentali cit.*, pp. 327 e ss.; ne individua tratti innovativi salienti, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività cit.*, pp. 80 e ss.;

[13] Si pensi, ad esempio alla disposizione di cui all'art. 21-*octies*, co. 2, della L. n. 241 dl 1990, inserito dall'art. 14, co. 1, l. 11 febbraio 2005, n. 15; e alla nuova disciplina della revoca di cui all'art. 21-*quinquies*, anch'esso frutto delle modifiche apportate dalla l. n. 15 del 2005, e a sua volta assoggettato nel tempo a ulteriori modificazioni;

[14] V. il già citato parere del 9 giugno 2009, n. 1943;

[15] Si vedano, per tale profilo, la sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2008, n. 351, e le considerazioni di M. MAGRI, *L'incostituzionalità dello spoils system e la reintegrazione del dirigente*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 5, 2009, pp. 511 e ss.;

[16] V. art. 9, l. n. 241 del 1990. Già la disciplina della "partecipazione al procedimento", è idonea a delineare, da sola, una dimensione sostanziale degli interessi, individuali e non, rispetto all'operato dell'Amministrazione, non declinabile nella dimensione di "*protezione occasionale o condizionata all'adempimento dell'onere amministrativo*" (in questo si era vista la posizione dell'"amministrato", rispetto all'onere di efficienza dell'amministrazione, R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione,* in *Annuali Macerata,* 1938, e poi in *Scritti in onere di Santi Romano*, vol. II, Padova, 1940);

ISSN 2036-7821

Fu proprio nel "Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato" (cui si è fatto cenno alla nota 11 che precede, e che, formalmente, è rimasto, poi, senza seguito), che si vede l'emersione della "efficienza" come criterio direttivo dell'attività amministrativa, che "deve" attingere dalle scienze economiche gli strumenti tecnici per il conseguimento e il controllo del "risultato", il quale non è un "effetto giuridico", bensì, la conseguenza di fatto dell'attività (il che implica, anche, il superamento dell'idea di un'amministrazione per "atti", rispetto ai quali non può parlarsi di "risultato" ma di "effetti giuridici", ovvero le modificazioni che l'atto produce nella sfera giuridica del destinatario).
È creatura del superamento del pregiudizio nei riguardi della scienza dell'amministrazione e delle tecniche metagiuridiche (maturatosi nelle menti di grandi interpreti che hanno avuto il coraggio di ripensare continuamente se stessi attraverso l'osservazione della realtà fenomenica) la svolta istituzionale che si avverte in successione cronologica rispetto alla l. n. 241 del 1990 e i cui sintomi sono riconosciuti (anche dalla Sezione consultiva del Consigli di Stato) nella privatizzazione del pubblico impiego e nella riforma della dirigenza; nonché, ancora, nelle leggi Bassanini e relativi decreti attuativi, nel decreto-legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 112 ("*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*") e, per finire, proprio nella l. 4 marzo 2009 n. 15, il cui art. 4 muove dall'idea che l'attività della pubblica amministrazione, sia essa destinata all'erogazione di atti come di servizi, assuma la configurazione di un "servizio" reso alla Nazione (art. 98 Cost.).
Agevolmente può anche essere rilevato che ciò non nega, in radice, la "natura giuridica" – e non solo economica – del concetto di "amministrazione di risultato", ove lo si rapporti adeguatamente alla "funzionalità" disegnata dalla norma costituzionale[17].
In questa prospettiva si potrebbe affermare che l'azione prevista e disciplinata dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 costituisca la punta di diamante di tale percorso, se non fosse che, proprio la disciplina dell'istituto e la sua pratica applicazione inducono a qualche perplessità, quanto meno in ordine alla sua proficuità ed efficacia.

2. La class action pubblica: l'istituto.
Nel co. 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 198 del 2009, il nuovo istituto è definito, nella sua finalità e nei suoi contenuti essenziali, sul presupposto, non espressamene enunciato

[17] D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimazione dei diritti fondamentali* cit, pp. 361 e ss. propone, in questo senso, una lettura dell'art. 97, che vede nel precetto costituzionale la "*funzionalizzazione dei compiti dell'amministrazione alla sovranità delle persone in conformità della Costituzione*" e "*l'efficienza come misura della massimizzazione dei diritti fondamentali*";

ISSN 2036-7821

(ma insito nella delega) che l'amministrazione pubblica è di per sé e in ogni sua manifestazione "servizio" reso alla collettività, dai suoi apparati o dalle strutture alle quali è affidata l'erogazione agli utenti di un determinato servizio. Il disservizio è un danno erariale "che può essere anche modesto", ma è soprattutto "un pregiudizio per l'utente"[18]. Cosicché, il controllo esterno, provocato dall'azione per l'efficienza, può essere considerato anche nell'ambito di un circuito complessivo che attraverso la "responsabilità" o meglio accora, attraverso la "responsabilizzazione" si volge ad assicurare il perseguimento del "risultato", come nuovo obiettivo dell'amministrazione efficiente[19].

---

[18] Concetto, questo, insito nell'art. 2-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. c), l. 18 giugno 2009, n. 69, rubricato "*Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*", in forza del quale *"le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento"* nonché nell'art. 7, co. 2, della stessa l. n. 69 del 2009, che qualifica il rispetto del termine di conclusione del procedimento quale "*elemento di valutazione dei dirigenti*", di cui "*si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato*";

[19] Così M. NUNZIATA, *Azione amministrativa e danno da disservizio. Un'analisi della giurisprudenza,* in *Il diritto amministrativo, variazioni*, G. DELLA CANANEA – D. DE PRETIS – M. DUGATO – A. POLICE – M. RENNA (collana diretta da), Torino, 2018, pp. 210 e ss., citando G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., p. 41, il quale rinviene appunto, nell'azione per l'efficienza anche uno strumento di controllo dei processi organizzativi interni e sull'operato dei servizi pubblici, di modo che "*se pure il ricorrente nel promuovere l'azione persegue il solo fine dell'efficacia dell'attività amministrativa, indirettamente il conseguimento di tale obiettivo implica effetti in termini di maggiore efficienza della stessa attività amministrativa*";

Sul punto anche A. BARTOLINI, *La* class action *nei confronti della p.a tra favole e realtà*, in *Giustamm.it*, n. 11, 2009, p. 5 che osserva come "*obiettivo dovrebbe essere quello di arrivare al benchmarking comparativo, ovvero la possibilità di confrontare gli standard qualitativi delle pubbliche amministrazioni in modo da evidenziare quelle più inefficienti. E su queste ultime dovrebbe essere esercitata la voice del controllo diffuso, in modo da 'costringerle' all'allineamento*".

Da un punto di vista giurisprudenziale, in tale ambito – ossia il corretto svolgimento della funzione – è da ricondurre anche la predisposizione dell'idonea modulistica da parte della P.A..

Il riferimento è alla sentenza del T.A.R. Lombardia (Milano, Sez. III, n. 1287 del 7 giungo 2017 – non impugnata), nella quale si legge che "*l'attività di predisposizione della modulistica per l'azione degli uffici […] non costituisce esercizio della funzione specifica alla quale si applica, bensì della più generale modalità di standardizzazione e procedimentalizzazione della funzione amministrativa, che ben può rientrare nell'alveo della giurisdizione del giudice amministrativo. Essa inoltre si presta, più di altre, a determinare prassi collettive di scorretto esercizio della funzione contro le quali è diretta l'azione prevista dal D. Lgs. 198/2009*". L'indicazione giurisprudenziale dianzi citata è di grande momento interpretativo in quanto chiarisce la linea di demarcazione fra "giurisdizione esclusiva" del giudice ordinario in materia di impugnazione dei verbali di accertamento di violazioni del codice della strada (nel caso, notificati tardivamente in violazione dell'art. 201 cod. strad.) e la giurisdizione assegnata al giudice amministrativo, in tema di controllo giurisdizionale nella materia di cui al d. lgs. n. 198 del 2009. La sentenza non smentisce l'orientamento giurisprudenziale consolidato che riconduce nella giurisdizione esclusiva del giudice ordinario non soltanto "g*li atti esercizio della funzione*", ma anche il mancato esercizio della funzione, ed anzi ne dà specificamente atto, citando al riguardo, Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1116 che, nel differente ambito del pubblico impiego ormai assegnato alla giurisdizione del giudice del lavoro, ne riconosce la giurisdizione esclusiva anche per ciò che concerne il "silenzio inadempimento". Sennonché, osserva il giudice lombardo, il limite della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, nelle materie nelle quali è attribuita per legge, si rinviene proprio nel suo carattere derogatorio ed eccezionale, al quale si contrappone, nel caso di cui si tratta, il carattere tassativo della giurisdizione assegnata al giudice amministrativo, nelle ipotesi nelle quali è accordata l'azione per l'efficienza nella pubblica amministrazione che, secondo il T.A.R., si connota anch'essa di eccezionalità, in quanto investe modalità di svolgimento della funzione pubblica con l'obiettivo di garantirne

ISSN 2036-7821

La "finalità" è di "ripristinare" il corretto svolgimento della funzione pubblica o la corretta erogazione di un servizio pubblico.
Lo "strumento" – del tutto inusuale – prevede il coinvolgimento degli stessi fruitori dell'attività amministrativa, nel controllo esterno e giurisdizionale, mediante l'attribuzione di un potere di iniziativa (la proposizione del ricorso giurisdizionale), destinato a esplicarsi, non già sul "risultato finale", bensì sulla osservanza di uno o più segmenti delle misure predisposte dall'ordinamento medesimo, al fine di valutare "il risultato" dell'attività e la corrispondenza dei servizi e dei prodotti resi ad oggettivi standard di efficienza, sempre che costoro (i fruitori) vengano a trovarsi in una posizione ulteriormente "qualificata" dalla lesione "*diretta, concreta e attuale*" dei propri interessi[20].
Quali siano i segmenti rilevanti si può desumere dalla formula, articolata e complessa, che fa, sostanzialmente, dipendere l'azione in giudizio "*dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di*

---

l'efficienza. *Ad colorandum*, e con il fine di ribadire i limiti della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario nella materia delle contravvenzioni al codice della strada, il T.A.R. Lombardia ricorda la sentenza del T.A.R. Abruzzo – L'Aquila, Sez. I, 3 dicembre 2014 n. 860 (anch'essa non appellata), con la quale è stata affermata la giurisdizione del giudice amministrativo sul ricorso di un Comune avverso l'annullamento prefettizio di tutti i verbali di contravvenzione anche quelli non impugnati, elevati dal Comune medesimo mediante un illegittimo sistema di rilevazione;

[20] Vi è dunque uno stretto collegamento fra d.lgs. n. 150 e il d. lgs. n. 198, poiché il secondo è funzione del primo, più ancora (o meglio, prima ancora) di rappresentarsi come strumento di tutela degli interessati alla buona amministrazione, poiché è concepito come stimolo esterno della corretta osservanza degli standard. In questo senso G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., p. 10 e s., idea questa maturata all'interno della delega conferita con l. 4 marzo 2009 n. 15. Ma anche F. PATRONI GRIFFI, Class action *e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni* cit., p. 3 e s.

In questo senso, più di recente si veda anche G. IACOVONE, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo nella performance dei pubblici dipendenti*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, pp. 115 e ss. dove rileva che la "*customer satisfaction*" ha assunto il ruolo di indicatore della funzione e della sua buona qualità in seguito alle modifiche apportate al d.lgs. n. 150/2009 nel 2017 (cfr. art. 4, co. 3). In particolare l'A. osserva che "*L'inserimento ed il successivo affinamento normativo della* customer satisfaction *tra i parametri della valutazione e, ancor prima, della programmazione, individua, di fatto, il rapporto con l'utente come criterio e tecnica di miglioramento della performance. Tale rapporto, dunque, sembra assurgere ad indicatore della funzione, della sua buona qualità, "ossia del compito che l'Amministrazione pubblica assume su di sé in un certo contesto, secondo le specifiche connotazioni giuridiche che l'ordinamento le attribuisce". Per una lettura della norma che vada certamente in tal senso e non induca nella tentazione, in vero forte alla luce della carente formulazione, di considerarla meramente programmatica, la procedimentalizzazione della* customer satisfaction *in funzione della qualificazione della partecipazione, va ricostruita sulla base della disposizione, complementare, che ha introdotto nel nostro ordinamento la* class action *per l'efficienza della pubblica amministrazione*". Cfr. anche E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione «performante»: storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, I, 2018, p. 501;

performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150"[21].

Tale indicazione, così puntuale, richiede, tuttavia, di essere coordinata con il comma 1-*bis*, che vincola il giudice a tenere conto delle "*risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimate*"[22], nonché con i commi 3 e 4 dello stesso articolo, che chiarisce quali siano i soggetti destinatari della tutela, identificandoli non già in base all'interesse individuale, bensì alla appartenenza a un "gruppo" ovvero alla omogeneità degli interessi, in forza della quale il gruppo diviene "entità" rilevante giuridicamente[23].

Ciò non è ancora sufficiente, neanche sul piano meramente descrittivo, a rendere esaustiva la nozione dell'istituto, in quanto, per comprenderne compiutamente il senso occorre anche chiarirsi contro chi può essere promossa l'azione, e qual è la domanda che può essere rivolta al giudice, ovvero, anche in che cosa consiste il controllo giurisdizionale, demandato al giudice amministrativo.

Viene, allora, in rilievo, che non possono essere assoggettate all'azione "*le Autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali, nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministrati*" (art. 1, co. 1-*ter*) e che il ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti di cui al comma 1 (restando fermi a tale fine i rimedi ordinari) (art. 1, co. 6); mentre, per individuare la natura del potere esercitato dal giudice, viene in soccorso l'art. 4, che declina i contorni della pronuncia di accoglimento con le connotazioni di un mero accertamento dichiarativo sulla sussistenza dell'omissione o dell'inadempimento, con riferimento al quale, la forma verbale

[21] Quanto questa indicazione corrisponda alle indicazioni contenute nella delega non è chiaro. Ma non è questa la sola "licenza" del legislatore delegato che si è anche sottratto all'acquisizione del parere dalla Conferenza unificata e ha ritenuto di potere liberamente espungere l'estensione al merito della cognizione del giudice amministrativo contemplata, invece espressamente dall'art. 4 della l. n. 15 del 2009. L'occhio lungo del Consiglio di Stato ha segnalato alcune di tali "licenze", ma non tutte le indicazioni hanno poi avuto decisa incidenza sul testo definitivo;

[22] La formula si incontra anche nell'art. 4, laddove viene indicato il contenuto del "comando" del giudice in sentenza, ed esprime la preoccupazione (che assillò molto il Ministro dell'Economia del tempo) che l'azione non avesse a gravare troppo sulle casse pubbliche. In questo senso G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., pp. 321 e ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 214. Ma quello dell'aggravamento della spesa pubblica sembra sia essere stato all'origine anche dell'avversione alla previsione, nel c.p.a., dell'azione di adempimento. Cfr. F. MERUSI, *Osservazioni sulla sentenza T.A.R. Lombardia, Sez. III, 8. 6. 2011, n. 1472*, in *Osservatorio sul codice del processo amministrativo*, M. CLARICH-R. CHIEPPA (coordinato da), LUISS-Guida al diritto;

[23] È doveroso segnalare che l'attributo "omogeneo" (suggerito dalla Sezione consultiva) evoca suggestioni metagiuridiche e in particolare la teoria "statistica", dove "class" sta per "insieme". Onde non è necessariamente inappropriata e non deve essere ripudiata la denominazione "*class-action* amministrativa" (o pubblica), purché resti chiaro che è cosa "altra" rispetto alla *class-action* anglosassone o americana;

ISSN 2036-7821

adoperata per indicare lo *iussus iudicis* sembrerebbe conferire natura meramente "ordinatoria" al comando di porre rimedio (a omissioni e inadempimenti) "*entro un congruo termine*" (fra l'altro "*nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*"), se non fosse che il successivo art. 5 contempla l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 7, co. 1, n. 4 del r.d. 28 giugno 1924, n. 1054[24].

Sembra, a questo punto, che la definizione dell'istituto possa farsi ponendo in evidenza l'uno o l'altro dei suoi aspetti fondamentali, ovvero, la funzione istituzionale e l'attuazione della tutela degli interessi omogeni (anche dei singoli in relazione all'insieme):

a) per questo secondo profilo, l'azione di cui al d.lgs. n. 198 del 2008, potrebbe essere definita l'azione per la tutela di interessi omogenei degli appartenenti a un gruppo di utenti o consumatori di un determinato "servizio pubblico" (latamente considerato) – esperibile singolarmente o attraverso relativi associazioni o comitati – alla efficienza dell'amministrazione pubblica, consistente nella richiesta di accertamento dichiarativo in ordine alla sussistenza di violazioni, omissioni o inadempimenti riconducibili a uno o più degli indicatori specificati all'art. 1. co. 1, ove ne sia derivata una lesione attuale, concreta e diretta, nonché per sentire ordinare di porvi rimedio entro un congruo temine (nei limiti delle risorse strumentali ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica)[25];

b) per il primo profilo, invece, l'azione potrebbe essere definita quale strumento correttivo del cattivo funzionamento delle amministrazioni e dei servizi pubblici, realizzato in maniera indiretta mediante la collaborazione dell'utente consumatore, con l'esperimento del rimedio giurisdizionale, proposto individualmente o dal gruppo di cointeressati (allorché il comportamento omissivo o in contrasto con gli standard prefissati abbia provocato un danno diretto, concreto e attuale) per conseguire una pronuncia di accertamento dichiarativo accompagnata dall'ordine di rimediare entro un congruo termine (ancorché nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica).

3. Presupposti, legittimazione e oggetto del giudizio.

Entrambi i profili evidenziati nelle due bozze di definizione che precedono, concorrono, tuttavia, a caratterizzare, nel sistema di giustizia amministrativa, l'azione per l'efficienza nella pubblica amministrazione, come azione "*sui generis*".

Essa si è presentata come uno strumento anomalo nel sistema di giustizia amministrativa italiana, soltanto perché, fino alla emanazione del d.lgs. n. 198 del

[24] Senza che successivamente vi sia stato adattamento alcuno alla corrispondente disciplina del giudizio di ottemperanza contemplato nel sopravvenuto codice del processo amministrativo;

[25] La definizione anzidetta è desunta, almeno in parte, da T.A.R. Lazio, Roma. sez. II, 6 novembre 2013 n. 8154;

ISSN 2036-7821

2009, non era mai avvenuto che la "persona", in quanto tale, fosse considerata, nell'ordinamento positivo, come titolare di una posizione "rilevante" di interesse, rispetto alla "gestione" della cosa pubblica, quasi che le eventuali disfunzioni di tale gestioni non dovessero riguardarla personalmente, se non quando i comportamenti dei singoli operatori fossero andati a impattare, attraverso il provvedimento, o l'inerzia qualifica, o altro comportamento (ancorché illegittimo) sulla sfera personale c.d. egoistica.

Una serie di fattori concomitanti, hanno spostato l'indice di rilevanza della "persona umana", ponendone in evidenza la "centralità", anche in rapporto alla gestione della cosa pubblica, non soltanto come elemento non singolarmente individuabile di una collettività destinataria di manifestazioni particolari di tale gestione, ma come diretti beneficiari, in qualità di utenti o consumatori, all'interno di tale collettività.

La tutela dell'interesse individuale alla efficiente gestione della cosa pubblica, coglie e positivizza – nel d. lgs. n. 198 del 2009 e su espressa delega del legislatore nazionale – un aspetto particolare di tale posizione ovvero, quello nel quale, le aspettative derivanti dalla programmazione subiscono le conseguenze di una disfunzione, derivante dalla inefficienza, la quale si manifesta attraverso alcuni indicatori puntuali, che lo stesso legislatore ha individuato.

Così come l'osservanza delle regole di azione, dei doveri e degli obblighi comportamentali connessi a tali indicatori è, nelle linee generali, espressione di una efficienza *standard*, altrettanto, la loro inosservanza e violazione, nonché l'inadempimento di taluni puntuali obblighi riconducibili alle obbligazioni contratte dal concessionario, costituiscono altrettante manifestazioni di inefficienza che mettono in moto la tutela individuale, allorché si riflettano sulla funzione o sul servizio, provocando la disfunzione.

Questo meccanismo complesso, qualifica l'interesse individuale omogeneo alla efficienza, come posizione individuale rilevante, e dunque meritevole di tutela.

Il che rende l'azione contemplata dall'art. 1, co, 1 del d. lgs. n. 198 del 2009, pienamente compatibile con il criterio principe fissato nell'art. 103 della Costituzione, che indica nel "Consiglio di Stato" e negli "altri organi di giustizia amministrativa" i giudici naturali e ordinari per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione "*degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge anche dei diritti soggettivi*", senza porre alcun limite alla emersione di posizioni di interesse legittimo nel senso che dovrebbero considerarsi tali soltanto quelle posizioni che l'ordinamento positivo ha già ritenuto qualificabili in questi termini[26].

[26] Sull'evoluzione del concetto d'interesse legittimo si veda, su tutti, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, 2017, *passim*, ID., *Attualità del Concetto d'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2011, pp. 379 e ss. e ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990. Sul tema F. FRANCARIO, *Osservazioni a margine dello studio di Franco Scoca sulla figura dell'interesse legittimo*, in *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019, pp. 497 e ss., partendo dallo scritto di F.G. SCOCA del 2017 cit., osserva proprio che il

ISSN 2036-7821

L'individuazione, in concreto, delle posizioni giuridiche individuali "rilevanti" è lasciata dalla Costituzione al legislatore nazionale che, sulla base delle indicazione che provengono da molteplici istanze, enuclea, dal diritto oggettivo, la rilevanza delle posizioni individuali, in termini di diritti soggettivi, o in termini di interessi legittimi, senza che nella Costituzione siano posti limiti di alcun genere, al riguardo, se non nel fissare alcuni punti cardini di garanzia e tutela, nei principi generali, e "paletti", nella determinazione del giudice naturale.

L'esigenza ordinamentale di connotare di rilevanza giuridica l'interesse individuale "omogeneo" alla efficienza *standard,* relazionata a puntuali funzioni e servizi pubblici, è stata colta ed esplicitata dal legislatore nazionale (per così dire) al punto giusto[27], ovvero, là dove si è trattato di mettere mano nei sistemi interni ed esterni di valutazione del personale e delle strutture amministrative, nell'obiettivo della "buona amministrazione".

Il legislatore delegato, vi ha dato attuazione dando vita ad un istituto complesso, ovvero la c.d. azione per l'efficienza (non della, bensì) nella pubblica amministrazione, che, considerati gli aspetti fin qua emersi, può essere definita come l'azione giurisdizionale – esperibile individualmente o anche mediante organismi morali statutariamente idonei allo scopo – per la tutela di interessi individuali e omogenei di ciascuno degli utenti o consumatori di determinate funzioni e servizi pubblici, destinati a una data collettività, allorché, dalla violazione o omissione o dall'inadempimento di puntuali vincoli di azione, doveri e obblighi – normativamente predeterminati nella stessa legge – derivi una lesione diretta, attuale e concreta dei suddetti interessi, in rapporto alle aspettative della collettività di riferimento, con la finalità di conseguire l'accertamento giurisdizionale delle violazioni denunciate, in vista della ripristinazione dell'efficienza *standard* dovuta, con riferimento alla funzione o al servizio pubblico programmati, tenendo conto delle risorse disponibili già stanziate e senza aggravamento della spesa pubblica[28].

In quest'ottica, la correlazione causale fra omissione, inadempienza o violazione, da un lato e lesione diretta, attuale e concreta dall'altro, funge da spartiacque, fra *quisque de populo*, e il titolare dell'interesse omogeneo, in quanto serve a porre un collegamento diretto e immediato fra il titolare della posizione "rilevante" (ma per essere tale occorre, anche che sia "omogenea") e l'efficienza *standard*, riferita a una

---

rimedio processuale, nato dalla riforma Crispi del 1889, sia emerso senza precisare quale fosse l'interesse protetto sul piano sostanziale, con la conseguenza, secondo l'A., che "*la costruzione teorica ha sempre oscillato tra la valorizzazione del momento oggettivo o di quello soggettivo nell'individuazione dell'oggetto della protezione*". Sicché rimarrebbe irrisolto il problema se "*il giudice amministrativo sia il giudice del potere (della funzione amministrativa) o il giudice dell'interesse del privato. Se il ricorso al giudice amministrativo serva cioè a garantire il corretto esercizio della funzione amministrativa o a tutelare la realizzazione d'interessi privati*";

[27] Il "punto giusto" è la l. n. 15 del 2009, e in particolare, di tale legge, la delega di cui all'art. 4;

[28] Questa posizione sembra essere in linea con il pensiero di V. CERULLI IRELLI e L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2014;

ISSN 2036-7821

determinata funzione o ad uno specifico servizio, da rendersi alla collettività di riferimento del tutelato.

Tale specificazione rende evidente come la norma che attribuisce l'azione, prenda in considerazione la "collettività" soltanto come "dimensione d'ambito", e non anche come titolare dell'interesse tutelato, che non è "collettivo", ma "individuale".

Nel meccanismo di cui al d.lgs. n. 198 del 2009, la relazione diretta fra posizione individuale (e omogenea) e la disfunzione, intesa come momento emersivo del diritto alla tutela, colloca l'azione nel sistema individuato dall'art. 103 Cost., senza bisogno di fare ricorso a immagini figurative ulteriori, perché positivizza, in relazione diretta con la "funzione pubblica" indicata nell'art. 97, co. 2, Cost. (attraverso il potere di iniziativa nel controllo esterno del giudice amministrativo) l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui è espressione l'art. 118, co. 4, Cost.

E, però, l'insieme coordinato delle norme del "procedimento" evidenzia una prudenza, anche eccessiva, nella costruzione dell'azione, stante che essa comporta la penetrazione dell'accertamento giurisdizionale nel vivo degli assetti organizzativo-attuativi, concretantesi in un controllo esterno sulla efficienza provocato, appunto (come si è cercato di chiarire sopra), dall'iniziativa individuale del titolare dell'interesse tutelato[29].

[29] Analizzando i sistemi di giustizia globalmente considerati, si incontrano istituti anomali: così gli istituti di c.d. giurisdizione volontaria che inseriscono, nel sistema della giustizia civile, elementi sostanziali della funzione amministrativa e, nel campo della giustizia penale, la querela di parte che affida all'atto di impulso della persona offesa la procedibilità. Nel campo della giustizia amministrativa, l'ipotesi di una funzione di controllo esterno del giudice amministrativo – eccitato dall'*input* del ricorso (individuale o di un corpo morale rappresentativo) – configura l'attribuzione di poteri *extra ordinem*, non soltanto perché la funzione è formalmente giurisdizionale, ma sostanzialmente di controllo, ma anche perché l'interesse del soggetto legittimato (anche quando l'azione è proposta dal corpo morale rappresentativo), oltre ad essere soltanto espressione del tutto omologa dell'uguale interesse di tutti e ciascuno dei componenti della collettività direttamente interessata dalla funzione o dal servizio pubblico) è anche espressione di un interesse pubblico generale. I contorni di una giurisdizione oggettiva sono sati avvertiti da F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta* class action *amministrativa*, in *Giustamm.it*, n. 8, 2010, p. 15 e s. e, tutto sommato, anche nelle pagine successive nelle quali affronta il problema della natura "di fatto" delle posizioni tutelate, e in cui l'Autore si confronta con la norma costituzionale che disegna, invece, la natura "soggettiva" della giurisdizione amministrativa. In posizione dissenziente F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni* cit. che – contraddicendo U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la* class action, in *G.d.A.*, n. 3, 2010, p. 246 (in posizione analoga a quella di Cintioli) – afferma di non credere che "*ci si trovi di fronte a una forma di giurisdizione di tipo oggettivo*", traendone argomento dalla considerazione principale che, nell'azione in esame, il funzionamento degli apparati assume rilievo in funzione del rapporto fra il titolare dell'interesse con la pubblica amministrazione (o con il gestore del pubblico servizio). È, però, da notare che vi è un salto logico nel ragionamento che individua la collettività nel suo insieme la titolare effettiva del "rapporto", mentre l'emersione dell'interesse individuale non farebbe comunque dell'individuo un "titolare" di quel rapporto che non sembra avere le connotazioni proprie della "giuridicità", sicché verrebbe a mancare proprio il "rapporto" diretto potere/individuo, perché a monte non vi è un atto costitutivo, modificativo o estintivo della posizione né del titolare dell'azione, nella della stessa "collettività", né un atto generativo di una relazione intersoggettiva.

Sui risvolti oggetti della funzione giurisdizionale esercitata dal giudice amministrativo cfr. anche M.A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustzia amministrativa: il confronto*, in *Federalismi.it*, 3, 2017;

ISSN 2036-7821

La prima e fondamentale espressione di tale prudenza si rinviene nella individuazione dei presupposti idonei alla emersione della posizione soggettiva meritevole di tutela: non è qualsiasi disfunzione organizzativa della Amministrazione pubblica e dei pubblici servizi che possa dar luogo al controllo giurisdizionale, consentito in via del tutto eccezionale, dal d.lgs n. 198 del 2009; occorre, al contrario, che essa emerga da specifici segmenti, tutti espressamente indicati dalla norma (art. 1, co. 1) e che gli stessi siano strettamente collegati a una determinata funzione o ad un determinato servizio su cui convergono gli interessi omogenei (individuali o collettivi) del promotore dell'azione, la cui individuazione, in concreto, richiede una particolare attenzione dell'interprete (si tratti della parte privata e del suo difensore o del giudice amministrativo investito dell'azione), con riguardo all'ordine delle attribuzioni e delle responsabilità inerenti alla funzione o al servizio debitamente programmati[30].

La strumento di equilibrio è stato rinvenuto nella diffida[31], che – nell'ambito della ordinaria tutela delle posizioni soggettive nei confronti dell'amministrazione pubblica – era ormai divenuta obsoleta (per effetto della riforma apportata dalla l. 14 maggio 2005 n. 80 all'art. 2, l. n. 241 del 1990) ma che, al contrario, è rimasta, con i suoi contenuti significativi e "condizionanti", nella disciplina delle relazioni intersoggettive di diritto civile (senza potersi confondere con la "messa in mora", ma idonea a produrne gli effetti)[32] e nel diritto penale[33].

---

[30] In argomento, il T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. I, n. 4217 del 27 aprile 2020 ove afferma il principio per cui, nel caso che una determinata funzione – ancorché facente capo ad una Autorità centrale - richieda, per la sua operatività a regime, la cooperazione di differenti amministrazioni nei riguardi delle quali l'Autorità centrale anzidetta è priva di poteri coercitivi di alcun genere, è inammissibile, per mancanza dei presupposti, l'azione ex art. 1 d.lgs. n. 198 del 2009, proposta nei confronti della medesima Autorità centrale, per avere essa omesso di adottare le misure coercitive richieste dalla parte ricorrente al fine di far cessare il comportamento inadempiente delle differenti Amministrazioni. Nella specie, era in discussione, fra l'altro, la mancata adozione di misure coercitive da parte del Ministero della giustizia nei confronti delle Amministrazioni pubbliche che hanno omesso di comunicare l'indirizzo PEC per le comunicazioni telematiche degli atti giudiziari e le notificazioni processuali, da inserire nell'apposito elenco istituito presso il Ministero della Giustizia e consultabile tramite apposito Portale, con ciò rendendo inattuabile, a regime, il sistema di informatizzazione contemplato dalla 18 giugno 2009, n. 69 la quale, peraltro., non prevede alcuna misura coercitiva (tanto meno esperibile dal Ministero della Giustizia) nei confronti delle Amministrazioni pubbliche che abbiano omesso di effettuare la prevista comunicazione;

[31] G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo cit.*, p. 264, è dell'idea che la previsione della diffida "*assolve alla preoccupazione del Legislatore di proteggere le amministrazioni e i concessionari del servizio pubblico dall'esposizione indiscriminata al ricorso per l'efficienza*"; mentre, P.M. ZERMAN, *Partenza in salita per la* class action, in *giustizia-amministrativa.it*, 2009, accosta lo strumento adottato dal legislatore alla disciplina del silenzio, anteriormente alla riforma del 2005 della l. n. 241 del 1990;

[32] Art. 1454 c.c.;

[33] Art. 328, comma 2, c.p., nel testo introdotto, con la modifica operata dall' art. 16, l. 26 aprile 1990, n. 86, con la finalità di rafforzare la tutela del soggetto interessato – più che al compimento dell'atto *ex se* (in ordine al quale, l'inerzia potrebbe anche costituire espressione di discrezionalità amministrava) – alla conoscenza delle regioni del comportamento omissivo (in argomento un'interessante sentenza della Cass. pen., Sez. VI., 8 marzo 2018, n. 10595);

ISSN 2036-7821

In termini generali, la diffida è atto "unilaterale" e personale, che richiede capacità di agire, ma ammette, la rappresentanza, non richiede assistenza tecnico-professionale del difensore, trattandosi di atto extragiudiziario. Ciò ne fa uno strumento "insidioso", nella materia di cui si tratta, poiché richiede conoscenza di quali debbano esserne i contenuti essenziali, affinché produca gli effetti ai quali è preordinata, ovvero, nel caso, di aprire la strada al procedimento giurisdizionale.
Nella formula adoperata nell'art. 3 che la prevede, quale impulso del procedimento (non giurisdizionale) che si avvia, per effetto immediato della notificazione, si riscontra qualche elemento di apparente equivocità[34], ma che, invece, anticipa e definisce la portata del *petitum* e della *causa petendi*, oltre che dell'oggetto della futura ed eventuale azione giurisdizionale, nel senso che essa verterà non soltanto sull'accertamento de "*la violazione, l'omissione o l'inadempimento*" delle regole di azione, dei doveri e degli obblighi definiti nell'art. 1, comma 1, ma anche della esistenza del nesso di causalità delle disfunzioni venutesi a determinare nella funzione o nel servizio pubblico, di cui l'intimante è utente-consumatore, nella prospettiva di un adempimento specifico, diretto a porvi rimedio [35].
A questa conclusione si perviene attraverso il coordinamento delle diverse proposizioni, in particolare, relazionando il contenuto dell'ingiunzione – nella parte in cui il diffidante richiede al destinatario di porre rimedio alla lesione – con le operazioni che la norma prevede che siano poste in atto nell'ambito del procedimento previsto all'art. 3, di natura sostanzialmente amministrativa (anche quando si svolge presso il concessionario)[36].

[34] In base all'art. 3, co. 1, 1° periodo, il contenuto della diffida deve consistere nell'ingiunzione "*all'amministrazione o al concessionario ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati*". Di primo acchito, lascia da pensare l'uso dell'espressione "*interessati*" al plurale, in contrapposizione a "*ricorrente*": per dare coerenza a quello che potrebbe apparire uno strafalcione redazionale, vi è da pensare che si sia trattato di un espediente (sebbene inconscio) per definire la posizione dell'individuo rispetto alla generalità degli altri individui che compongono il gruppo, ovvero, anche l'esplicazione della connotazione di "omogeneità" che devono possedere gli interessi individuali che la norma intende tutelare;

[35] L'art. 3, co. 1, 2° periodo, dispone che l'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario (al quale, evidentemente, la notificazione deve essere indirizzata, ma questo è lasciato all'intuito del lettore), una volta ricevuta la notificazione, "*assume senza ritardo le iniziative ritenute opportune, individua il settore in cui si è verificata la violazione, l'omissione o il mancato adempimento di cui all'articolo 1, comma 1, e cura che il dirigente competente provveda a rimuoverne le cause*". La disposizione in parola chiarisce gli interrogativi sorti nella interpretazione del primo periodo dello stesso articolo, avvalorando l'esegesi esposta nella nota che precede, nel senso che gli "*interventi utili alla soddisfazione degli interessati*" propri di tutti e di ciascuno dei componenti del gruppo sono quelli che ineriscono propriamente alla "efficienza *standard*" e non al "risultato" in sé;

[36] La riflessione nasce dal confronto con l'art. 4, co. 1, che indica il contenuto della sentenza. Ciò che è stato detto, sul collegamento del contenuto della diffida, con *petitum*, *causa petendi* e oggetto del successivo (ed ipotetico) procedimento giurisdizionale, evoca il problema della natura giuridica dell'azione per l'efficienza, nella quale, alla stregua di quanto sopra evidenziato, è riconoscibile una domanda di accertamento dichiarativo, accompagnata da una domanda volta ad ottenere un ordine riparatorio della disfunzione che ha dato occasione all'azione, così configurando le connotazioni di un'azione di accertamento e adempimento. Orbene, sull'ammissibilità di tale tipo di azioni, nel processo amministrativo, nacque un acceso dibattito al tempo dell'emanazione del c.p.a., per via della mancata enucleazione, nel testo definitivo, dell'azione di accertamento e

ISSN 2036-7821

Si può sorvolare su qualche imprecisione terminologica (ad es., nell'art. 3, co. 1, l'uso improprio dell'espressione "il ricorrente" per indicare colui che deve essere "autore" della diffida), di cui spesso si avvale il legislatore delegato per chiarire "brevemente" il significato della disposizione (nel caso particolare, l'espressione "ricorrente" sta a significare che autore della diffida dovrà essere il "futuro" ricorrente, ovvero colui che, in base al disposto dell'art. 1, co. 1, è titolare della legittimazione processuale).
Ma delle regole di legittimazione al ricorso, invero, il diffidante dovrà essere al corrente, allorquando redige la diffida. Infatti, sono, logicamente, a monte di tale atto, la corretta individuazione della legittimazione attiva, ma anche dell'amministrazione o struttura alla quale la diffida deve essere indirizzata; l'organo che la "rappresenta", nella sua proiezione esterna ed è legittimato a riceverne la "notificazione"; il luogo della sua domiciliazione (in ragione della funzione) (o la casella di posta elettronica certificata), senza che, al contrario, assuma alcun rilievo la persona fisica investita dell'incarico; la *causa petendi* e *petitum* della futura azione; le modalità della notificazione della diffida; ovvero tutti gli elementi necessari perché la diffida produca l'effetto al quale è preordinata.
Ciò, in quanto la diffida è condizione di ammissibilità dell'azione e gli errori della stessa possono ridondare sul piano processuale[37].
Ma gli scarni elementi contenuti nell'art. 3 del d.lgs. n. 198/2009, sotto la rubrica "Procedimento", dicono ben poco al riguardo e non offrono, neanche mediante rinvio, strumenti di riferimento, quale potrebbe essere, in ipotesi, uno schema redazionale di massima, allegato al testo.

---

di quella di condanna, che poi in realtà, sono state sostanzialmente rinvenute, siccome persistenti, attraverso l'esame delle formule dei dispositivi, disciplinate dal codice. Così, M. CLARICH, *Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo – Azione di annullamento*, in *giustizia-amministativa.it*; A. TRAVI, *Lezioni di diritto amministrativo* cit., p. 295;

[37] In questo senso C. DEODATO-M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A. per efficienza della amministrazione*, Roma, 2010, p. 44 ove è messo in chiaro che deve esservi coincidenza fra gli elementi essenziali della diffida e quelli del ricorso giurisdizionale, non essendo, altrimenti, idonea, la diffida, ad assolvere la funzione alla quale è stata preordinata. Di condizione di ammissibilità del ricorso, con riferimento alla "diffida" (ma ovviamente, analoga definizione può essere adoperata per lo strumento alternativo, contemplato nel co. 3 del medesimo art. 3) parla G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo.* cit., pp. 262 e ss., cercando di sopperire, con proprie argomentazioni, alla mancanza di indicazioni procedurali nel testo normativo. La denominazione (condizione di ammissibilità), cara alla processualistica, evoca il modello "*per formulas*" del diritto romano, nel quale, una fase, davanti al *Praetor*, era volta ad accertare la sussistenza delle "condizioni" per passare alla fase successiva, "*apud Iudicem*", che presupponeva sussistenti le condizioni accertate nella prima fase. Nell'attuale processo e in particolare, in quello amministrativo di cui stiamo trattando, ogni accertamento anche processuale si svolge nel processo, e quello che varia, invece, è l'effetto delle decisioni sulle questioni pregiudiziali, talune rilevabili d'ufficio e altre no; altre ancora idonee a formare "giudicato" se non impugnate, e via dicendo. Tra le tante, si può evidenziare un pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303) che fa una magistrale digressione, sull'argomento (al § 18 della motivazione), con particolare riferimento alla legittimazione attiva, individuando (sia pure in relazione a differente fattispecie) il momento logico della emersione, dall'interesse diffuso, dell'interesse collettivo, con riferimento ad associazione di categoria ed enti esponenziali, al fine del riconoscimento, a questi ultimi, della legittimazione ad agire;

ISSN 2036-7821

In effetti, l'intero contesto sembrerebbe evidenziare che la preoccupazione maggiore del legislatore delegato sia stata di introdurre quante più possibili remore alla (scomoda) interferenza esterna, nel controllo dell'efficienza, voluta dal legislatore delegante, piuttosto che l'accuratezza nel definire l'"azione" *ex se* e i suoi presupposti[38].

La diffida, nel nostro caso, mira a risolvere in sede amministrativa o, comunque, extragiudiziaria[39], le criticità che hanno determinato la diffida e a scongiurare la fase giurisdizionale dando avvio al "*procedimento*", contemplato dall'art. 3 del d. lgs. del quale si tratta, facente capo all'amministrazione o alla struttura del concessionario del servizio pubblico, cui la diffida è indirizzata[40].

Connotazioni proprie di tale procedimento sono:

- l'iniziativa di chi intende promuovere l'azione di cui all'art. 1, co. 1, del decreto, indicato nella norma con l'espressione "*il ricorrente*";
- l'ingiunzione, all'amministrazione competente per la funzione o al concessionario competente per il servizio, "*ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati*";
- la notificazione della diffida[41], di cui la norma indica il destinatario nel titolare dell'organo di vertice "*dell'amministrazione o del concessionario del servizio*" rispettivamente competenti con riferimento alla funzione o al servizio pubblico in cui si è verificata la disfunzione[42];

---

[38] Vi è chi segnala le scarse possibilità applicative della tutela giurisdizionale ipotizzata (G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., p. 266 e s.) e chi osservava che i concessionari di servizi pubblici non avevano ancora provveduto ad aggiornare le proprie carte dei servizi (A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" a una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, in *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2012, p. 217.

[39] Cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona Amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie. (A proposito di "*Class action *all'italiana")*, in *Giustamm.it*, n. 9, 2010, p. 25 ove si osserva che "*evidentemente si legge in queste disposizioni - che frappongono alcuni ostacoli sul cammino che il cittadino deve percorrere per ottenere una pronuncia del giudice a tutela dei suoi interessi - un atteggiamento assai prudente del legislatore verso il rischio di "invadere" la sfera della funzione amministrativa*".

[40] Ne consegue che, il procedimento in parola è riconducibile, per quanto di ragione, nel perimetro di applicazione della l. n. 241 del 1990, e ne segue le regole, per ciò che non è espressamente contemplato nel decreto; con la conseguenza ulteriore che, ove la diffida debba essere rivolta all'organo di vertice del concessionario di un servizio pubblico, questi sarà tenuto al rispetto dei princìpi di cui al comma 1 dell'art. 1 della stessa legge "*con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni*" in forza delle disposizioni di cui alla legge medesima, in applicazione dell'art. 1, co. 1-*ter*, della medesima l. n. 241 del 1990.

[41] Per regola generale, la "notificazione" non è atto del diffidante, ma deve essere da questi richiesta a chi ne ha la competenza in base a legge e che, per l'incombente, assume la funzione di "ufficiale notificatore". Nel testo in esame, dunque, l'espressione "notifica", riferita al "ricorrente" è adoperata in maniera impropria, ma, comunque abbastanza corrente, purché ne sia chiaro il significato, nel senso che la notificazione dovrà avvenire nelle forme e nei modi previsti dalla legge, nelle quali vanno espressamente ricomprese "*le modalità* (informatiche) *di cui all'articolo 48 del decreto legislativo 2005, n. 85*";

[42] Non costituisce elemento della notificazione, ma una regola di azione posta a carico dell'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario ricevente, la comunicazione della diffida notificata al Ministro per la

ISSN 2036-7821

- il termine che deve essere accordato a costoro per porre rimedio alle conseguenze delle omissioni violazioni o inadempienze indicate dal diffidante, che la norma fissa in 90 giorni (su suggerimento della Sezione consultiva del Consiglio di Stato in quanto ritenuto sufficiente e utile perché costoro individuino, a loro volta, l'ufficio o la struttura competenti a porvi rimedio, tramite il dirigente responsabile);
- l'obbligo di fornire tempestiva notizia all'autore della diffida di tutte le iniziative assunte per fare fronte a quanto richiesto nella diffida;
- l'obbligo dei destinatari della diffida di coinvolgere le altre amministrazioni o altri concessionari ai quali eventualmente siano da addebitare le violazioni, omissioni o gli inadempimenti denunciati dal diffidante e di fare comunicazione della diffida, al Ministro della pubblica amministrazione e innovazione[43].

In alternativa, è data all'interessato la possibilità di promuovere – ricorrendone i presupposti – la risoluzione non giurisdizionale della controversia ai sensi dell'articolo 30 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (art. 1, co. 3). Tale modalità, per sua natura, è praticabile soltanto ove si verta in ambito di servizi pubblici, e presuppone che la possibilità di promuoverlo e le relative modalità siano inserite nella carta dei servizi dei "*soggetti pubblici e privati che erogano servizi pubblici o di pubblica utilità*" [44].

In entrambe le ipotesi, l'esito non soddisfacente delle procedure dà la possibilità di promuovere l'azione giudiziaria per l'efficienza, entro il termine perentorio di un anno, che, ove sia stata seguita la via ordinaria, decorre dallo spirare del termine di cui all'art. 3, co. 1, primo periodo, senza che l'amministrazione o il concessionario del pubblico servizio abbia provveduto (o abbia provveduto in modo soltanto parziale) a soddisfare la pretesa del diffidante, mentre, ove sia stata preferita la procedura alternativa, decorre dalla conclusione (non satisfattiva) della procedura medesima.

È la stessa norma che attribuisce il diritto di azione, a definire i criteri di individuazione della titolarità della legittimazione attiva. Essa, dunque, deve essere desunta, direttamente, dall'art. 1, comma 1.

Formalmente, ricorrente è colui che promuove l'azione, anche indipendentemente dalla titolarità della legittimazione attiva, in quanto la qualificazione in parola si riconnette esclusivamente all'esercizio dell'iniziativa processuale.

---

pubblica amministrazione e l'innovazione, con la finalità (non enunciata, ma rinvenibile nel comma 3 dell'art. 48 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, come novellato, anch'esso, dall'art. 33, d. lgs. n. 235 del 2010) di rendere opponibile ai terzi "*la data e l'ora di trasmissione e di ricezione*" del documento informatico, oltre che l'osservanza delle disposizioni relative alla modalità tematica della notificazione.

[43] Per la comunicazione al Ministro della pubblica amministrazione e innovazione, cfr. nota che precede. Quanto al coinvolgimento di altre Amministrazioni o altri concessionari, ciò pone problemi di congruità del termine globalmente fissato in 90 giorni per la conclusione del procedimento preprocessuale;

[44] L'alternatività persegue l'ovvio intento di evitare sovrapposizioni di meccanismi risolutivi stragiudiziali; tuttavia, si osserva, sebbene la funzione assolta finisca con il coincidere, per taluni profili, con la diffida, nessuna analogia può essere fatta fra i due istituti. In argomento C. DEODATO – M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A. per efficienza della amministrazione* cit., p. 45;

ISSN 2036-7821

Ma l'atto formale *ex se*, ancorché è sufficiente a incardinare formalmente il rapporto processuale, non lo è ai fini della "cognizione della causa" da parte del giudice, in quanto si richiede che chi promuove il processo sia anche legittimato a farlo.
Nell'azione per l'efficienza di cui al d.lgs. 198 del 2009, la legittimazione attiva ha un'evidente connotazione individuale, in quanto inerisce a una posizione di diritto sostanziale "propria" del soggetto, sebbene per essere "rilevante", ai fini della tutela giurisdizionale, occorre che l'interesse individuale si connoti in base alle seguenti caratteristiche:

- che, nell'ambito della complessità degli interessi che fanno capo ai partecipanti a una "collettività" di individui, la posizione di interesse (che dà titolo all'azione) sia identificabile, come elemento distintivo, in quanto strettamente correlata a una determinata funzione o a un determinato servizio programmato e finanziato per dare soddisfazione a un certo interesse del gruppo, e, in quanto tale, assurto a interesse pubblico (es. il collegamento telematico con il proprio comune, mediante un canale unico, accessibile attraverso una specifica modalità idonea a garantire la tutela dei dati sensibili);
- che l'interesse individuale, sebbene personale, non sia "egoistico", e che sia "omogeneo" rispetto all'identico interesse di tutti gli individui che del pari, come lui, sono identificabili attraverso il medesimo elemento distintivo; il che, aulicamente, induce la qualificazione dell'interesse, come facente capo al soggetto *uti cives*, così valorizzando l'inclusione del suddetto interesse individuale nel disegno attuativo della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4.

L'art. 1, comma 1, è parco di indicazioni, per cui, gli elementi per disegnare la sussistenza della legittimazione attiva individuale devono essere desunte oltre che dal suo contesto, anche, per successiva approssimazione, dagli elementi desumili dall'intero d.lgs. n. 198 del 2009, dalla legge di delega e in particolare dall'art. 4, co. 2, lett. l), ma anche dal comma 1, di tale articolo, la cui attuazione si evidenzia maggiormente nel d.lgs. n. 150 del 2009[45].

[45] L'espressione "*pars quota*" tratta dal diritto civile, per indicare la posizione dei partecipanti a una comunione, pur essendo, probabilmente quella che meglio rende l'idea di "comunione" dell'interesse individuale rispetto all'interesse collettivo non è molto lontana dall'idea di "*frazione dell'interesse collettivo*" che si rinviene in F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e* class action, in *Federalismi.it*, n. 2, 2009, ma, tuttavia, a parere di chi scrive, non è adeguata ad esprime la nozione di omogeneità, che è rapportabile, invece, alla teoria quantistica, nella quale l'omogeneità, esprime tutt'altro concetto, ovvero, indica l'elemento "comune" attraverso cui è possibile isolare, quantitativamente, tutti gli elementi che possiedono determinate caratteristiche, e si rappresentano, dunque, come "titolari di interessi *omogenei*", all'interno di una unità maggiore. Questo fenomeno rende possibile identificare, in una collettività più ampia, una "entità minore", il "gruppo" o "*class*", al cui interno tutti gli elementi sono "*omogenei*" rispetto a quell'unico elemento preso in considerazione per individuare i contorni (rappresentabili anche geometricamente o graficamente) del gruppo. Si tratta, come è stato già detto, di uno strumento matematico attuariale, alla base delle indagini statistiche, e, in generale delle scienze economiche. Nel d.lgs. in esame, l'attributo "omogeneo" è adoperato nel suo significato tecnico e tipico, proprio

ISSN 2036-7821

Non concorre a integrare la legittimazione la lesione (diretta, attuale e concreta), derivante dall'inosservanza, violazione o inadempimento, di predeterminati doveri, obblighi e oneri, che la legge stessa utilizza come indicatori di un'efficienza *standard* dell'amministrazione, nel condurre a compimento il programma.

Anche la "lesione", deve rapportarsi al "gruppo", in quanto destinatario dell'utilità pubblica che la programmazione e il finanziamento relativi si sono proposti di conseguire, ma il singolo è legittimato non in quanto è partecipe in *pars quota* a tale interesse collettivo, ma perché, il fatto di essere un elemento che ha interessi "omogenei" a quelli di altri soggetti – rispetto a una funzione o un pubblico servizio che il Potere amministrativo ha messo in programma di rendere a una collettività – lo identifica come componente del gruppo ("insieme" o "class") al quale il servizio (in senso lato) si indirizza, così da renderlo, *uti cives,* titolare del potere di iniziativa del controllo indiretto giurisdizionale, finalizzato all'efficienza *standard* richiesta (dalla Pubblica amministrazione – Autorità, ai propri apparati o agli operatori esterni di cui si avvale) per il perseguimento del "risultato".

L'accertamento, in concreto, della "lesione" presuppone instaurato il processo, e appartiene al giudice che "deve" tenere conto dalla idoneità delle risorse strumentali, finanziarie e umane, "*concretamente a disposizione delle parti intimate*" (art. 1, co.1-*bis*) e, tuttavia, con i limiti propri della "*cognizione di legittimità*", atteso che quella estesa al

per indicare "l'ambito di rilevanza degli interessi", la circostanza che "tutti gli elementi individuali che costituiscono il gruppo sono caratterizzati dalla medesima identica posizione di "consumatori o utenti". E allora sotto un profilo logico matematico, ma anche giuridico, appare chiaro che l'espressione frazionaria può essere adoperata per indicare il rapporto fra l'individuo e l'entità numerica del gruppo che lo contiene, ma non l'interesse individuale omogeneo di titolarità che sorregge l'azione, il quale è unitario, fa capo all'individuo, non è frazionato né frazionabile e con tali caratteristiche appartiene a tutti i partecipanti al gruppo. Ciò spiega chi sono i soggetti titolari della legittimazione; e "perché" ricevono tutela, ma anche perché è ammesso un intervento in giudizio autonomo, senza limiti, se non quelli espressamente indicati al comma 3 dell'art. 1. Quanto all'aggancio costituzionale, la tutela del cittadino, come singolo ma anche come componente della collettività in cui esplica la sua personalità (art. 2 Cost.), si ritiene che sia la più adatta a dare copertura costituzionale alla legittimazione di cui al comma 4 dell'art. 1, e a consentire una più accentuata elasticità nella individuazione dei corpi morali legittimati a promuovere l'azione, superando l'indicazione testuale e riduttiva di cui al comma 4, appena citato (v., anche, P. M. ZERMAN, *Partenza in salita per la* class action cit.). Singolare potrebbe apparire l'affermazione di G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit., p. 218, secondo cui "*l'azione per l'efficienza dell'amministrazione e del concessionario di servizi pubblici non sembra presupporre né interessi collettivi né interessi diffusi*", se non fosse che, andando oltre (p. 210) l'Autore chiarisce che "*l'azione per l'efficienza* è [...] *data da una somma di situazioni giuridiche individuali perfettamente divisibili, se pure riferite alla pretesa del risultato dell'attività amministrativa, che è bene della collettività*". E questa sembra, a chi scrive, un'affermazione, fra le più originali, ma anche, fra le più convincenti sul piano logico ricostruttivo dell'istituto, in quanto, a ben vedere né la legge di delega né il decreto delegato prendono in considerazione, come legittimato all'azione, il gruppo-collettività destinatario del servizio, e le stesse formazioni non individuali di cui all'art. 1, co. 4, le quali possono essere legittimate al ricorso, non in quanto *proprie della collettività* destinataria del servizio, ma perché hanno il potere di rappresentanza (anche non esclusivo) degli interessi individuali e omogenei di un determinato gruppo dei propri componenti;

ISSN 2036-7821

merito è stata interpretata come scindibile, per fasi, ed esperibile, pertanto, soltanto nell'eventuale (ma normativamente previsto) giudizio "di ottemperanza"[46].

L'accertamento della legittimazione attiva del ricorrente individuale implica un'operazione relativamente semplice, e analoga considerazione può farsi con riferimento all'eventuale interveniente individuale, stante il tenore dell'art. 1, co. 3, che la prevede[47].

Ciò non toglie che possano insorgere problematiche particolari.

Un esempio, venuto in evidenza – sotto differenti angolazioni – in una recente vicenda riguardante il servizio di mensa scolastica, è quello relativo alla cittadinanza come requisito essenziale per l'emersione dell'interesse al ricorso e dunque della titolarità della legittimazione[48].

---

[46] Nella formulazione dell'art. 1, co. 1-*bis*, l'idoneità delle "*risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimate*", sembra concorrere alla integrazione della nozione stessa di "*lesione*", mentre, nella formulazione dell'art. 4, co. 1, sembra voler incidere sul dispositivo di accoglimento solo limitatamente all'"ordine" che completa il contenuto, secondo la previsione dello stesso articolo 4, co. 1. Parrebbe dunque, che, nelle due proposizioni normative, all'idoneità sia assegnato un ruolo differente: nel primo caso assolverebbe al ruolo di qualificare la "lesione" *ex se*, nel secondo, quello di condizionare il potere ordinatorio del giudice, in vista delle attribuzioni che gli spettano nell'eventuale giudizio di ottemperanza (art. 5). Valorizzandone il primo profilo, vi si potrebbe attribuire il significato e il valore di una esimente, sulla falsa riga del medesimo istituto in campo penale; nel tratto successivo (riguardante il contenuto del dispositivo della sentenza *ex* art. 4, co. 1) la norma sembra piuttosto espressione della preoccupazione del legislatore delegato di non espandere eccessivamente il penetrante potere, spettante al giudice amministrativo, per via del potere sostitutivo che si accompagna alla sua cognizione, nell'art. 5, co. 1, con una "pigra" norma di rinvio, ovviamente formale (dal momento che al tempo, l'interpretazione pretoria della disposizione ivi testualmente indicata era stata assorbita nella sopravvenuta attribuzione formale dei poteri "*di cui all'articolo 27, comma 1, b. 4 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054*", anche con riferimento al giudicato amministrativo). Sul punto T. AJELLO, *Ricorso per l'efficienza ed efficienza del ricorso*, in *Gazzetta amministrativa, Pubblico impiego e responsabilità*, n. 1, 2011, pp. 159 e ss.

A ogni modo, in dottrina si è anche detto che la consistenza delle risorse strumentali inferirebbe solo al giudizio di responsabilità dell'Amministrazione ma non riguarderebbe l'accertamento della lesione. Cfr. C.E. GALLO, *La class-action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, p. 501 e ss.; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, p. 313;

[47] I criteri di determinazione della legittimazione dell'interveniente a norma dell'art. 1, co. 3, coincidono con i criteri fissati per il ricorrente principale. Ma lo strumento litisconsortile ivi previsto, volto a favorire la confluenza, nel giudizio, dell'analogo interesse efficientistico dei soggetti che "*si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente*", introdotto sulla base di puntuale suggerimento del Consiglio di Stato (nel più volte citato parere della Sezione consultiva per gli atti normativi, pronunciato nella seduta del 9 giugno 2009, n. 1943) ha caratteristiche che inducono a ritenere che debba trattarsi, non di un intervento meramente adesivo dipendente, bensì di un intervento autonomo, non vincolato ad altro che all'osservanza dei termini fissati nella medesima disposizione. Sul tema, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 357; ma anche G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit., pp. 276 e ss. in particolare a p. 279, dove, trattando del procedimento applicabile, commenta e critica la sent. TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 20 gennaio 2011 (ivi citata in nota) che, in assenza di una normativa di riferimento, ha ritenuto applicabili le disposizioni in tema di intervento del vigente c.p.a.;

[48] Ma si tratta in realtà di un falso problema in quanto la norma prende in considerazione non il "cittadino" ma l'individuo nella sua posizione di titolare di interesse omogeneo rispetto a quello degli altri partecipanti, nell'ambito di una collettività destinataria di una funzione o di un servizio. Si ricorda, in argomento, l'ormai "storica" sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 6 settembre 2013, n. 8154, che, in ordine alla generalizzata violazione dei termini di conclusione del procedimento di rilascio del permesso di soggiorno di lungo periodo, anche per quanto concerne i familiari a carico, il T.A.R. ha ritenuto legittimati a proporre ricorso cumulativo un

ISSN 2036-7821

Un esempio differente, suggerito dalla casistica, potrebbe essere quello di un servizio idrico di fornitura di acqua potabile che vede in posizione differenziata rispetto alla generalità degli abitanti di un Comune, gli abitanti di un comprensorio residenziale con rete autonoma attingente a un punto di raccolta[49].
Si potrebbero, invero fare tante ulteriori ipotesi, perché le problematiche difficilmente si rappresentano lineari, nella realtà fenomenica[50].
L'analisi, dunque, è sempre da farsi caso per caso, muovendo dalle determinazioni relative alla particolare funzione o servizio, in relazione alla programmazione e agli obiettivi perseguiti, da cui si evince la specificità relativa alla collettività alla quale il servizio deve essere reso o al quale si indirizza la funzione.
A differenti problematiche induce la legittimazione attiva contemplata nell'art. 1, co, 4, in capo a "*associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1*".
Il principio di sussidiarietà orizzontale riferito ai singoli nel co. 4 dell'art. 118 Cost., non è che uno degli aspetti della emersione a livello costituzionale del principio di "solidarietà".
Esso si esprime con vigore in ciò che concerne le garanzie e i diritti inviolabili dell'essere umano, in quanto tale, nella formula contenuta nell'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i "*diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*".
L'attuazione dell'art. 118, co. 4, Cost. si riconosce, nel co. 1 dell'art. 1, con riguardo alla tutela dell'interesse *uti cives* a cooperare nella funzione di controllo dell'"efficienza", nei limiti e alle condizioni previste da tale disposizione.
Il co. 4 dell'art. 1, del d.lgs. n. 198, non ha inteso spostare l'indice di tale riconoscimento in capo alle associazioni e comitati di utenti o consumatori ivi indicati, ma soltanto offrire ai suddetti utenti e consumatori, per così dire, una carta in più da giocare, ovvero di potersi avvalere di un'apposita organizzazione di fattori e mezzi, per la tutela del proprio individuale interesse "omogeneo", *uti cives*,

---

gruppo di cittadini extracomunitari, con riferimento alla denunciata violazione generalizzata dei termini di conclusione del procedimento sull'istanza dei familiari, con esclusione, soltanto, di quanti avevano già visto soddisfatta la loro richiesta o vi avevano rinunciato. Non vi è modo di sapere quale sarebbe stato invece l'orientamento del giudice di appello, poiché il relativo ricorso è stato dichiarato perento con decreto monocratico;

[49] Impostata la causa nel senso di riferirsi ad un servizio dovuto all'intera collettività comunale, il ricorso è stato respinto nel merito, in primo grado, per accertata insussistenza della inadempienza, e il problema della legittimazione attiva dei compartisti non ha avuto modo di emergere in appello, in forza delle dinamiche del giudizio di II grado, conclusosi con l'integrale conferma della sentenza del T.A.R. (v. TAR Toscana, sez. I, n. 712 del 2018, e, in appello, Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2019, n.1517). Si ha però motivo di ritenere che il problema della legittimazione attiva dei ricorrenti in primo grado non sia passata inosservata del tutto, in appello, poiché proprio il Consiglio di Stato, in una parte della motivazione, pur senza emettere al riguardo alcuna decisione, neppure meramente incidentalmente, ha, però, evidenziato l'alterità degli interessi facenti capo ai compartisti, rispetto alla generalità degli abitanti del Comune;

[50] Ricco di esemplificazioni è G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit, pp. 204 e ss.;

ISSN 2036-7821

traendone una maggiore forza, organizzativa, di mezzi e di risorse, senza impingere sulla "individualità" degli interessi tutelati, che, oltre che individuali, devono anche essere omogenei, anche quando si organizzino in modo da poter essere "rappresentati" da un centro unico di imputazione dell'azione[51].

Ciò non fa, dell'organismo associativo, un titolare unitario del medesimo interesse, ma soltanto come si è detto, un "rappresentante unitario" (nel senso di "rappresentanza" speciale adoperata dal c.c.), centro di imputazione "unico" per tutti i titolari degli interessi individuali che vi sono associati, con la possibilità, per costoro, di utilizzare le "economie di scala", così massimizzando l'opportunità di concorrere "*uti cives*", al perseguimento dell'efficienza *standard*, ovvero dell'obiettivo comune ai due decreti delegati attuativi della delega di cui all'art. 4 della l. n. 15 del 2009.

Il processo di "*emersione*", dal "diffuso"[52] non ha nulla a che vedere con la "legittimazione" configurata nel comma 4 del comma 1, perché il meccanismo al quale la norma fa riferimento è desunto dalle disposizioni civilistiche e si correla a ciò che, nel diritto comune, indica il fenomeno in forza del quale più soggetti costituiti in un corpo morale, fanno convergere in un unico centro gli interessi coincidenti, ma propri di ciascuno, per la realizzazione dello scopo comune che diviene "statutariamente" lo scopo che l'associazione è legittimata a perseguire nel loro interesse (c.d. vincolo di scopo, nel caso: la rappresentanza in giudizio).

Le difficoltà che il diritto amministrativo ha incontrato e ancora incontra, nel dare "cittadinanza" ai suddetti corpi morali, circa la legittimazione attiva nell'ambito della tutela di interessi pubblici individuali, ma omogenei all'interno di un gruppo, e "non egoistici", può, in un certo senso, giustapporsi alle difficoltà con cui l'ordinamento giuridico generale è passato, nel campo delle relazioni intersoggettive, dalla teoria della "finzione" (art. 2, c.c. del 1865) al riconoscimento della "soggettività" e dunque della "personalità giuridica" *ex* art. 12, c.c. del 1942 (non più in vigore), via via muovendosi nel senso di annettere rilevanza a centri autonomi di imputazione, complessi e non corrispondenti al "tipo" desumile dal codice civile, in funzione attuativa dell'art. 18. co. 1, Cost.

Ai nostri giorni, recentemente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza del 20 febbraio 2020, n. 6, in funzione nomofilattica, ha enunciato il seguente principio di diritto: "*gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi*

[51] Nella relazione governativa si legge che, in questa materia, non solo non è possibile circoscrivere la legittimazione processuale a un elenco predeterminato di enti esponenziali di interessi collettivi, ma non sarebbe, comunque, opportuno;

[52] Vd. F. PATRONI GRIFFI, Class action *e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni*, ma anche *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e* class action, entrambi citati;

ISSN 2036-7821

legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso"[53].

Nel contesto al quale si riferisce l'art. 1, co. 4, l'indicazione della Plenaria può essere utilizzata, non testualmente, ma in via di successive approssimazioni, a causa del riferimento della definizione a organismi "*legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie*".

Infatti, il comma 4 dell'art. 1 è ben lungi dal riconoscere titolarità di posizione attiva "autonoma" ad associazioni e comitati ivi previste, quale sintesi degli interessi (indifferenziati) degli appartenenti al gruppo.

Nel rapporto processuale del quale si tratta, la sola "proiezione" che conta, come elemento aggregante, è la rappresentanza processuale (non tecnica, ma speciale) in giudizio, di tutti i partecipanti all'associazione, che fanno anche parte del gruppo al quale si indirizza il servizio.

Ciò consente di allargare una tale possibilità anche ad organismi non costituiti *ad hoc*, purché (utilizzando i criteri metagiuridici dell'insiemistica) siano riconoscibili, in ambito associativo, quali "elementi" che sono appartenenti a quel particolare "gruppo" destinatario della funzione e del servizio del quale si tratta, e che, fra gli scopi dell'organismo associativo, vi sia quello della rappresentanza in giudizio di costoro, con riferimento agli interessi di individuale titolarità[54].

La rilevanza del rapporto associativo, ai fini della legittimazione processuale attiva nel processo per l'efficienza, non rinviene, dunque, copertura costituzionale in nient'altro che nell'art. 18 della Costituzione, e, se si vuole, nel principio generalissimo di solidarietà di cui all'art. 2, co. 2 Cost.

Sicché non è l'idoneità dell'aggregato a essere rappresentativo degli interessi della collettività, alla base della legittimazione in parola, ma l'idoneità a "tutelare" anche, l'interesse individuale omogeneo, dei propri associati o di un gruppo di questi, che fa dell'aggregato medesimo il possibile titolare della legittimazione *ex* art. 1, co, 4.

---

[53] Il principio si rinviene al § 9 della citata sentenza;

[54] La norma non specifica se le Associazioni o i Comitati siano quelli dell'art. 139 del Codice del Consumo. Come precisato da V. GASTALDO, *La* class action *amministrativo: uno strumento attualmente poco efficace*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2016, p. 11 "*non sembra essere necessaria l'iscrizione dell'associazione in appositi elenchi, poiché è sufficiente che l'ente tuteli gli interessi collettivi fatti valere in giudizio*". Sul tema degli interessi collettivi, in generale, si rinvia a F.G. SCOCA, *Interessi protetti* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, Roma, 1989; N. TROCKER, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989; M. CRESTI, Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi, Milano, 1992; A. POLICE, La tutela dei consumatori nel processo amministrativo, in *Riv. giur. pubbl. serv.*, 1999. Più di recente, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008; R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008. A proposito della tutela dell'interesse ambientale, vd. M. CALABRÒ, *Il ruolo delle associazioni ambientaliste in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, in *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, F. GIAMPIETRO (a cura di), Milano, 2006, p. 193 ss.;

ISSN 2036-7821

È in ciò, il tratto distintivo, rispetto alla legittimazione cui si riferisce l'indicazione nomofilattica della Plenaria n. 6 del 2020: la legittimazione processuale degli organismi ai quali si riferisce il d.lgs. n. 198 è la proiezione processuale del vincolo di scopo, che è elemento costitutivo del rapporto associativo, se, e in quanto, nel suddetto vincolo di scopo possa anche essere riconosciuta la tutela degli interessi individuali omogenei dei partecipanti o di un gruppo di tali partecipanti; in altri termini, se nell'ambito di tale collettività di cui all'associazione, sia possibile riconoscere una "*class*" o "gruppo" dei cui componenti l'associazione ha, anche, la rappresentanza degli interessi individuali.
Sembra allora che la suggestiva immagine della "emersione" da interessi diffusi, nel caso in esame, sia fuorviante. L'indicazione grammaticale della norma – sulla cui non tassatività convergono le opinioni dei commentatori – consente l'estensione della legittimazione attiva "anche" agli organismi di cui parla l'Adunanza Plenaria n. 6 del 2020, ma ciò sarà possibile soltanto, se e in quanto, sussistano le condizioni messe sopra in evidenza.
Ed è a questo punto che entra in gioco l'ulteriore insegnamento enunciato dalla Plenaria, in forza del quale è "*ultroneo verificare se, in concreto, tutti i singoli* [fra associati enucleabili come titolari di interessi omogenei, nell'ambito della relazione, con riferimento allo scopo] *nessuno escluso, siano stati effettivamente lesi*", il che equivale vale dire che la rappresentanza degli interessi individuali dei soggetti di cui al co. 1, può ritenersi sussistente anche nell'ipotesi nella quale tali soggetti entrino nell'associazione in quanto titolari di differenti interessi "collettivi" non direttamente riconducibile alla "efficienza" della P.A.
Sembra certo, allora, che, per chiarirsi le idee, non possa essere persa di vista la casistica, grande maestra delle molteplici implicazioni che di volta in volta si possono verificare[55].

[55] In questo senso sembrano tuttora, significative talune pronunce giurisdizionali, come:
- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 26 gennaio 2011, n. 552, con la quale è stata ritenuta la legittimazione attiva di CODACONS, in tema di ricorso *ex* d.lgs. n. 198 del 2009, relativo alla mancata adozione del piano generale per l'edilizia scolastica, stante la presenza, fra gli associati, di utenti del servizio scolastico: è proprio in tale pronuncia che rinveniamo applicazione del medesimo principio rinvenuto nella più recente sentenza della Plenaria e cioè che è irrilevante accertare che sussista la lesione effettiva e concreta di tutti gli interessi individuali omogenei, sul tema delle c.d. classi pollaio;
- T.A.R. Basilicata, sez. I, 21 settembre 2011, n. 478 che, nel ricorso avente a oggetto la mancata pubblicazione sulla pagina iniziale del sito *web* della Regione dell'indirizzo di posta elettronica certificata e la mancata adozione di tutti gli atti amministrativi necessari a garantire la fruibilità concreta – da parte degli gli utenti – della comunicazione con la Regione attraverso la posta elettronica certificata, proposto dal partito radicale e da un'associazione avente per statuto la tutela dei diritti digitali, ha ritenuto la legittimazione attiva di tale associazione, negandola nei riguardi del partito politico, in quanto rappresentativo di una classe generale ed eterogenea di interessi e, dunque, non legittimato ad esprimere gli interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei di una determinata classe di utenti o consumatori;
- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 30 luglio 2012, n. 7028, con la quale è stata ritenuta la legittimazione del CODACONS e dalla Società italiana di intervento sulle patologie compulsive, per l'emanazione delle linee

ISSN 2036-7821

Anche i criteri fondamentali per l'individuazione del soggetto passivo del rapporto processuale destinato a instaurarsi per effetto dell'esercizio dell'azione di cui all'art. 1 del d.lgs., n. 198 del 2009, hanno sede nel medesimo articolo 1, comma 5.
Non riguarda i criteri di individuazione della legittimazione passiva, il comma 1-*ter*, ma la delimitazione degli ambiti ordinamentali ai quali non può trovare applicazione la funzione di controllo esterno dell'efficienza, delineata nel d.lgs. n. 198 del 2009. In forza di tale comma, il decreto non si applica a "*le autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative gli altri organi costituzionali nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri*"[56].
È dedicato, invece, alla legittimazione passiva, il comma 2 dove è fissato l'obbligo di dare "immediatamente notizia" del ricorso "*sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati*" e di farne comunicazione "al Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione".
Considerato che la "notizia" sul "sito istituzionale" non è nelle disponibilità del ricorrente, sembrerebbe che il relativo onore non incomba né su costui, né tanto meno sulla Segreteria dell'organo giurisdizionale destinato a prendere cognizione della causa, che verrà a conoscenza del "ricorso" soltanto con l'iscrizione a ruolo.
Non resta, dunque, che il destinatario della notificazione, ma a questo punto, induce a qualche perplessità il fatto che la disposizione del co. 5 – che avrebbe reso meglio individuabile il soggetto onerato dell'incombente – sia stata posposta al co. 2.
Legittimi e immediati contraddittori sono gli enti "*i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le omissioni di cui al comma 1*"; a tali enti il ricorso deve essere notificato (co. 5, 1° periodo);

- questi (gli enti intimati) "*informano immediatamente della proposizione del ricorso il dirigente responsabile di ciascun ufficio coinvolto*" (co. 5, 2° periodo);
- e costui (sempre in base a quanto precisato nel 2° periodo anzidetto) "*può intervenire nel giudizio*";

d'azione per la prevenzione, il contrasto e il recupero di fenomeni di ludopatia conseguente a gioco compulsivo, ai sensi dell'art. 1, comma 70, della l. n. 220 del 2010, nonché per l'avviamento delle misure di cui all'art. 24, comma 23, del d.l. n. 98 del 2011; ed è stato, al contrario, dichiarato inammissibile il ricorso riunito di altre associazioni, per il difetto di legittimazione, in base al riscontro statutario dello scopo perseguito.

[56] Trova inspiegabile tale esclusione, F. PATRONI GRIFFI, nei contributi citati alla nota 52, soprattutto per ciò che riguarda le amministrazioni indipendenti e la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Cfr. anche A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *apertacontrada.it*, 2010 e M. CLARICH, *Uno strumento dai contorni ancora poco chiari che esalta la funzione di supplenza del giudice*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 43 che si mostrano contrari alla esclusione delle Amministrazioni indipendenti poiché la legge delega, all'art. 4, lett. l), prevedeva che l'azione potesse essere esperita nel caso di mancato esercizio di poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori; e, poiché tali attività sono sovente assegnate ad amministrazioni indipendenti, la scelta del legislatore delegato non appare perfettamente rispondete alla legge delega;

ISSN 2036-7821

- *"il giudice, nella prima udienza, se ritiene che le violazioni o le omissioni sono ascrivibili ad enti ulteriori o diversi da quelli intimati, ordina l'integrazione del contraddittorio"* (3° periodo del medesimo co. 5).

La regola principale che se ne può desumere è che la legittimazione passiva si determina – in primo luogo – sulla base della competenza a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni o omissioni del cui accertamento dichiarativo si tratta, il che non esclude in radice che rispetto a un determinato ricorso, i contraddittori necessari siano più di uno, nel caso che omissioni, violazioni e inadempimenti dedotti nel ricorso, siano ascrivibili a amministrazioni o gestioni differenti, nell'incrocio delle competenze e attribuzioni che si rinvengono nella enumerazione di cui al comma 1.

La lettura incrociata del comma 5 dell'art. 1 e dell'art. 3, che disciplina la diffida, individuandone il destinatario, ingenera il sospetto che la stessa diffida possa avere più di un destinatario "necessario", e che il procedimento extra-processuale al quale prelude possa non essere unitario.

Sennonché, accedendo alla interpretazione che, in questo scritto è stata desunta, dalla lettura dell'art. 3 del d.lgs. in esame, ci si avvede che il destinatario della diffida non può che essere unitario, e che dunque, mentre questa deve essere notificata sicuramente all'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario al quale fa capo la funzione o il servizio pubblico – cui spetterà, eventualmente, indicare al privato se "*la violazione, l'omissione o il mancato adempimento sono imputabili altresì ad altre amministrazioni o concessionari*" *ex* art. 3, co. 1 – viceversa il ricorso può avere più di un legittimo e necessario contraddittore.

Ciò può, in teoria, dare adito a una molteplicità di necessari contradditori, se gli addebiti sono più di uno e di differente natura, anche per quanto riguarda i centri di imputazione.

Evenienza che entra nell'ordinario, se si interpreta il comma 3 dell'art. 1, nel senso di autorizzare un intervento autonomo, ma che, in ipotesi, può verificarsi anche sulla base del ricorso principale.

Il legislatore sembra aver voluto evitare che una tale ipotesi possa determinare una pregiudiziale di rito irrisolvibile, e ha previsto che sia lo stesso giudice, di sua iniziativa, a ordinare l'integrazione del contraddittorio (3° periodo del co. 5, art. 1). Ma lo ha fatto con una formula che lascia perplessi anche alla stregua delle regole processuali vigenti – per il giudizio amministrativo – al tempo in cui il decreto è stato emanato[57].

[57] "Nella prima udienza", recita testualmente il comma 5, 3° periodo, per indicare il momento processuale in cui il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio. Lo scostamento, dalle dinamiche processuali del giudizio amministrativo, è plateale, ma le conseguenze di poco conto, poiché si tratta di adattare la disposizione ad una procedura che non prevede udienze di "apertura" del procedimento giurisdizionale, come nel giudizio civile;

ISSN 2036-7821

In riferimento al co. 3, art. 1, non sembra che possano configurarsi controinteressati, ai quali il ricorso debba essere notificato: infatti, colui che versi in posizione corrispondente a quella individuata al comma 1 è, sotto un profilo sostanziale, "cointeressato" e, in ogni caso, il comma 3, come si è avuto modo di precisare, gli riserva la possibilità di un intervento autonomo.

Infine, gli Enti intimati – a mente del 2° periodo del comma 5 – "*informano immediatamente della proposizione del ricorso il dirigente responsabile di ciascun ufficio coinvolto, il quale può intervenire nel giudizio*": la norma ha il ruolo di accrescere la funzione di deterrenza dell'istituto in esame[58]. Non si rinvengono ulteriori chiarimenti procedurali, ma sembra che possa utilizzarsi, al riguardo, la disposizione relativa all'intervento in giudizio del "cointeressato", stavolta, però, con funzione giustificativa della violazione dello standard di qualità[59] e, pertanto, l'intervento sarà adesivo (dipendente) ad *opponendum*[60].

Sembra, invero, che la previsione riguardi (e, invero, possa riguardare) soltanto i dirigenti degli uffici dell'Ente pubblico e non anche, nell'ambito della gestione in concessione, soggetti titolari di autonoma rilevanza (ai fini della legittimazione processuale), tenendo presente che la concessione non dovrebbe avere, in teoria, che un solo centro d'imputazione del rapporto con la pubblica amministrazione e, dunque, anche nei confronti degli utenti-consumatori, legittimati al ricorso. Ciò in quanto l'efficienza, in funzione del risultato, inerisce per sua natura e per l'oggetto, al rapporto corrente fra concessionario e amministrazione concedente, tant'è che sul concessionario in quanto tale si configura, anche, l'assoggettamento al rispetto dei principi di cui al comma 1 dell'art. 1 della l. 241 del 1990, "*con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge*" (art. 1, co. 1-*ter*, l. n. 241 cit.).

Petitum, *causa petendi* e oggetto del giudizio connotano di singolarità l'azione introdotta dal d.lgs. n. 198 del 2009. Ciascuno di tali elementi riceve, infatti, nella logica processuale, una collocazione inusitata.

La *causa petendi* consiste nell'essersi verificata una disfunzione relativa a una funzione o a un servizio pubblico programmato per soddisfare determinati interessi pubblici, riferiti a una collettività, nel cui ambito, il soggetto assume la qualità di

---

[58] A. GIUFFRIDA, *La c.d.* class action *amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in *Giustamm.it*, 2010, p. 25;

[59] Sul punto, F. MARTINES, *L'azione di classe del D.Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?*, in *Giustamm.it*, n. 8, 2010, p. 7, ove osserva che "*L'intervento in giudizio del dirigente mirerà, certamente, alla dimostrazione ed allegazione di tutti quei fatti giustificativi (difficoltà strutturali, carenza di organico, indisponibilità di adeguate risorse finanziarie) che possano indurre il giudice a ritenere inevitabile la violazione dello* standard *di qualità e, per l'effetto, il rigetto del ricorso proposto dal singolo o dall'associazione di categoria*".

[60] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 368. Cfr. anche C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 11, 2011, p. 47 s., S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancate e utilità effettive*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2012, p. 1557 e G. SORICELLI, *Considerazioni sulla* class action *amministrativa nell'amministrazione di risultato*, in *Giustamm.it*, p. 140.

ISSN 2036-7821

utente, allorché sussista una relazione di causalità, rispetto a una o più condotte omissive o commissive, espressamente indicate nell'art. 1, co. 1.
L'oggetto del giudizio[61] si articola, a sua volta:

a) nell'accertamento della sussistenza di una di tali evenienze:
   - la mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento;
   - la violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi;
   - la violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di *performance* contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150;

b) l'esistenza di un nesso di causalità, fra l'evenienza e la disfunzione.

Cosicché il *petitum* – sufficientemente determinato nel contenuto minimo dell'azione e della finalità[62] – non consiste nella domanda di accertamento meramente dichiarativo della sussistenza della specifica condotta commissiva o omissiva, essendovi incluso l'accertamento dell'obbligo di porvi rimedio, come è evidente dall'assoggettamento della relativa pronuncia giurisdizionale al limite indefettibile "*delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica*", tanto è che, poi, in numerose sentenze, l'espressione verbale, preferibilmente adoperata nei dispositivi delle sentenze di accoglimento è "*condanna*", in questo senso interpretandosi la volontà normativa, indipendentemente dall'espressione verbale adoperata nell'art. 4, co, 1.

4. La sentenza di accoglimento e la clausola di invarianza finanziaria.

La sentenza di accoglimento dell'azione contemplata nell'art. 4, co. 1, del d.lgs. n. 198 del 2009 "*accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento di cui all'articolo 1, comma 1, ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*".
La definizione normativa si colloca all'interno di un articolo che, formalmente, nei commi dal 2 al 4, indica modalità di trasmissione, a fini notiziali, della sentenza che definisce il giudizio: quanto al comma 2 dell'art. 4, indipendentemente dall'esito, di rito o di merito, di accoglimento o rigetto; mentre, nei commi 3 e 4, soltanto della

[61] V. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1° luglio 2016, n. 6433;

[62] Cfr. sul punto D. GIULIANI, *La c.d.* Class action *pubblica: una tutela potenziale*, in *Corr. merito*, 2013, p. 61 e ss. Inoltre, laddove con il medesimo ricorso siano individuate una pluralità di situazioni in cui sia rinvenuta una inefficienza dell'esercizio di una funzione o nell'erogazione di un servizio, dovrà essere ben identificabile l'atto generale da emettere (cfr. T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 25 ottobre 2013, n. 672);

ISSN 2036-7821

sentenza di accoglimento nel merito, una volta che sia passata in giudicato e per finalità che eccedono quella notiziale.

Sotto un profilo burocratico, la comunicazione sembra riconducibile ai compiti delle Segreterie del giudice amministrativo, di cui, al massimo deve essere data indicazione, in sentenza, con l'usuale formula "manda alla Segreteria" seguita dall'incombente che dovrà essere posto in atto[63].

Per i profili sostanziali, peraltro, mentre la disposizione contenuta nel comma 2 assolve una funzione meramente notiziale, allorché si tratti di una sentenza di accoglimento, viceversa, la comunicazione della pronuncia, dopo il passaggio in giudicato, è caratterizzata della funzione di strumento di controllo esterno, nel circuito istruttorio finalizzato ad assicurare, attraverso il controllo dinamico delle prestazioni e degli adempimenti relativi a singole funzioni e servizi pubblici (anche in vista dell'adozione tempestiva delle necessarie misure riparatorie o sanzionatorie), l'efficienza *standard* necessaria al conseguimento del "risultato".

La comunicazione, infatti, dovrà essere effettuata:

a) "*agli organismi con funzione di regolazione e di controllo preposti al settore interessato, alla Commissione e all'Organismo di cui agli articoli 13 e 14 del decreto legislativo 17 ottobre 2019 n. 150, alla procura regionale della Corte dei conti per i casi in cui emergono profili di responsabilità erariale, nonché agli organi preposti all'avvio del giudizio disciplinare e a quelli deputati alla valutazione dei dirigenti coinvolti, per l'eventuale adozione dei provvedimenti di rispettiva competenza*" ove la sentenza di accoglimento sia stata pronunciata nei confronti di una pubblica amministrazione (co. 3);
b) "*all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina*", nel caso che la sentenza di accoglimento sia pronunciata nei confronti di un concessionario di pubblico servizio.

Emerge, così, la funzione (per così dire) accessoria, della tutela accordata agli interessi individuali omogenei di cui all'art. 1, co. 1, quale "mezzo al fine" del

[63] Scarno d'indicazioni, il d.lgs. n. 198 del 2001 non fornice alcuna indicazione sull'ufficio a cui spetta, materialmente, di curare le comunicazioni di cui si tratta. Ragionevolmente, del ricorso notificato (art. 1, co. 2) sarà il destinatario, tramite i suoi uffici, a dovere curare la diffusione "immediata" della notizia. Al contrario, quanto alla sentenza che definisce il giudizio, e fra queste, la sentenza di accoglimento, una volta passata in cosa giudicata, la comunicazione parrebbe compito degli Uffici di Segreteria del giudice amministrativo. Prassi vorrebbe che la stessa sentenza ne contenesse l'indicazione. Ma nelle più recenti pronunce, di primo e secondo grado, non ve ne è traccia. Tanto per citarne qualcuna, fra le più recenti: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, n. 4217 del 2020, nulla dice al riguardo; altrettanto dicasi della sent. n. 2524 del 2020 del medesimo T.A.R, Sez. III-*quater*, che pur tuttavia, in ambito differente, contiene il seguente avvertimento: "*manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute del ricorrente*"; non si rinviene alcuna indicazione nelle sentenze Cons. Stato, Sez. V, n. 1517 del 2019 e Sez. IV, n. 4539 del 2017. In una delle più remote in materia, invece (T.A.R. Sicilia, Palermo, n. 559 del 2012, si trova la formula "*Dispone che, ove la presente pronuncia passi in giudicato, la stessa sia oggetto di comunicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 4 del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198 ai destinatari e secondo le modalità che saranno specificate dall'odierno estensore a ciò delegato dal collegio*".

ISSN 2036-7821

perseguimento di un disegno unitario, espresso nella delega di cui all'art. 4 della l. n. 15 del 2009, al quale il legislatore delegato ha dato attuazione, con l'emanazione di due distinti decreti legislativi, unitariamente destinati alla realizzazione di un medesimo obiettivo[64].

E, però, a questo punto della trattazione, la sentenza di accoglimento interessa in sé, per confrontarne il dispositivo con il tracciato che l'art. 34 del codice del processo amministrativo fa dei dispositivi di accoglimento, relazionati alle tipologie di "azioni giurisdizionali" ammesse dalla disciplina codicistica, onde individuare elementi di raccordo con l'azione per l'efficienza, rimasta fuori dal circuito del c.p.a., pur dopo il correttivo di cui all'art. 1, d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160. che ha aggiunto un periodo al testo originario del comma 1, lett. c), del seguente tenore: "*l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio*"[65].

Ciascuna tipologia di "dispositivo" che soddisfa il *petitum* (art. 34, cp.a.), nel merito, può essere interpretato, compiutamente, soltanto relazionandovi, immediatamente, il tipo di azione giurisdizionale in cui si inserisce la pretesa sostanziale coronata di successo.

Ed è in questa circolarità del procedimento esegetico che si chiarisce il "*quantum*" e il "*quomodo*" della tutela che l'ordinamento giuridico ha inteso dare all'interesse individuale, rispetto alla "funzione" amministrativa (cui si riconnette la prestazione del "servizio" alla collettività determinata, o "gruppo", o "class")[66].

---

[64] Com'è stato ricordato nelle prime pagine di questo scritto, la funzione concorrente dell'azione per l'efficienza, quale "*strumento di pressione sugli apparati pubblici per garantire l'efficienza del procedimento di produzione del servizio*" era stata espressamente riconosciuta ed evidenziata nel più volte citato parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 9 giugno 2009, n. 1943, facendone uno degli elementi qualificanti, anche ai fini della compatibilità costituzionale del nuovo istituto. Ivi il Consiglio di Stato parla chiaramente di "*tutela in forma specifica*", trattandosi, dunque, di un'azione di accertamento mista a condanna a un *facere* specifico. In dottrina, sui poteri cognitori del g.a., si rinvia ad A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000 e, da ultimo, alle riflessioni di A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G. A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, pp. 61 e ss.

V'è chi, in relazione a tale azione, ha osservato che potrebbe essere il sintomo di un'evoluzione verso un'azione di esatto adempimento, anche considerato che l'azione di risarcimento è esclusa dal d.lgs. n. 198 del 2009. Cfr. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012;

[65] Diversamente dall'azione per l'efficienza, la c.d. *class action* "privata" (richiamata nel comma 1 dell'art. 2, d.lgs. n. 198/2009 mediante l'indicazione delle norme che la prevedevano e disciplinavano al tempo, ovvero, gli articoli "*139, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206*") è ora inserita nel sistema della giustizia civilistica – per effetto della l. 12 aprile 2019, n. 31 – del libro quarto del codice di procedura civile, nel quale hanno trovato posto i nuovi articoli, dall'art. 840-*bis* c.p.c., all'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., che ora disciplinano l'azione. Con la medesima legge (art. 5) sono stati abrogati gli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo cit.;

[66] G. CORSO, *Art. 34. Sentenze di merito*, in *Il processo amministrativo, Commentario al D. lgs. 104 del 2010*, A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), Milano, 2011., pp. 335 e s.;

ISSN 2036-7821

È la domanda di giustizia, che può essere rivolta al giudice, che qualifica l'azione ed è l'azione a determinare il contenuto della sentenza di merito che l'accoglie; però, ciò su cui deve indagare, è "quale domanda" può essere rivolta al giudice amministrativo (nel nostro caso, allorché, la pretesa si colleghi, in funzione reattiva, all'esercizio di una pubblica funzione).
Ciò, in quanto, in linea generale, è attraverso questo tipo d'indagine che può essere percepita, nei suoi contenuti e nei suoi limiti, la rilevanza che l'ordinamento giuridico (diritto oggettivo) ha inteso dare agli interessi individuali.
Nell'azione per l'efficacia nella pubblica amministrazione, si rinvengono profili che non trovano immediato riscontro negli schemi desumibili dal c.p.a. È vero che il codice del processo amministrativo non era stato ancora adottato, all'atto della emanazione del d.lgs. n. 198 del 2009, ma guardando agli eventi che hanno preceduto l'emanazione del testo definitivo del c.p.a, (il d.lgs. n. 104 del 2010) deve escludersi che la mancata addizione successiva di tale azione, sia stata una delle solite sviste del legislatore, in quanto, l'accertamento dichiarativo (di cui si riconoscono i connotati, sia nell'azione di cui all'art. 1, co. 1 del d.lgs. del 2009 sia nel dispositivo della sentenza di merito che vi dà soddisfazione), unitamente a quella di adempimento (che trova corrispondenza nel dispositivo disegnato nell'art. 4, co. 1, del d.lgs. n. 198 del 2009, ma non nel costrutto logico della domanda, di cui all'art. 1, co. 1), non sono state poi enucleate, con consapevole volontà, dal testo definitivo del Nuovo codice del processo amministrativo varato con il d.lgs. n. 104 del 2010, malgrado fossero ricomprese nella delega legislativa[67] e nel testo elaborato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato[68].
Come si è visto, il correttivo di cui all'art. 1, lett. e), d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160 ha modificato l'originaria lett. c) del comma 1 dell'art. 34. Ma la postilla evidenzia e circoscrive la possibilità di avanzare una domanda di adempimento, al giudice amministrativo e, d'altra parte, il dispositivo di sentenza disciplinato dall'art. 4, co. 1, d. lgs. n. 198 del 2009 non reca nessun indizio dal quale possa desumersi che l'espressione "ordina", adoperata nella norma, intenda significare "condanna".
La conclusione è, in buona sostanza, che la c.d. *class action* pubblica, si discosta, per sua natura, dallo schema, non soltanto del giudizio impugnatorio[69] , ma anche di

[67] La delega in parola era contenuta nell'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69;
[68] Si legge, nella Relazione al Codice, che il Governo ebbe a ritenere "*di non esercitare, allo stato, in parte qua tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste dal Capo II*". Osserva al riguardo M. CLARICH, *Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo* cit., che invero l'uno e l'altro tipo di azione venivano a rappresentare "*con tutta probabilità, una delle innovazioni di maggior rilievo, sia sotto il profilo teorico sia sotto il profilo pratico, dell'intero corpo normativo*";
[69] L'azione si configura come "di accertamento con finalità propulsive". In termini: T.A.R. Sicilia, Sez. III, 14 marzo 2012, n. 559, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*ter*, 16 settembre, 2013, n. 8388. ordine Così anche per V. GASTALDO, *La* Class action *amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace* cit., p. 29, secondo cui l'ordine "*avrà portata propulsiva rispetto alla violazione di termini o alla mancata adozione di atti amministrativi generali*

ISSN 2036-7821

tutte le altre tipologie di tutela ipotizzate nel c.p.a. che, tuttavia, possono essere utilizzate, come in effetti lo sonno state, fino ad ora, nei limiti in cui ciò è compatibile con l'obiettivo finale che qualifica l'azione, quale mezzo di tutela dell'interesse individuale omogeneo all'efficienza standard degli operatori pubblici e privati, in relazione a una determinata funzione o a un determinato servizio pubblico.

Vi è, dunque, contraddizione in termini, nel ritenere che gli interessi individuali omogenei destinati ad assumere rilevanza ai fini dell'azione della quale si tratta, possano essere ricondotti nella medesima categoria d'interessi alla cui tutela sono indirizzate le azioni in giudizio espressamente disciplinate dal codice di procedura amministrativa[70].

Ma questo non sta a significare né che il sistema della giustizia amministrativa non sia di per sé idoneo alla tutela che l'ordinamento si è determinato ad offrire all'interesse individuale omogeno, come disegnato dal d.lgs. n. 198 del 2009, né che questo sia estraneo all'ambito di attribuzioni giurisdizionali che la Costituzione ha fissato per il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa (art. 103 Cost.)[71].

E infatti, la richiamata posizione *uti cives*, non è priva di un "giudice" naturale, una volta che l'ordinamento l'ha individuata, alla stregua di posizione propria della persona (ed anzi, di ciascuna persona, all'interno del gruppo destinatario di una determinata funzione o di uno specifico servizio pubblico); si tratta di vedere – ma se ne parlerà oltre – se tale giudice sia stato correttamente individuato, dal legislatore, nell'ambito del riparto della giurisdizione fra le varie branche della magistratura (quella "ordinaria" *strictu sensu*, nella sua articolazione, in civile e penale a norma dell'art. 101, Cost.; quella amministrativa, *ex* art. 103, co.1; e quella contabile, *ex* art. 103, co 2).

---

obbligatori, oppure contenuto correttivo e riparatorio (o ripristinatorio) nel caso in cui vengano accertate disfunzioni o disservizi per violazione delle Carte dei servizi o degli standard qualitativi ed economici";

[70] In una delle prime sentenza sulla materia, il T.A.R. Lazio (Roma, Sez. II, 30 luglio 2012, n. 7028, nel caso c,d. "ludopatia") ha affermato espressamente che "class action" costituisce uno strumento di tutela "*aggiuntivo*" rispetto a quelli previsti dal codice del processo;

[71] Corretta la considerazione di A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici* cit., secondo cui, la mancata previsione, nel nuovo Codice del processo amministrativo fu dovuto alla mancanza di coordinamento delle due leggi di delega, rispettivamente la l. n. 69/2009 il cui art. 4 conferì la delega per la redazione del codice, e la l. n. 15 del 2009, in attuazione della quale sono stati emanati i decreti legislativi n. 150 e 198 del 2009. Sulla "elasticità" del Codice del processo amministrativo, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azioni di adempimento nel processo amministrativo*, in *G.d.A.*, n. 11, 2010, pp. 1121 e ss, e, più di recente, fra i molti, R. VILLATA, *Processo Amministrativo, Pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2, 2021, pp. 369 e ss. e F. G. SCOCA, *Il processo amministrativo, ieri, oggi e domani*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, pp. 1097 e ss. Da ricordare, anche, in argomento. F. PATRONI GRIFFI, Class action *e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, dove, molto efficacemente, l'attuale Presidente del Consiglio di Stato tratteggia la correlazione fra le forme di tutela dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri e l'assetto giuridico istituzionale dei poteri pubblici, "*quale è concretamente e positivamente dato*";

ISSN 2036-7821

Infine, in relazione alla sentenza di accoglimento, deve evidenziarsi che – una volta accertato che il cittadino ha titolo al corretto svolgimento della funzione – l'Amministrazione non possa ulteriormente valutare la richiesta di rispristino. Ossia, l'ordine del giudice amministrativo avrà natura conformativa dell'azione della P.A., quest'ultima onerata nel dar corso al corretto svolgimento della funzione o alla corretta erogazione del servizio[72].

Tuttavia, il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione, né stabilire i modelli comportamentali da osservare, poiché sotto tale profilo la P.A. mantiene l'autonomia politica e amministrativa che non è sindacabile dal g.a. Spetterà, dunque, al soggetto condannato individuare i provvedimenti più opportuni per rimuovere l'inefficienza e per riorganizzare il servizio[73].

Procedendo, nell'analisi della sentenza di accoglimento del ricorso di cui all'art. 1, co. 1, altri due elementi la caratterizzano rispetto ai dispositivi delle sentenze disciplinati dal codice del processo amministrativo: il limite dell'adeguatezza delle risorse e la clausola c.d. di invarianza finanziaria.

Nessuno dei due elementi è estraneo all'obiettivo perseguito globalmente dalla legge di delega ed enunciato anche in apertura del d. lgs. n. 198 del 2009, ovvero di "*ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*".

Nell'ambito di tale obiettivo – di cui sostanzialmente, "l'azione in giudizio" è lo strumento con cui si materializza l'iniziativa individuale che provoca il controllo esterno del giudice amministrativo, in attuazione della sussidiarietà orizzontale cui si riferisce l'art. 118 Cost. – la "idoneità delle risorse", dapprima come parametro dell'esistenza stessa della lesione individuale (art. 1, co. 1-*bis*) e, successivamente, come limite del dovere di ottemperare all'ordine contenuto nella sentenza definitiva (art. 4, co. 1 e art. 8), non ingenererebbe alcuno stupore, se non fosse per la sua anomalia, rispetto ai dispositivi contemplati nell'art. 34 del codice del processo amministrativo[74].

---

[72] Cfr. G. SORICELLI, *Considerazioni sulla* class action *amministrativa nell'amministrazione di risultato*, in *Giustamm.it*, 2010;

[73] Sul punto A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici* cit., secondo cui "*il giudice, se accerta la violazione ordina alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio, lasciando intatta la discrezionalità dell'amministrazione e l'autonomia del concessionario circa la individuazione delle misure più idonee*". In ogni caso, non sarebbe astrattamente esclusa la nomina del commissario ad acta, in applicazione della regola generale dettata dall'art. 34, lett. e), c.p.a. Cfr. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo* cit., p. 297;

[74] In dottrina, c'è chi ha visto, nel "vincolo" delle risorse (non previsto nello schema originario del decreto delegato) il momento logico della trasformazione dell'azione data al titolare di interessi individuali omogenei, da azione "*finalizzata, nell'interesse del ricorrente, all'efficacia dell'azione amministrativa, in un'azione per l'efficienza*". In questo senso, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., p. 321. A. TRAVI, *Lezioni di diritto amministrativo* cit., p. 241, preferisce porre l'accento sulla preoccupazione del legislatore delegato di non aggravare la spesa pubblica (elemento comune alla mancata previsione dell'azione di adempimento nel nuovo codice del processo amministrativo). La giurisprudenza si è limitata a evidenziarne la portata limitativa dei poteri decisori (a partire da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 30 luglio 2012, n. 7028). V. GASTALDO, *La* Class action

ISSN 2036-7821

Può ritenersi di ordine pubblico il principio sintetizzato nel brocardo "*ad impossibilia nemo tenetur*"[75], sicché non è illogica né incongrua, la natura esimente riconosciuta nell'art. 1, co. 1-*bis*, ai fini della valutazione della lesione, né è irrazionale il limite apposto in via preventiva al dovere di ottemperanza.

Il vero problema è di sapere a chi spetti il giudizio di idoneità e, posto che spetti al giudice amministrativo, come tale potere si inquadri, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ma non estesa al merito, che gli è attribuita, sia in tema di valutazione della lesione, sia più in generale, nella decisione di cui è espressione la sentenza di cui all'art. 4, co. 1[76].

Non è estraneo neppure agli obiettivi che si propone la legge di delega, la clausola di invarianza, che è però, anch'essa, del tutto insolita, oltre che anomala, come limite preventivo del potere "ordinatorio" del giudice amministrativo, espresso nel dispositivo della sentenza definitiva di accoglimento "nel merito".

Con ogni probabilità, la difficoltà di inquadrare la tutela dell'interesse individuale omogeneo, nel sistema di tutela delle posizioni personali nei confronti della pubblica amministrazione, ha fatto perdere di vista la necessità di inquadrare anche l'eccezionale potere giurisdizionale di calarsi nel "controllo", sia pure "esterno" dell'efficienza, in rapporto ai vincoli di natura finanziaria, anch'essi disciplinati per legge, che incombono sulla funzione amministrativa e che rinvengono, nella programmazione e nella assegnazione effettiva, la dimensione finanziaria alla quale è condizionata l'attuazione di un determinato programma.

Vigente il vecchio testo dell'art. 81 della Costituzione, l'onere di copertura finanziaria, espresso con l'apposizione della clausola di invarianza finanziaria in talune leggi concernenti assetti organizzativi della pubblica amministrazione, in forza della elasticità che la stessa norma costituzionale consentiva nell'ambito della programmazione degli interventi, aveva dato luogo a gravi inconvenienti, ma già nel dicembre dello stesso anno 2009, a dieci giorni di distanza dal d.lgs. n. 198 del 2009, pubblicato nella G.U. del 31 dicembre successivo, è stata promulgata la l. 31 dicembre 2009, n. 196, pubblicata lo stesso giorno.

In tale legge è contenuta una normativa stringente e vincolante per le Amministrazioni pubbliche e sono stati introdotti strumenti tecnici e normativi volti

---

amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace cit., pp. 30 e ss., pone in rilievo l'incidenza delle disposizioni (contenute nell'art. 1, co. 1-bis e dell'art. 4, co.1) sull'attuale scarsa efficacia dello strumento, in quanto entrambi (l'inidoneità delle risorse e la clausola di invarianza) costituiscono strumenti facilmente utilizzabili per sottrarsi a pronunce di accoglimento scomode;

[75] Cfr. M.L. MADDALENA, *La* class action *pubblica*, *Rassegna monotematica di giurisprudenza*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2013, p. 4 e, in particolare, in giurisprudenza si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 17 febbraio 2014, n. 1872;

[76] F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta* class action *amministrativa* cit., pp. 24 e ss. Infatti, come osservato in giurisprudenza, il giudice non può certo sostituirsi all'Amministrazione nell'individuare le scelte organizzative e gestionali. È esclusa la possibilità di poter dettare indicazioni specifiche, salvo non si tratti dell'ordine di adottare atti generali. Cfr. T.A.R. Lazio, sez. II-*quater*, 6 settembre 2013, n. 8154;

ISSN 2036-7821

a evitare aspettative e diritti soggettivi, confliggenti con i vincoli finanziari ivi previsti.

Nel citato contesto, ragionevolmente è stato previsto l'inserimento della clausola anche nel contenuto di una pronuncia giurisdizionale che, altrimenti, avrebbe rischiato di entrare di peso nei vincoli finanziari dell'amministrazione, sebbene non destinata a risolvere conflitti di natura egoistica, in puntuali rapporti con le Amministrazioni pubbliche, ma soltanto a rendere concreto lo straordinario coinvolgimento nel perseguimento della efficienza *standard*, nella attuazione di incombenti inerenti a una determinata funzione o servizio pubblico[77].

A dieci anni dalla emanazione del decreto legislativo in esame, occorre rilevare che, la riforma, nel 2012, dell'art. 81 della Costituzione, ha dato una vera e propria sferzata ai vincoli non soltanto programmatici ma anche finanziari delle pubbliche Amministrazione, imponendo loro di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito,[78].

I primi commentatori del d.lgs. n. 198 del 2009, non potevano tenere conto di questa sopravvenuta svolta dei principi costituzionali relativi al bilancio dello Stato né della introduzione del principio del pareggio; quelli successivi hanno preferito concentrare la propria attenzione sugli aspetti "infrenanti" della clausola di chiusura, così come in tale ottica è stato da taluni considerato il requisito di "idoneità" delle risorse, ridondante nella duplice configurazione dell'art. 1, co 1-*bis*, come elemento di qualificazione della lesione degli interessi individuali (alla stregua di "esimente") e nel dispositivo della sentenza di accoglimento, come limite dell'onere di adeguamento all'ordine contenuto in sentenza[79].

---

[77] Si rivela allora corretta la considerazione di A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit. p. 214, secondo cui, l'inserimento della clausola di salvaguardia nella sentenza che decide, accogliendolo, sul ricorso di cui si tratta, si inserirebbe nella medesima esigenza di prevenire aggravi della finanza pubblica, che sarebbe alla base della mancata previsione dell'azione di adempimento nel codice del processo amministrativo, malgrado l'originaria previsione nello schema approvato dalla apposita Commissione De Lise. Ma l'Autore sembra non tenere nella debita considerazione il differente ambito di interessi, disciplinato e preso in considerazione, almeno al tempo, dal codice del processo. Pertinenti appaiono le considerazioni di G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit., pp. 321 e ss. intese a considerare ricomprese in unico disegno, sia la rilevanza del limite delle risorse, sia la clausola di invarianza, con la finalità di non aggravare il *budget* di cui l'Amministrazione dispone. Meno convincente A, SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, cit., secondo cui l'art. 1, co. 1-bis, si inserirebbe "*nella disciplina dell'interesse a ricorre*" con l'intento di limitarne i contorni. In generale sulle criticità di tale strumento giudiziale si rinvia a G. IACOVONE, *La class action tra efficienza amministrativa ed effettività processuale. Spunti critici*, in F. ASTONE-M. CALDARERA - F. MAGNANARO - F. SAITTA - N. SAITTA - A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, vol. II, pp. 1587 e ss.;

[78] La legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, ha introdotto il principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale;

[79] C. TUBERTINI, *La prima applicazione della "*class action *amministrativa"*, in *G.d.A.*, 2011, pp. 862 e ss. osserva come il limite delle risorse finanziarie riacquisterebbe vigore in sede di ottemperanza, in caso di dimostrata impossibilità di dare esecuzione alla pronuncia del g.a., a fronte della provata insufficienza delle risorse a disposizione;

ISSN 2036-7821

5. La giurisdizione del giudice amministrativo e l'individuazione del foro competente.

Dopo quanto si è detto non vi è ragione di dubitare né che il giudice amministrativo sia giudice naturale degli interessi individuali omogenei tutelati a norma dell'art. 1, co. 1, d.lg. n. 198 del 2009, né che il legislatore nazionale abbia fatto corretto uso della discrezionalità attribuita dall'art. 103 Cost. entro i limiti desumibili dalla stessa norma costituzionale, nell'attribuire, al giudice amministrativo, giurisdizione esclusiva, nell'ambito della tutela dello specifico interesse all'efficienza.

A parte la considerazione che lo schema originario di decreto è stato, per tali profili, esaminato dalla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato[80], con implicito avallo in ordine alla mancanza di dubbi di legittimità costituzionale della norma che assegna l'azione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, da tempo, ormai, il giudice delle leggi ha indicato principi e criteri per l'esercizio corretto del potere legislativo di estendere la tutela a diritti soggettivi, secondo quanto eccezionalmente consentito dallo stesso art. 103 Cost., desumibili dal coordinamento di quanto affermato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze nn. 204/2004 e n. 191/2006, con le quali la Corte medesima è intervenuta, rispettivamente, sugli ormai superati artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80/1998 (con la prima delle sentenze) e sull'art. 53, co. 1, D.P.R. n. 327/2001 (con la seconda)[81].

---

[80] Cfr. il più volte citato parere, dell'Adunanza del 9 giugno 2009, n. 1943, in apertura del "Considerato" § 1 e oltre nel § 2, là dove la Sezione consultiva, pone in relazione "*la situazione giuridica rilevante*" con la tipologia di tutela accordata, inserita propriamente nell'ambito della "giustizia amministrativa". È irrilevante, in questa correlazione, l'aggancio alla nozione di "interesse" diffuso (in questo scritto più volte messa in discussione) essendo piuttosto incontrovertibile, quanto sottolineato dalla Sezione, in ordine al puntuale collegamento fra interesse tutelato e potere, rispetto al quale è destinato a risolversi il conflitto in sede giurisdizionale. Anche se l'ipotesi originaria sulla quale è intervenuto il parere si confronta su uno schema che, pedissequamente, riconosceva al giudice amministrativo giurisdizione anche "di merito", come indicato nella delega, poi estromessa dal testo definitivo, nulla cambia, per quanto concerne l'avallo implicito dato dall'organo consultivo alla individuazione del giudice titolare della giurisdizione, autorevole, anche se non dirimente in sé, perché l'ultima parola al riguardo appartiene alla Corte costituzionale, davanti alla quale non risulta tuttavia che sia mai stata posta la questione;

[81] Dalle due sentenze della Corte sopra citate può infatti desumersi che non è l'interesse pubblico in sé, né la materia su cui verte l'azione, ciò che fa del giudice amministrativo il giudice naturale della posizione giuridica lesa, ma, in via ordinaria, la natura di tale posizione soggettiva, in rapporto al potere autoritativo dell'Amministrazione pubblica e ai limiti costituzionali ai quali soggiace la discrezionalità; ma anche, in via eccezionale e in base a espressa previsione di legge (e in forza dei poteri attribuiti al legislatore dallo stesso art. 103 Cost.), la posizione di diritto soggettivo nel caso in cui la lesione si esplichi attraverso "comportamenti collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere (c.d. comportamenti amministrativi). Sul tema la letteratura è amplissima. Tra i primi commenti alle pronunce costituzionali citate si veda: sulla sent. n. 204/2004, F.G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2181 e ss.; sulla sent. n. 191/2006, G. GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 1945 e ss. In merito cfr. anche A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 978 e ss.;

ISSN 2036-7821

I suddetti criteri sembra che siano stati osservati nel decreto legislativo in esame, che attribuisce l'azione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 1, co. 7), espressamente escludendo da tale ambito di applicazione, "*il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti di cui al comma 1; a tal fine, restano fermi i rimedi ordinari*" (art. 1, co. 6)[82].

La scelta, dunque, è stata nel senso di ricondurre tale azione alla giurisdizione esclusiva e non di merito del giudice amministrativo[83], nonostante la legge delega all'art. 4, co. 2, lett. l), n. 2 estendesse la cognizione al merito e il successivo n. 4 prevedesse l'ordine del g.a. all'amministrazione o al concessionario di "*porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti*"[84].

Il g.a., dunque, non può sostituirsi all'amministrazione o al concessionario nella individuazione delle misure concrete da adottare, dovendosi limitare a verificare che la scelta iniziale dell'amministrazione (il risultato programmato) sia stata

[82] L'esclusine delle eventuali domande risarcitorie, dall'ambito di applicazione della disciplina per l'efficienza, secondo quanto disposto dal citato co. 6 dell'art. 1, è considerata argomento dirimente per quanto riguarda ogni dubbio sulla legittimità costituzionale della attribuzione della giurisdizione esclusiva, di cui al successivo co. 7 del medesimo articolo, da G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., p. 255. Tuttavia, vi è chi dubita della attribuzione esclusiva con riferimento particolare alla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi e, in parte, anche al mancato rispetto dei predefiniti criteri di efficienza per l'erogazione del servizio pubblico affidato al concessionario, in cui, si afferma, non sarebbero in giuoco "comportamenti" dell'Amministrazione pubblica. Cfr. in argomento. V. GASTALDO, *La* Class action *amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace*, in *Federalismi.it*, 2016, (al § 10) e C. CONSOLO - B. ZUFFI, *L'azione di classe* ex *art. 140*-bis *cod. cons., Lineamenti processuali*, Padova, 2012, p. 348. Sennonché, si deve replicare, è proprio in questo curioso intreccio che nella materia viene a determinarsi fra regole di azione, doveri e obblighi del concessionario in rapporto alla funzione allo stesso attribuita e agli interessi che ne vengono coinvolti in termine di efficienza, che si concretano quei viluppi di posizioni soggettive dai confini indefiniti che costituiscono la ragione stessa della scelta legislativa di attribuire la giurisdizione al medesimo giudice degli interessi legittimi;

[83] Sterminata è la produzione dottrinaria sul tema della giurisdizione di merito. Per gli scritti più datati – ma d'indiscusso rilievo – si rinvia a A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it*., 1969 e U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl*., 1969. Più di recente, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, vol. I, Padova, 2000 e ID., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, vol. II, Padova, 2001; E. PICOZZA, *commento all'"art. 7 – giurisdizione amministrativa"*, in *Codice del processo Amministrativo*, E. PICOZZA (a cura di), Torino, 2010, pp. 12 e ss.; F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, fasc.1, 2021, pp. 1 e ss.; R. VILLATA, *Antonio Amorth e la Giustizia Amministrativa*, fasc. 1, 2021, pp. 101 e ss. Nella manualistica, A. POLICE, *Le "forme" della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2017;

[84] Per M. CLARICH, *Uno strumento dai contorni ancora poco chiari che esalta la funzione di supplenza del giudice* cit., la previsione di una giurisdizione estesa al merito nell'ipotesi di un'azione per l'efficienza dell'amministrazione avrebbe rappresentato un "*unicum*" nel panorama degli ordinamenti occidentali, con attribuzione di importanti poteri al g.a. che gli avrebbero consentito di assumere il ruolo di "manager *pubblico*". In particolare per l'A. tale estensione al merito amministrativo "*consente di sindacare l'opportunità delle scelte amministrative e di adottare misure sostitutive nei confronti dell'amministrazione* […]. *Per porre fine a certe disfunzioni il giudice (e per lui il* commissario ad acta*) dovrà trasformarsi in una sorta di* manager *pubblico*". Cfr. anche G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit., p. 303, che osserva come la scelta della giurisdizione estesa al merito avrebbe comportato problemi, con riguardo ai concessionari di servizi pubblici, per incompatibilità con il principio di libertà e d'iniziativa economica;

ISSN 2036-7821

correttamente portata a compimento, secondo i parametri (gli standard di efficienza) predeterminati dall'amministrazione (o dall'autorità di regolazione per i concessionari)[85].

In questo senso, peraltro, l'attività amministrativa non resa in conformità dei parametri di efficacia, già predeterminati o previsti dalla legge, conduce anche all'illegittimità (oltre che all'inefficienza) e, per tale verso, la correttezza dell'attività amministrativa è sovrapponibile alla legittimità[86].

Anticipando, inoltre, quella che diverrà una regola generale del processo amministrativo, il legislatore delegato ha disposto (art. 1, co. 7) che "*le questioni di competenza sono rilevabili d'ufficio*". La norma, come per altre regole procedurali fissate con il d.lgs. n. 198 del 2009, disciplina un aspetto soltanto delle problematiche legate all'individuazione del giudice competente ad essere investito di una determinata controversia, fra l'altro senza indicare alcun limite alla rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza, né la fonte a cui attingere per la disciplina generale dell'istituto.

Entrato in vigore, di lì a poco, il nuovo codice del processo, il problema si è risolto da solo, rinvenendosi la disciplina della competenza nelle norme contenute nel Capo IV, del Titolo I del Libro I (artt. dal 13 al 16) del c.p.a., tutte ritenute applicabili all'azione per l'efficienza, compresa la disposizione che, al comma 1 dell'art. 15, fissa un limite alla rilevabilità d'ufficio del difetto di competenza (fino alla sentenza di primo grado) e l'altra, in forza della quale, "*nei giudizi di impugnazione esso* (il difetto di competenza) *è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla competenza*" (art. 15, co. 1, 2° periodo, c.p.a.)

Nella dinamica del processo amministrativo, l'individuazione del foro competente ha dato adito a numerosi problemi, prima e dopo l'emanazione del nuovo codice del

---

[85] Nonostante quanto si è detto nel testo v'è chi ha osservato che "*il giudice amministrativo assumerebbe in sostanza «le vesti di una sorta di inedito* Ombusdman*», i cui poteri di cognizione si estendono sino alla valutazione delle modalità di utilizzo delle risorse finanziaria, strumentali ed umane delle Amministrazioni inadempienti*" (A. GIUFFRIDA, *La c.d.* class action *amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità* cit., p. 43). Cfr. anche U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la* class action cit., p. 251. Per la definizione di Ombusdman si veda G. DE VERGOTTINI, voce *Ombusdman*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1979, XXIX, p. 884;

[86] In relazione al rapporto di continenza e di rispondenza del "risultato" nel principio di legalità, cfr. S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO - A. POLICE - F.G. SCOCA (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004, pp. 41-50. L'amministrazione di risultato (o, meglio, i risultati dell'amministrazione) diventa strumento di misurazione della capacità della stessa di perseguire gli obiettivi e, dunque, di rispondenza al criterio di buon andamento e ai profili corollari di economicità, efficienza ed efficacia. Cfr. sul punto L. GIANI, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit., pp. 307 e ss. Cfr. anche A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2018, pp. 551 e ss.

Alla presente azione si attaglia perfettamente quanto osservato da F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, pp. e 75 ss. secondo cui efficacia e legittimità sono "*due modi distinti e concorrenti, anzi in qualche modo intrecciati, di valutazione dell'attività amministrativa*";

ISSN 2036-7821

processo amministrativo[87], ma, dalla casistica giudiziaria, sembrerebbe che non ne abbia dato, di particolari, nei giudizi dei quali si tratta (la stessa Rassegna curata dall'Ufficio studi del Consiglio di Stato, sfiora appena il problema)[88].
Da segnalare è, tuttavia, la difficoltà di adattare, nella ricerca del foro competente (in tema di azione per l'efficienza), la regola di cui al comma 4-*bis* dell'art. 13 (aggiunto dal correttivo di cui al d. lgs. n. 160 del 2012)[89], alla specificità dell'azione.
È da ritenere, al riguardo, che, per orientarsi correttamente, occorre tenere nettamente distinte la nozione di "*interesse a ricorrere*" adoperato nella norma processuale (ivi, con ogni evidenza, da ricondursi al comportamento riprovevole, che ha determinato la lesione "*diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*"), dagli interessi che sono alla base della titolarità della "legittimazione a ricorrere", che si indirizzano alla funzione o al servizio pubblico che deve essere reso al "gruppo" di appartenenza, e che è quello che consente l'individuazione dell'elemento soggettivo, all'interno del gruppo.
L'esigenza di tale precisazione viene dalla necessità di portare l'attenzione sulla circostanza che l'inserimento dell'azione per l'efficienza nelle tipologie disciplinate dal codice del processo amministrativo può avvenire soltanto facendo dipendere il modello processuale, da adattare all'azione, dalla natura de "la violazione, l'omissione o l'inadempimento", il cui accertamento dovrà costituire l'oggetto dell'accertamento indicato, nell'art. 4, co. 1, come componente essenziale, poi, del dispositivo della sentenza di accoglimento.
Ancorché, dunque, l'azione per l'efficienza sia configurata, nel decreto legislativo che la istituisce, alla stregua di un mezzo unitario di tutela a carattere correttivo, volta al

[87] La disciplina codicistica sulla competenza richiese un apposito correttivo, intervenuto con d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160;

[88] Approfondimenti, possono essere fatti, partendo dal primo apparire delle problematiche sulla competenza, con l'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, con l. 6 dicembre 1971, n. 1034, che, salvo le ipotesi limitate di competenza inderogabile, fra cui, specificamente, quella funzionale del T.A.R. del Lazio, sede di Roma, prevedeva, all'art. 31, co. 1, la regola della non rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza territoriale, sulla falsa riga della disciplina dell'istituto nel codice di procedura civile. Per approfondimenti, A. ANDREANI, *La competenza per territorio dei Tribunali amministrativi*, Milano, 1974; P. STELLA RICTHER, *La competenza territoriale nel giudizio amministrativo*, Milano, 1975; A. DE ROBERTO, voce *Competenza (dir. proc. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1989, 3; E. CANNADA BARTOLI, *Questioni sul giudizio di competenza territoriale*, in *Giur. It.*, 1996, pp. 375 e ss: A. POLICE, *La competenza del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2003, pp.120 e ss. Con riferimento, invece, alla disciplina codicistica, applicabile anche all'azione della quale ora si tratta v. P. CARPENTIERI, *Le questioni di incompetenza*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; nelle linee generali, fra i primi commenti, C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e di giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2010. Più attuale, A. POLICE, *La competenza*, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2017, pp. 333 e ss.;

[89] Il comma 4-*bis*, dell'art. 13 del c.p.a., dispone nel senso che "*la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza*";

ISSN 2036-7821

controllo sull'efficacia e tempestività dell'azione amministrativa[90], essa in realtà si articola in maniera differente, a seconda che l'addebito venga fatto consistere, nella " violazione di termini", o nella "mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo (da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine normativamente definito)", "dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi" (stabiliti in base agli atti e modalità di cui allo stesso art. 1, co. 1), così che possono aversi azioni riconducibili a differenti tipologie disciplinate dal codice del processo amministrativo.
Orbene, è in rapporto alle anzidette tipologie che, ad avviso di chi scrive, la competenza territoriale deve essere determinata, ivi compresa quella funzionale e inderogabile del T.A.R. del Lazio, di Roma.

6. Il giudizio di ottemperanza.
L'art. 5 del d.lgs. chiude il cerchio dei poteri giurisdizionali del giudice amministrativo, nell'azione per l'efficienza, che il legislatore nazionale avrebbe voluto estesi al merito già nella fase cognitoria, ma che il legislatore delegato ha evidentemente interpretato nel senso che tali poteri potessero riferirsi, esclusivamente, al successivo ed eventuale giudizio di ottemperanza e, dunque, l'indicazione della delega, a tale riguardo, fosse, comunque, attuata, frammentandone in due momenti differenti, il contenuto volitivo.
Tale potere (di estensione della cognizione al merito), nel giudizio di ottemperanza, si configura fortemente limitato, per via indiretta, dai vincoli apposti al potere ordinatorio, nel dispositivo della sentenza di accoglimento, in base all'art. 4, co. 1.
Il rinvio all'art. 27, comma 1, n. 4, del r.d. 26 giugno 1924, è pacifico che debba, ora, intendersi, al procedimento di cui agli artt. 112/115 c.p.a. e che l'azione relativa abbia come presupposto la "*perdurante inottemperanza*" oltre il termine fissato nella sentenza[91].
Vi è tuttavia, ancora qualche titubanza, sul fatto che, nel silenzio della norma, la disposizione abbia voluto ricomprendere l'eventuale nomina del commissario *ad acta* (art. 114, co. 4, lett. d, c.p.a.)
I più sono dell'opinione che tale possibilità sia del tutto implicita[92] ma non manca chi, al contrario, avanza il dubbio che una siffatta nomina possa risolversi nella

[90] La definizione è di G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., che l'adopera in più parti del testo, ma in particolare a p. 340, per specificare come, nello spazio della tutela giurisdizionale delle posizioni rilevanti in tema di efficienza (o anche "efficacia"), l'ordinamento offre anche strumenti aggiuntivi o complementari o sussidiari, o alternativi ed escludenti (come in ipotesi l'azione inibitoria ex art. 140 del codice del consumo ora assorbita dal codice di procedura civile).
[91] A. PALMIGIANO, *La* class action *nei confronti della pubblica amministrazione*, Roma, 2014, p. 25 e C. DEODATO – M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A., per l'efficienza dell'amministrazione*, Molfetta (Bari), 2010, p. 60;
[92] Fra i molti, M. GNES, *L'applicazione della "*class action*" pubblica, in materia di immigrazione*, in *G.d.A.*, n. 7, 2014, p. 740;

ISSN 2036-7821

violazione del principio di invarianza finanziaria (in relazione all'art. 8 del d.lgs. n. 198 del 2009) per via della disposizione contenuta nell'art. 57 D.P.R. n. 15 del 2002 che prevede la corresponsione di un compenso al commissario *ad acta*, in quanto organo ausiliario del Giudice amministrativo[93].

La più ragguardevole delle perplessità investe la possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza nei confronti del gestore del pubblico servizio[94].

Pur con le perplessità che derivano dal non avere rinvenuto precedenti giurisprudenziali specifici, il dubbio se il giudizio di ottemperanza possa essere esperito nei confronti del gestore di pubblico servizio, dovrebbe potersi risolvere, ad oggi, facendo applicazione dell'art. 112, co. 1, c.p.a., in forza del quale "*i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti*".

Per la verità, già prima dell'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 5 del 2005, aveva sciolto il nodo, con riferimento ad un soggetto privato succeduto a un soggetto pubblico e alla possibilità di coinvolgere, nell'ottemperanza, all'ordine di esibire la documentazione amministrativa, il soggetto di diritto privato.

L'elemento di raccordo, fra l'assoggettamento al giudizio di ottemperanza e il soggetto privato al fine di accertarne la legittimazione passiva, è stato rinvenuto nella natura dell'oggetto sostanziale della pretesa che ha trovato accoglimento nel giudicato di cui si tratta e nella sua idoneità a trasferirsi, per effetto della successione, nella sfera giuridica del soggetto privato. Nel caso, ha osservato la Plenaria, "*la giurisprudenza è venuta chiarendo, sin dall'indomani della emanazione dell'art. 23 della legge n. 241 del 1990, che le regole in tema di trasparenza si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico (concessionari di pubblici servizi, società ad azionariato pubblico etc). La detta linea interpretativa ha ottenuto conferma legislativa con le modifiche apportate all'art. 23 dalla cit. legge n. 241 del 1990 dalla legge 3 agosto 1999 n. 265 e, più ancora, con la recente legge n. 15 del 2005 che si è spinta fino ad iscrivere - agli effetti dell'assoggettamento alla disciplina sulla trasparenza - tra le pubbliche amministrazioni anche i soggetti che svolgono (come nella specie) attività di pubblico interesse*" Cosicché, nessun dubbio residuerebbe una volta

[93] V. GASTALDO, *La Class action amministrativa* cit., pp. 33 e ss.;

[94] D. ZONNO, Class action *pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, in *Giur. Merito*, 2010, pp. 2362 e ss. avanza l'ipotesi che l'interessato dovrebbe rivolgersi all'Amministrazione concedente, o vigilante, affinché sia questa a ingiungere al concessionario di ottemperare (eventualmente anche adottando le misure sanzionatorie del caso), e, in caso di inerzia dell'Amministrazione, esperire nei confronti dell'anzidetta amministrazione l'azione per la declaratoria dell'obbligo di provvedere all'esercizio dei poteri di controllo e repressivi, in quella sede chiedendo la nomina di un Commissario *ad acta*. Un filone minoritario ritiene che nei confronti del concessionario andrebbe esperita un'azione esecutiva di diritto civile. In questo senso, S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra Innovazioni mancate e utilità effettive* cit., pp. 1575 e ss. e G. CREPALDI, *Il ricorso per l'efficienza delle Pubbliche Amministrazioni: ipotesi ricostruttive e criticità*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 5, 2012, pp. 1454 e ss.;

ISSN 2036-7821

accertato che il soggetto privato (ovvero la società per azioni) "*è chiamata allo svolgimento degli stessi compiti già inerenti all'ente pubblico economico*".
Successivamente, con sentenza n. 42 del 2007, il CGA per la Regione Sicilia si è sostanzialmente adeguato all'indicazione della Plenaria, affermando il principio per cui, in tema di legittimazione passiva, nel giudizio di ottemperanza, l'elemento determinante nella ricostruzione del presupposto si identificherebbe con il dato oggettivo che l'adempimento si realizzi tramite attività correlabili alla titolarità di una pubblica funzione.
Dopo l'entrata in vigore del c.p.a. il fondamento normativo per l'individuazione della giurisdizione amministrativa in materia d'ottemperanza, nel caso in cui il soggetto resistente sia un gestore si un servizio pubblico, è stato rinvenuto – prima ancora che nell'art. 112, co. 1, c.p.a. – nell'art. 7, co. 2 del codice, laddove si afferma che "*per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*"[95].
Tali principi possono trovare applicazione, con i dovuti adattamenti, alla vicenda in esame, restando fermo (ad avviso di chi scrive) che non sembra praticabile la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 112 c.p.a., in quanto introdurrebbe surrettiziamente, nel giudizio di ottemperanza, una pretesa non contemplata, ed anzi espressamente esclusa, dall'art. 1, co. 6, dall'ambito di tutela accorata con l'azione *ex* art. 1, co. 1,

7. L'alternatività tra azione ex d.lgs. 198/2009 e gli strumenti di tutela di cui agli artt. 139, 140 e 140-bis del codice del consumo (oggi artt. 840-bis – 840-sexiesdecies c.p.c.).
In base all'art. 2 del d.lgs. n. 198/2009, l'azione per l'efficienza non può essere proposta se, in relazione alle medesime condotte censurate: a) sia in corso di svolgimento un procedimento amministrativo instaurato da un organismo con funzione di regolazione e di controllo, istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato; b) sia pendente avanti al giudice civile un'azione

[95] In questo senso T.A.R. Sicilia, sede di Catania, sez. I, 5 settembre 2014, n. 2393. In tale caso il g.a. ha osservato che il codice ha utilizzato la nozione di Pubblica amministrazione in senso lato, ricomprendendovi anche tutti i soggetti ad essa assimilati, tra i quali rientrano le società pubbliche di gestione dei rifiuti, le quali devono essere costituite obbligatoriamente tra gli enti pubblici locali territoriali e sono deputate alla cura di predominanti interessi pubblici, tant'è che devono rispettare i principi del procedimento amministrativo ed agiscono esercitando anche poteri di natura autoritativa. Parzialmente diverso è l'orientamento del Consiglio di Stato che, in un caso, ha limitato l'equiparazione dei soggetti privati alla P.A. di cui all'art. 7 c.p.a. solo nell'ipotesi in cui è la legge a effettuarla espressamente, nonché nella misura in cui il soggetto privato è preposto all'esercizio di attività amministrative ed in relazione alle stesse (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 502; cfr. anche da ultimo T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 24 maggio 2021, n. 1660 e T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 20 ottobre 2016, n. 1317);

ISSN 2036-7821

inibitoria di cui agli artt. 139 e 140 cod. cons., oppure un'azione di classe di cui all'art. 140-*bis* dello stesso codice (c.d. *class action* civilistica o risarcitoria)[96].
Inoltre (art. 2, co. 2, 1° periodo) dispone che, qualora il procedimento di cui al comma 1 o un giudizio instaurato ai sensi degli articoli artt. 139 e 140 cod. cons (ma non nel caso di giudizio instaurato *ex* art. 140-*bis* del suddetto codice) siano iniziati dopo la proposizione del ricorso di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 198 del 2009, il giudice di quest'ultimo ne dispone la sospensione fino alla definizione dei già menzionati procedimenti o giudizi (e a tale fine sono disposti a carico del soggetto contro cui sono proposte le azioni, gli incombenti di cui al comma 3 del medesimo art. 2).
Infine, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che definisce nel merito il giudizio instaurato ai sensi dei citati articoli 139 e 140, il ricorso per l'efficienza diviene improcedibile; mentre, in ogni altro caso, quest'ultimo deve essere riassunto entro centoventi giorni dalla definizione del procedimento di cui al comma 1, ovvero dalla definizione con pronuncia non di merito sui giudizi instaurati ai sensi degli stessi articoli 139 e 140, altrimenti è perento.
Vi è alternatività e sussidiarietà fra le azioni contemplate nel comma 1, dell'art. 2, d.lgs. n. 198 del 2009, e l'azione di cui all'art. 1, co. 1 del medesimo decreto, collegate da una medesima *ratio*, che è quella di evitare possibili conflitti di giudizi, in ordine alla sussistenza o meno dell'asserita lesione, resi o da soggetti diversi per natura e funzioni (l'organismo di vigilanza e il giudice amministrativo), oppure da giudici appartenenti a due diversi rami della giurisdizione (giudice civile e giudice amministrativo).
Vi è una letteratura propensa a porre in evidenza il carattere residuale dell'azione dell'efficienza[97] e in questa direzione andrebbero, nella previsione del medesimo d.lgs. n. 198, sia il procedimento che si apre in seguito alla diffida (art. 3, co. 1 e 2), sia quello alternativo da utilizzare a scelta dell'interessato (art. 3, co. 3), espressamente volti a evitare il procedimento giurisdizionale, sia anche la preferenza sostanzialmente accordata ai "*procedimenti amministrativi instaurati da un organismo*

[96] Come si è già avuto modo di precisare, la disciplina di cui alle disposizioni da ultimo citate è stata interamente assorbita nell'ambito del nuovo Titolo VIII-*bis* del libro quarto del codice di procedura civile, ma ciò non ha comportato l'immediata inapplicabilità, di tali disposizioni, in quanto, sebbene la legge di riforma 12 aprile 2019, n. 31, pubblicata nella G.U. n. 82 del 18 aprile 2019, ne dichiari l'abrogazione (art. 5), l'art. 7, co. 2, della stessa legge ne assicura l'ultrattività, limitatamente "alle condotte illecite poste in essere precedentemente" alla entrata in vigore della legge anzidetta fissata al decorso di "dodici mesi dalla pubblicazione della medesima legge nella Gazzetta Ufficiale" (art. 7, co. 1), al fine di "*consentire al Ministero della giustizia di predisporre le necessarie modifiche dei sistemi informativi per permettere il compimento delle attività' processuali con modalità telematiche*. Da segnalare che le modifiche del codice di procedura, hanno richiesto anche una modificazione delle norme di attuazione con l'introduzione del titolo V-*bis* delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, in materia di azione di classe (art. 2);

[97] In questo senso, fra gli altri, C.E. GALLO, *La* class actio*n nei confronti della pubblica amministrazione* cit.;

ISSN 2036-7821

con funzione di regolazione e di controllo, istituiti con legge statale o regionale e preposto al settore interessato"[98].

Una "maggiore incisività della misura", sembra essere alla base della preferenza accordata alle azioni già contemplate negli artt. 139 e 140 del codice del consumo, alle quali si riconoscono finalità correttive con rilevanti punti di convergenza con le finalità perseguite sostanzialmente dall'azione per l'efficienza. E, infatti, l'azione contro le imprese private è volta a proteggere il consumatore dallo squilibrio di posizioni sul mercato, e però con effetti limitati a una puntuale fase del "contatto" (negoziale o non), mentre quella nei confronti della pubblica Amministrazione o del concessionario interviene nella fase dinamica della funzione o del servizio.

Per ciò che concerne l'inibitoria privata, il punto di divergenza più significativo è costituito dalla legittimazione delle associazioni di consumatori e di utenti, che devono essere iscritte nell'apposito elenco ministeriali e chiaramente agiscono a tutela dell'interesse collettivo (cfr. 840-*bis* e 840-*sexiesdecies*, co. 1, c.p.c.).

Altro aspetto critico è dato dalla circostanza che l'alternatività, così rigorosamente disciplinata nel d.lgs. n. 198, può lasciare senza copertura taluni degli interessi tutelati dall'art. 1, co. 1 del decreto delegato[99].

A tutt'altro obiettivo si indirizza la c.d. *class action* civilistica, disciplinata, già, dall'art. 140-*bis* del codice del consumo ed ora inserita nel c.p.c., volta a introdurre nell'ordinamento nazionale l'omonima azione conosciuta a livello internazionale e che per taluni profili sembrerebbe ispirarsi alle azioni volte a riparare danni diffusi provocati da eventi di notevole intensità. Ma le differenze sono molto di più dei punti di contatto e troppo complesse per essere affrontate in questa sede[100].

---

[98] Secondo G. VETTORI, *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli*, Milano, 2013, p. 1026, tale scelta appare ragionevole con riferimento agli artt. 139 e 140 cod. cons.; non altrettanto in relazione all'art 140 *bis*, volto ad ottenere il risarcimento del danno che non può costituire oggetto del ricorso per efficienza delle pubbliche amministrazioni;

[99] G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit., pp. 341 e ss. osserva come la disposizione che dispone l'improcedibilità dell'azione al passaggio in giudicato della sentenza di merito resa nel giudizio *ex* artt. 139 e 140, potrebbe "*privare il ricorrente di uno strumento di tutela non concesso nell'altra sede di giudizio. Infatti, se anche ricorresse il presupposto della medesimezza delle condotte, potrebbe essere diversa la finalità delle due azioni*"; il ricorrente, a causa dell'imposta alternatività, "potrebbe vedersi privato del solo mezzo di tutela idoneo a fargli conseguire lo sperato (nel giudizio di efficienza) risultato in termini di efficacia e, indirettamente, in termini di efficienza (dato lo sforzo organizzativo e di aumento della produttività cui sarebbe costretta l'amministrazione al fine di garantire il miglioramento dell'efficacia, dato il vincolo delle risorse)". Pertanto, secondo l'A. cit., la "medesimezza" andrebbe intesa come "*medesimezza di risultato*" della sentenza che ordina al soggetto resistente di agire e non solo di "*medesimezza di condotte*";

[100] Il principale punto di contatto tra le due azioni afferisce alla legittimazione ad agire: anche per l'azione di classe privatistica, infatti, è previsto che ciascun componente della classe titolare dell'interesse omogeneo possa agire in giudizio (oggi cfr. art. 840-*bis*, co. 2). È chiaro, comunque, che l'omogeneità degli interessi deve essere interpretata con criteri del tutto differenti e certamente non rapportata dalla sussidiarietà orizzontale cui si ispira l'art. 1, co. 1 del decreto in esame. Ma tra le maggiori differenze non può sottacersi la conseguenza della mancata adesione all'azione di classe. L'attuale art. 840-*septies* c.p.c. disciplina il procedimento di adesione dei titolari di interessi omogenei a quelli azionati. Pertanto (come già per il precedente art. 140-*bis* codice del consumo), gli

ISSN 2036-7821

La *class action* privata inerisce a una determinata relazione rispetto alla quale i soggetti legittimati si configurano quali consumatori o utenti; riguarda la violazione dei diritti loro spettanti in questa veste; persegue l'obiettivo della tutela della parte più debole del rapporto (obiettivo per nulla insolito nella disciplina civilistica sostanziale)[101].

Si differenzia, inoltre, dall'azione inibitoria di cui all'art. 140 (ora artt. 840-*bis* e ss., c.p.c.), in quanto finalizzata all'accertamento di responsabilità e alla condanna al risarcimento del danno oltre che alla restituzione (a differenza della prima che è volta alla inibizione di fatti e comportamenti lesivi, nei confronti di consumatori e utenti in rapporto a una determinata fase della funzione o del servizio, e a eliminarne gli effetti dannosi).

In passato, in via dubitativa si ammetteva che l'azione *ex* art. 140-bis del codice del consumo potesse essere proposta, dopo il passaggio in giudicato della sentenza che accoglieva il ricorso *ex* art. 1, co. 1, d.lgs. n. 198 del 2009, per ottenere il risarcimento del danno, non conseguibile in sede di esperimento dell'azione per l'efficienza, ma riconducibile, in assenza di preclusioni normative dalla disposizione che, nell'art. 1, co. 6, lascia "*fermi i rimedi ordinari*"[102].

Il nuovo art. 840-*bis* c.p.c. reca una disposizione che merita di essere attenzionata poiché pare aver sciolto i dubbi sulla cumulabilità delle due azioni. Al co. 2 si prevede, infatti, che: "*l'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività. Sono fatte salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*". Sicché sembrerebbe essere confermata l'inutilizzabilità dell'azione di classe privatistica (volta ad ottenere una pronuncia risarcitoria) nei confronti della P.A. *strictu sensu* intesa, ma è invece espressamente ammessa nei confronti dei "gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità". In questo modo – in virtù del terzo periodo del co. 2 – parrebbe non doversi più dubitare della possibilità di esperire l'azione di risarcimento *ex* artt. 840-*bis* e ss. c.p.c. sia nel caso in cui l'azione per l'efficienza venga proposta sia laddove quest'ultima non venga avanzata.

---

effetti della sentenza di condanna di risarcimento o restitutori, non saranno estendibili ai soggetti che non abbiano partecipato al giudizio. Al contrario, nel caso dell'azione per l'efficienza dell'amministrazione, gli effetti della sentenza di accoglimento e la conseguente rimozione delle violazioni, genererà dei necessari effetti *ultra-partes*, rispondenti a un miglioramento dell'efficacia dell'attività amministrativa con una pluralità di destinatari;

[101] Si pensi alle clausole di cui all'art. art. 1341 c.c.;

[102] In questo senso, V. GASTALDO, *La* Class action *amministrativa:* cit., pp. 16 e ss. Osserva, tuttavia, al riguardo, D. ZONNO, Class action *pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2366, che la *class action* privata consente di ottenere il risarcimento del danno per lesione di "diritti" individuali contrattuali o extracontrattuali, solo se derivanti dall'esercizio di attività imprenditoriale, cosicché l'accostamento fra le disposizioni può riguardare soltanto una tipologia di danno collegato all'azione per l'efficienza, ovvero quella che abbia come parte contrapposta un concessionario di pubblico servizio;

ISSN 2036-7821

8. Conclusioni.

A questo punto, sembra che talune conclusioni possano essere tratte, sul piano della giurisdizione che l'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione (o, nella pubblica amministrazione, che dir si voglia) ha assegnato al giudice amministrativo.

Che l'azione abbia infranto gli schemi usuali del giudizio amministrativo è reso evidente da una molteplicità di indizi.

Anche prescindendo dalla efficacia *ultra-partes*[103] che l'attitudine correttiva della sentenza di accoglimento *ex* art. 4, co. 1, è destinata a esplicare[104], appare fermo che:

a) l'obiettivo, enunciato in apertura, dalla fonte legislativa che disciplina l'azione, è di "*ripristinare il corretto svolgimento della funzione pubblica o la corretta erogazione di un servizio*";
b) il predetto obiettivo, sin dal suo configurarsi, non è visto in funzione di un interesse individuale egoistico del soggetto al quale è accordata la titolarità dell'azione, e neppure, a tutto concedere, del gruppo al quale il soggetto fa capo, bensì a rimuovere una "disfunzione" nel percorso attuativo degli interessi pubblici che funzione o servizio pubblico sono volti a soddisfare, in base agli obiettivi che una determinata programmazione si è proposta di perseguire, predisponendo risorse (strumentali, finanziarie e umane), a servizio di una determinata collettività (o gruppo, o "class")[105];
c) l'iniziativa individuale del soggetto o dei soggetti che all'interno del gruppo si caratterizzano per essere titolari di interessi omogenei, rispetto a quella determinata funzione, essendone utenti o consumatori, reali o potenziali, è concepita come "strumento" per provocare un controllo esterno del giudice amministrativo, sulla efficienza dell'azione amministrativa, che si concreta, poi, con la comunicazione che deve essere fatta, a cura degli uffici burocratici di quel giudice, agli organi indicati ai commi 3 e 4, deputati a specifiche funzioni di vigilanza e controllo; senza contare che anche indipendentemente dalle iniziative di tali organi, l'Amministrazione individua, sulla base della sentenza passata in

[103] A parte l'efficacia della pronuncia di accoglimento nei confronti di tutti gli appartenenti al gruppo, indipendentemente dalla loro partecipazione al giudizio, l'art. 4, commi 3 e 5, d.lgs. n. 198 del 2009, rende anche chiaro come il controllo esterno del giudice amministrativo sia destinato a riflettersi sulla sfera giuridica dei soggetti contemplati nel d.lgs. n. 150 del 2009, indipendentemente dal loro coinvolgimento nel giudizio. Infatti è innegabile che, come osservato da S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra Innovazioni mancate e utilità effettiv*e cit., pp. 1575 e ss., "*il miglioramento della qualità di un servizio pubblico e l'imposizione del rispetto di determinati standard prestabiliti, al pari dell'adozione di un atto amministrativo generale, non possono che favorire tutti i potenziali destinatari del servizio pubblico ovvero dell'attività della pubblica amministrazione*";

[104] Vd. U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino, cit*. p. 246 e F. CARINGELLA, *Al debutto la class action nei confronti della P.A.*, in *Il diritto per i concors*i, 2010, pp. 153 e ss. i quali, sulla base di tale considerazione, riconoscono una "*sorta di azione pubblica*", nel giudizio per l'efficienza;

[105] Aspetto, questo, reso rimarchevole dall'art. 1, co. 1-*bis*, che condiziona l'esistenza stessa della "lesione" alla idoneità delle "*risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimate*";

ISSN 2036-7821

cosa giudicata, "*i soggetti che hanno concorso a cagionare le situazioni di cui all'art. 1, comma 1 e adottano i conseguenti provvedimenti di propria competenza*" (art. 4, co. 5).

In parole povere, il soggetto titolare della legittimazione entra, attraverso l'azione, nella "funzione amministrativa" (in ciò agevolato, in base a una legge, che positivizza il disposto dell'art. 118, co. 4, Cost.), ma soltanto mediante l'intermediazione del giudice amministrativo.

Se poi si ha riguardo ai meccanismi che governano il principio della domanda, ci si avvede che, anche per tali profili, l'azione in esame infrange gli schemi.

Pur essendo l'idoneità "*delle risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimat*e" elemento integrante della lesione, tuttavia nessuna prova o principio di prova si richiede al ricorrente e, a ben vedere, neppure ne è fatta richiesta alla parte intimata, in via di eccezionale inversione dell'onere della prova (in considerazione della, più che probabile, indisponibilità da parte del ricorrente), ma, con certezza, deve essere accertata d'ufficio, dal giudice che "deve" tenerne conto, alla stregua di una vera e propria esimente[106].

Il giudice, inoltre, ordina, d'ufficio (art. 1, co. 5), l'integrazione del contraddittorio nei confronti di una parte (resistente) necessaria del giudizio, che non potrebbe ammettersi, secondo i criteri ordinari del giudizio amministrativo[107].

Ancora, i due vincoli della idoneità delle risorse e della invarianza finanziaria, propri della funzione legislativa e di quella amministrativa (art. 81 e art. 97, co. 1, Cost.) entrano di peso nell'esercizio della funzione giurisdizionale, come limite dello *iussus iudicis*.

Si ha un bel dire, allora, che non possono in ciò riconoscersi i sintomi dell'esercizio di una giurisdizione oggettiva, perché altrimenti l'azione, se così fosse, non sarebbe più rivolta alla tutela degli interessi soggettivi, nei confronti della pubblica amministrazione, secondo lo schema del giudizio di parte previsto dall'art. 24 Cost., in correlazione al successivo art. 113, ingenerando così il sospetto della illegittimità

[106] Una siffatta configurazione delle cause di giustificazione, la si rinviene soltanto nelle maglie del giudizio penale, e nel ruolo ivi accordato alle "esimenti", in favore dell'imputato, al quale non si richiede neppure di non avere commesso l'azione, così come alla parte intimata alla quale comunque è da attribuirsi la condotta riprovevole relazionata agli indicatori specificati nella norma (art. 1, co, 1);

[107] Resta, valido, al riguardo, l'insegnamento desumibile dalla sentenza del Consiglio Stato, sez. VI, 27 agosto 2002, n. 4302, nella quale (non ancora vigente il Nuovo codice del processo amministrativo) è stato categoricamente escluso – con riferimento ad un provvedimento imputabile a più amministrazioni – che la notifica a una sola di esse desse la possibilità di integrazione successiva del contraddittorio, essendo inapplicabile la disposizione contenuta nell'art. 21 della l. T.A.R. (in tema di possibilità di integrazione successiva del contraddittorio, nei riguardi dei controinteressati, purché il contraddittorio fosse stato tempestivamente instaurato nei confronti di uno almeno di costoro), in quanto nei confronti dell'Autorità emanante (o delle autorità emananti, quando sono più di una) il termine di proposizione dell'azione è a pena di decadenza, e, come tale, "*non è suscettibile di interruzione*" (art. 2964 cod. civ.). L'art. 49 del c.p.a., non ha modificato, per tali profili, i termini della questione;

ISSN 2036-7821

costituzionale del decreto delegato in esame, tutto sommato anche per violazione della delega[108].

Il problema, in altri termini – se è vero (come è innegabile) che sussistono e concorrono insieme tutti gli elementi sopra evidenziati – non si può risolvere facendo ricorso al canone esegetico per cui, fra tutte le interpretazioni possibili della legge, deve essere privilegiata quella più conforme al dettato costituzionale[109].

Occorre piuttosto, invertire il processo esegetico e verificare se, fra tutte le interpretazioni possibili dei principi e delle garanzie che si rinvengono nella Carta costituzionale, sia o meno possibile individuare un principio di tutela delle posizioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri, che si riferisca anche alla posizione che il soggetto assume non per se stesso, bensì *uti cives*, e che sia riconducibile nel criterio di riparto, che ne assegna la giurisdizione al giudice amministrativo *ex* art. 103, co. 1, Cost.

In uno dei commenti più immediati, dopo l'emanazione del decreto, è stato osservato, nella sostanza che non è possibile piegare l'azione per l'efficienza "*interamente sulla giurisdizione di legittimità e sulla tutela ordinaria dell'interesse legittimo*" in quanto ciò equivarrebbe "*a sancirne un vero e proprio ripudio*"[110].

Nello stesso commento si suggerisce una lettura dell'art. 24 Cost. meno rigorosamente legata ai canoni di una giurisdizione a domanda[111].

Un passo ulteriore può essere compiuto, evidenziando come l'azione in parola non nega né la tutela individuale (purché sussista l'omogeneità degli interessi), né la necessarietà dell'iniziativa di parte, né la disponibilità dell'azione da parte di chi ne ha l'iniziativa, nei limiti nei quali le altre parti in giudizio vi aderiscano.

---

[108] In questo senso la posizione di F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza* cit., moderatamente condivisa da G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit. p. 308 e s. Sulla natura oggettiva della class action cfr. E. PICOZZA, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2013, pp. 44 e ss.;

In senso categoricamente contrario cfr. S. VERNILE, *op. ult. cit*. A sostegno della propria tesi l'A. richiama la diversa azione risarcitoria e restitutoria prevista dal Codice del consumo a tutela dei consumatori, la cui efficacia soggettiva della sentenza si diversifica, da un punto di vista soggettivo, a seconda dell'esito del giudizio: in caso di accoglimento beneficiano degli effetti positivi dell'azione non soltanto i soggetti che abbiano preso parte al processo, bensì tutti i titolari di interessi omogenei; nel caso, invece, di rigetto non sono vincolati dall'esito del giudizio, potendo, pertanto, riproporre l'azione. Sul punto cfr. R. CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1205 e ss.

Invero, si potrebbe anche obiettare, che non cessano di appartenere alla materia delle relazioni intersoggettive (e dunque dei diritti soggettivi, che rinvengono nel giudice civile "ordinario" il loro giudice naturale), i casi di c.d. "volontaria giurisdizione", nei quali il giudice civile esercita un controllo repressivo ed ispettivo, sulla osservanza di doveri connessi all'esercizio di determinate funzioni (in particolare, si pensi al caso di carenza di attività degli organi sociali che giustifica l'intervento del giudice, nell'ipotesi di estinzione di società).

[109] Questa, in definitiva, sembra essere la ragione per la quale, gli autori sopra citati hanno negato la configurabilità di una giurisdizione oggettiva;

[110] In argomento, F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa* cit., p. 3;

[111] *Ivi*, pp. 24 e ss.;

ISSN 2036-7821

Non nega, anzi, richiede espressamente che, presupposto ineludibile della tutela, sia la lesione effettiva di un interesse proprio (ancorché omogeneo) di chi la invoca (ovvero che sussista "*una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*").
Altra cosa è constatare che, per iniziativa di parte, il giudice amministrativo viene immesso nel controllo dell'efficienza *standard*, in rapporto a puntuali regole comportamentali alle quali gli operatori pubblici e privati sono tenuti per legge (art. 1, co. 1) e che tale giudice è chiamato a operare, anche nell'interesse pubblico generale, quale garante della osservanza dei vincoli che – fissati (ora) negli artt. 81 e 97 comma 1 Cost. – erano già insiti nell'art. 81 Cost. vecchio testo, ma erano stati positivamente individuati e rafforzati, al tempo dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 198 del 2009, dalla nuova legge di contabilità e finanza pubblica, emanata il 31 dicembre 2009, n. 196.
Ed ecco allora, che, in vista di tale superiore interesse, il giudice amministrativo non è più astretto, nel corso del giudizio, dall'iniziativa di parte, ed è, anzi, tenuto d'ufficio ad accertare la sussistenza della lesione sulla base degli elementi costituenti, secondo le indicazioni dello stesso art. 1, ma poste in rapporto alle risorse a disposizione dell'intimato (co. 1-*bis*), indipendentemente dalle allegazioni di parte (del ricorrente come del legittimato passivo resistente) e a ordinare l'integrazione del contraddittorio, nei confronti di amministrazioni o concessionari ai quali il ricorso introduttivo non è stato notificato, anche qui contravvenendo a canoni generali della tipica azione giurisdizionale, disciplinata dal c.p.a., vedendo, poi, vincolati, in radice (e in funzione di tale superiore interesse), l'attitudine "ordinatoria" della sua pronuncia di accoglimento, e la futura ed eventuale giurisdizione estesa la merito, di cui al giudizio di ottemperanza (art. 4, co. 1).
Ciò anche nella considerazione che gli effetti della sua decisione di accoglimento, non si arresteranno alle "parti in causa", ma saranno destinati ad espandersi nelle sfere giuridiche di soggetti che, nell'ambito del gruppo sono titolari di interessi omogenei, ancorché, pur avendone la possibilità non abbiano partecipato all'azione (*ex* art. 1, co. 3), ovvero tutti i partecipanti al gruppo; ma non è tutto, in quanto ne restano coinvolti, sia pure trasversalmente, anche soggetti (operatori pubblici) rimasti estranei al giudizio, a norma dell'art. 4, commi 3, 4 e 5, del d.lgs. in esame.
In definitiva, quanto sopra evidenziato chiarisce che il giudice amministrativo è immesso, "a domanda" del soggetto legittimato a promuovere l'azione, in una funzione che pure essendo direttamente e immediatamente indirizzata a offrire tutela alla posizione soggettiva "*uti cives*" dedotta in giudizio, nei confronti della pubblica amministrazione o del concessionario del pubblico servizio, è però, anche, espletata nell'interesse generale, con l'obiettivo di esperire un controllo esterno non soltanto sul perseguimento dell'efficienza *standard* (reclamata dal Potere pubblico nei confronti dei propri operatori e dei concessionari di pubblici servizi) quanto

ISSN 2036-7821

piuttosto a garantire che (anche indipendentemente e a dispetto di tali pretese) tale efficienza sia perseguita con le risorse programmate e stanziate[112].

Ne deriva una complessità delle attribuzioni del giudice amministrativo che, certamente, eccedono le connotazioni tipiche, di una giurisdizione "a domanda", ma non per questo ne snaturano l'essenza fondamentale.

Infatti, non può essere revocato in dubbio che siano di interesse legittimo le posizioni individuali omogenee (oggetto diretto della tutela giurisdizionale), rispetto alla "efficienza" considerata in rapporto a un determinato "servizio" che il pubblico potere ha programmato di rendere al "gruppo" di appartenenza dei suddetti "interessati"[113].

Le connotazioni di tale interesse restano sostanzialmente identiche anche quando il pubblico potere ha deciso di avvalersi di un operatore esterno (il concessionario del pubblico servizio), in forza di uno strumento mutuato dal "diritto comune", che colloca nel sistema delle "obbligazioni contrattuali" le prestazioni dovute, per assicurarne l'efficienza *standard* richiesta dall'Amministrazione concedente.

È in questo processo complesso, che la giurisdizione del giudice amministrativo - deputato ad una funzione che va oltre quella tipica, invadendo (per senza impingere sulla discrezionalità) ambiti del "controllo" sull'esercizio del Potere amministrativo -

---

[112] È stato osservato che la valutazione dell'efficienza per le Istituzioni pubbliche – la cui finalità è la produzione di beni sociali che rispondano ai bisogni della cittadinanza – non può essere basata solamente sull'ottimizzazione nell'impiego delle risorse produttive *tout court*, ma deve essere collegata alla valutazione dell'efficacia della gestione. Sul punto cfr. A. D'ADAMO - C. LOMBARDI - A. ROSA, *Manuale per la gestione della performance nelle Pubbliche Amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2019, *passim*. Anche la "strategia", secondo G. IACOVONE, *Lineamenti della pianificazione strategica*, Bari, 2010, *passim*, diviene parte della valutazione dell'attività amministrativa, nell'ambito dei risultati raggiunti dalla P.A. Pure il Consiglio di Stato, nel parere n. 1943/2009 reso sullo schema del d.lgs. di attuazione della l. delega n. 15/2009, ha osservato che l'attività della P.A. deve essere valutata "*nel quadro dei fondamenti di macroeconomia, non solo in quelli nei quali tradizionalmente ha svolto un ruolo (stabilizzazione, distribuzione del reddito), ma anche con riguardo a quelli in cui solo in tempi recenti si è affermata la sua rilevanza (efficienza produttiva, sviluppo)*" (p. 4) che rappresentano nuovi parametri del buon andamento *ex* art. 97 Cost.;

[113] F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa* cit., p. 12, evidenzia come, seppure sia vero che gli interessi individuali "omogenei" si configurino meno rigorosamente degli ordinari "interessi legittimi", sembrando piuttosto "*interessi amministrativamente protetti*", dirimente sia, poi, sulla effettiva natura degli interessi tutelati, "*la necessità che dalla violazione degli standard e/o inefficienza tipizzate «derivi una lesione diretta, concreta e attuale dei propri interessi»*". Sulla medesima lunghezza d'onda dell'A. sopra citato è M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie (a proposito di "*class action *all'italiana".)* cit., p. 22. F. MARTINES, *L'azione di classe del D.Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?* cit., p. 2 dà per scontata la natura di interesse legittimo della posizione individuale "omogenea" tutelata dal d.lgs. in esame e ritiene di dover mettere in guardia dal non confondere tale posizione con quella di "*interesse legittimo diffuso* (rectius *collettivo) azionabile dagli enti esponenziali nei limiti in cui è tradizionalmente consentito nel nostro ordinamento*". Non si sbilancia nel definire le posizioni soggettive nella c.d. *class actio*n pubblica (interesse legittimo/diritto soggettivo), anzi sottolineando la compresenza di entrambe le posizioni anche nei differenti strumenti assegnati alla giurisdizione del giudice ordinario e incompatibili con la tutela davanti al giudice amministrativo, S. MIRATE, *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 1, 2020, pp. 40 e ss., senza tuttavia mettere in discussione la natura individuale della tutela accordata nell'azione della quale si discute;

ISSN 2036-7821

si connota di evidente oggettività, senza che siano violati i canoni degli artt. 24 e 113 della Costituzione e, tanto meno, che siano violati i criteri di riparto della giurisdizione, fissati, per il giudice amministrativo, nell'art. 103, co. 1, Cost.[114].
Appare nell'ordine delle cose che l'azione per l'efficienza concorra ad animare il dibattito sulla nuova configurazione della legittimazione attiva alla domanda di tutela giurisdizionale nei confronti della P.A. e, in linea più generale, sulle nuove frontiere del processo amministrativo[115].
Dall'ultimo decennio del secolo scorso, è in atto, nell'ordinamento italiano, una profonda trasformazione del diritto amministrativo che rinviene il punto di partenza nel flusso di riforme legislative che hanno profondamente segnato "*il modo di intendere il diritto amministrativo, i suoi confini e i suoi contenuti*"[116]. Convergono, nella causa del fenomeno, l'interferenza dei processi mondiali di globalizzazione, l'elaborazione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali che vincola gli Stati nazionali nei confronti dell'ordinamento sovranazionale, la concomitante complicazione del sistema delle fonti, tutti elementi da molte parti avvertiti come siccome concorrenti nella erosione della Sovranità statale.
Sembra inevitabile che nuove forme e nuovi moduli di azione ed organizzazione amministrativa non consentano più l'utilizzazione di schemi tradizionali, inadeguati a spiegare i nuovi fenomeni.
Tuttavia, il mutare della fisionomia dei pubblici poteri e dei rapporti fra essi ed i cittadini non costituisce argomento sufficiente a mettere in discussione la persistente idoneità del sistema dualistico a offrire tutela alle posizioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri più di quanto non potrebbe verificarsi nella replicazione di un sistema monistico che la lungimiranza del Costituente repubblicano ha voluto accantonare, pur nel ripudio generalizzato di giudici straordinari o speciali (art, 102, co. 2 Cost)[117].

---

[114] Così come i canoni della giurisdizione ordinaria del giudice civile non vengono infranti né quando il giudice ordinario è investito della c.d. volontaria giurisdizione, né quando, eccezionalmente, il procedimento giurisdizionale davanti al giudice civile richiede la partecipazione straordinaria del pubblico ministero o conferisce a questi uno speciale potere di iniziativa (così, ad esempio, i casi di nullità del contratto; l'art. 70 e l'art. 72, co. 3 e 4, c.p.c.; il particolare potere di impugnazione *ex* art. 363, comma 1, c.p.c.);

[115] Fra i tanti, S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, e, della stessa A., in un più recente contributo, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, pp. 602 e ss.; cfr. anche C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Dir. pubbl.*, 2019 e G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2021, pp. 447 e ss.;

[116] F. FRANCARIO, *Considerazioni sul dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo e sulla loro evoluzione*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2008;

[117] In argomento, G. GARGANO, *A margine di una recente disegno di legge costituzionale di iniziativa parlamentare in tema di uni(ci)tà della giurisdizione*, in *GiustAmm.*, n. 3 2017, p. 4 e s., nonché, ivi anche citati, V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1969 e A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Quest. Giust.*, 3, 2015, p. 139;

ISSN 2036-7821

In parole povere, chi scrive è convinto di non doversi unire al coro di chi auspica una riforma del "sistema giustizia" nel senso del traghettamento della tutela nei confronti dei pubblici poteri all'interno di una giurisdizione unica[118].

Al contrario, a dispetto di chi rinviene nell'accostamento alla forma processuale civilistica l'argomento principale per negare attualità al dualismo fissato dalla Costituzione, sembra proprio che l'impulso innovativo derivante dal codice del processo amministrativo abbia ridato attualità al disegno costituzionale, facendo della giurisdizione amministrativa la sede ottimale della coniugazione della domanda di giustizia con le mutate esigenze economico sociali, debitamente bilanciando interessi pubblici e privati[119].

Rafforzano tale convincimento, da un lato una recente opera di un grande Maestro, intorno all'interesse legittimo[120], dall'altro l'implementarsi delle ipotesi di legittimazione attiva nell'ambito del processo amministrativo, delle quali costituisce una manifestazione, ma non certamente l'unica, quella "speciale" disegnata dall'azione di cui al d.lgs. n. 198/2009.

[118] Per tutti, fra i maggiormente convinti, L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Quest. Giust*, 3, 2015;

[119] G. GARGANO, *A margine di una recente disegno di legge costituzionale di iniziativa parlamentare in tema di uni(ci)tà della giurisdizione,* cit., e, del medesimo Autore, il più recente scritto, *Il giudice del "potere pubblico" ed il percorso riformatore*, in *Il diritto dell'economia,* n. 1, 2020, pp. 833 e ss.;

[120] F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria* cit.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La sanzionabilità del ritardo dell'azione amministrativa nei recenti approdi normativi e giurisprudenziali

di Francesco Armenante

(Professore aggregato di Scienze dell'Amministrazione presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno)

Sommario

1. Premesse; 2. L'obbligo di provvedere (e i casi di esclusione) quale presupposto per il riconoscimento del danno da ritardo; 3. Il profilo soggettivo tra presunzione della colpa e relative esimenti; 4. L'ingiustizia del danno; 5. Presupposti formali e sostanziali dell'azione amministrativa ex post: i termini dei procedimenti inibitori e la svilita tutela del terzo; 6. La sorte del provvedimento tardivo nell'atecnica disciplina del decreto semplificazioni (n. 76 del 2020); 7. L'inesauribilità del potere amministrativo e la competenza "concorrente" sostenuta dalla discutibile decisione della Plenaria (n. 8 del 2021); 8. Brevi riflessioni conclusive.

Abstract

The paper deals with the most recent legislative updates, coming from the recent decrees on simplification (nr. 76 of 2020, converted by law nr. 120 of 11th September 2020, and nr. 77 of 2021, converted by law nr. 108 of 29th July 2021), and from the decisions of administrative courts (in particular, decisions nr. 7 of 23rd April 2021 and nr. 8 of 25th May 2021 of the Council of State Plenary), about the inactivity of the Administration and the remedies given by the legal system. In detail, the paper deals with the principles of art. 2 of the law on administrative procedures (the duty to provide, the nature of the term to end the procedure, the pathologies of the act lately adopted), and the new art. 2-bis, on the refunding of the damage given by the delay. The paper in the end reflects on the invalidity of late acts and on the possibility that a defaulting Administration can be substituted by a judiciary Commissioner ad acta for this reason nominated.

ISSN 2036-7821

1. Premesse.

La legge sul procedimento amministrativo[1] ha compiuto trent'anni.

Di certo non ha avuto una vita monotona o senza stravolgimenti.

Doveva essere una legge "breve" sul procedimento, ma il suo paradigma si è quasi duplicato in virtù delle periodiche novelle[2].

Doveva essere una legge "sul procedimento" ma, a causa di interventi settoriali, si presenta, in alcuni casi, come legge del procedimento[3].

Vi è, comunque, una *ratio* comune alle plurime novelle: la tutela del tempo come bene della vita.

Per l'effetto, una delle disposizioni maggiormente lette e rivisitate, con radicali rimodulazioni e con plurime integrazioni, è stata quella di cui all'art. 2, relativa all'obbligo di provvedere.

L'esigenza di un sintetico commento non consente di ripercorrere, diacronicamente, le varie fasi delle riforme o i profili ivi trattati (la definizione di un preciso *dies ad quem*, il computo del termine, la sanzione dell'inerzia e del ritardo), tantomeno di analizzarne i vari riflessi sul piano applicativo e giustiziale.

Nel prosieguo, l'attenzione sarà focalizzata sulle più recenti novelle, recate dai cc.dd. decreti semplificazioni (*ea est*: il d.l. n. 76 del 2020, conv. nella l. n. 120 dell'11 settembre 2020 e il d.l. n. 77 del 2021, conv. nella l. n. 108 del 29 luglio 2021), oltre che su autorevoli interventi della magistratura amministrativa (*ea est*: le decisioni dell'Adunanza plenaria n. 7 del 23 aprile 2021 e n. 8 del 25 maggio 2021) previa sintetica analisi dei principali istituti enucleabili dall'art. 2 della legge sul procedimento (ovvero l'obbligo di provvedere, la natura del termine di conclusione del procedimento ed il relativo computo, i profili invalidanti dell'atto tardivo), nonché dell'ulteriore paradigma di cui all'art. 2-*bis* della medesima normativa, relativo alla risarcibilità del danno da ritardo ed ai presupposti abilitanti, rinviando, per le ulteriori problematiche, alla copiosa letteratura in materia[4].

---

[1] Legge 7 agosto 1990, n. 241;

[2] In special modo quelle riconducibili alle leggi nn. 15 del 2005, 69 del 2009 e 124 del 2015;

[3] Cfr. art. 21 *decies*, ora introdotto dalla legge n. 120 del 2020;

[4] La portata degli argomenti quivi trattati imporrebbe di richiamare la vastissima letteratura che, in numerosi casi e sotto molteplici aspetti, ha affrontato gli istituti *infra* citati. Argomenti quali il procedimento amministrativo, il provvedimento, l'autotutela, gli obblighi dell'amministrazione procedente, i criteri dell'azione amministrativa, i vizi del provvedimento e le mere irregolarità formali, infatti, godono di un ampio approfondimento dottrinario. Analogamente, istituti quali la conferenza dei servizi, la dichiarazione di inizio attività (ora s.c.i.a.), l'accesso ai documenti, il silenzio significativo sono stati ampiamente analizzati dalla pubblicistica, anche se non sempre è dato rinvenire indirizzi uniformi. Sotto l'aspetto diacronico, le varie fasi in cui si articola un procedimento (da quella dell'iniziativa a quella decisoria, passando per l'indispensabile attività istruttoria) sono state spesso al centro di approfondimenti dogmatici, anche per gli evidenti riflessi giustiziali che si riconnettono alle differenti soluzioni prospettate. Infine, sotto il profilo istituzionale, una trattazione sull'attività provvedimentale della P.A. coinvolge argomenti solo apparentemente inconferenti (quali la separazione tra politica e gestione, la privatizzazione del pubblico impiego, le mansioni equivalenti e superiori), che assumono carattere propedeutico ed imprescindibile per qualsiasi ricostruzione sistematica della materia. Tra la

ISSN 2036-7821

2. L'obbligo di provvedere (e i casi di esclusione) quale presupposto per il riconoscimento del danno da ritardo.

Una delle principali novelle alla legge sul procedimento amministrativo è stata l'introduzione, nel tessuto normativo, dell'art. 2 *bis*[5], rubricato "*conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*"[6].

Con tale disposizione il Legislatore ha positivizzato un istituto già noto alla giuspubblicistica e già scolpito in plurime statuizioni giustiziali, concernente la risarcibilità dei danni ingiusti cagionati da un'azione amministrativa tardiva[7].

---

manualistica e i saggi di maggiore interesse e di indispensabile lettura, possono richiamarsi: AA.VV.. (a cura di S. CASSESE), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000; AA. VV. (a cura di L. MAZZAROLLI e altri), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020; F. CARINGELLA-M. PROTO (a cura di), *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Bologna, 2005; E. CASETTA – F. FRACCHIA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, 2020; S. CASSESE, *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, 2006; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006; R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2004; A. PEDACI, *Alcune considerazioni connesse all'individuazione dei responsabili degli uffici e dei servizi negli Enti locali dopo le leggi di riforma*, in *Riv. Dir. Amm.*, 1996, 401 ss.; S. RAIMONDI, *La responsabilità nell'Ente locale*, Milano, 2003; E. RAO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in *I T.A.R.*, 1997, II, 247 ss.; S. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Dir. Amm.*, 1994, 13 ss.; G. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1999. Sulle novità della l.n. 124/2015, cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, n. 7/2015, 1-13;

[5] Ad opera della legge 18 giugno 2009 n. 69, rubricata "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*", i cui articoli da 7 a 10 hanno modificato la legge sul procedimento.

[6] L'articolo in esame è stato ulteriormente modificato dall'art. 28, comma 9, della legge n. 98 del 2013, che ha introdotto il comma *1-bis*, trascritto *infra*. Sul tema, si segnalano i seguenti contributi: M. PROTTO, *Il danno da ritardo: alla ricerca del tempo (e del bene) perduto*, *Giur. It.*, 2021, 5, 1171; A. SAVATTERI, *Il risarcimento del danno per il ritardo nel rilascio del permesso di costruire*, *Giur. It.*, 2016, 2, 440; F. GAFFURI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in ordine alla natura e alla disciplina della responsabilità "da ritardo"*, *Giur. It.*, 2015, 7, 1700; F.G. SCOCA, *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in www.giustamm.it, 2005; R. CHIEPPA, *Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento)*, in www.giustamm.it, 2011; M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2/2003, pag. 291 ss.;

[7] Per una ricostruzione delle posizioni dottrinarie in tema di risarcimento del danno da ritardo si rinvia allo scritto di E. CASETTA, (voce) *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, vol. XIII, 218, in cui si richiamano anche le posizioni di altra dottrina. Secondo l'autore non vi sarebbero ostacoli ad ammettere il risarcimento del danno patito dal privato, anche a prescindere dalla problematica della risarcibilità dell'interesse legittimo, ove a seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo l'utilità finale sia poi conseguita, come esito favorevole del nuovo procedimento, con conseguente pregiudizio per il privato a seguito del ritardato rilascio del provvedimento che già in precedenza l'amministrazione avrebbe potuto e dovuto rilasciare. Sul punto, cfr., anche, R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro It.*, 1999, I, 3201 ss., e F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001, I, 427, in cui la problematica dell'accertamento dell'illecito aquiliano della P.A. viene affrontata in un'ottica diacronica, con puntuale rinvio alle regole civilistiche ad essa applicabili. In sede giustiziale, si è recentemente ribadito che (Cons. Stato, sez. IV, 1° dicembre 2020, n. 7622): "*L'obbligazione risarcitoria affonda le sue radici nella verifica della sostanziale spettanza del bene della vita ed implica un giudizio prognostico in relazione al se, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone del "più probabile che non") spettato al titolare dell'interesse. Cosicché, ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza, certa o probabile, il danno, in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di chance. (…)*

ISSN 2036-7821

L'abbrivio della riforma deve rinvenirsi nel disegno di legge governativo del 22 settembre 2006, che, oltre alla previsione del ristoro del danno (ovviamente dipendente dagli elementi di prova forniti dall'interessato circa l'*an* e il *quantum*), contemplava un ristoro automatico e forfettario in ragione del periodo di effettivo ritardo. In particolare, si proponeva il riconoscimento di un indennizzo riconnesso al mero ritardo[8] nell'adozione del provvedimento conclusivo, unitamente al risarcimento dell'eventuale maggior danno subìto (in presenza, in tale ultimo caso, dei presupposti abilitanti, come declinati, in termini generali, nell'art. 2043 del codice civile).

Il testo definitivo della legge n. 69/2009 solo in parte ha recepito tale proposta, visto che non ha sancito alcun indennizzo riconnesso al ritardo *ex se*, prevedendo il solo ristoro del danno effettivamente e concretamente subìto[9].

Alla luce del predetto quadro normativo la posta risarcitoria può prospettarsi in presenza dei relativi presupposti, riconnessi al mancato rispetto del termine per provvedere, alla configurazione di un danno ingiusto, all'accertamento dell'elemento soggettivo (almeno) della colpa dell'amministrazione procedente e al nesso di causalità tra il ritardo contestato e il pregiudizio subìto dall'amministrato[10].

Come recentemente e autorevolmente sottolineato, la responsabilità della PA per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimentale sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di

---

L'ingiustizia del danno e, quindi, la sua risarcibilità per il ritardo dell'azione amministrativa, pertanto, è configurabile solo ove il provvedimento favorevole sia stata adottato, sia pure in ritardo, dall'autorità competente, ovvero avrebbe dovuto essere adottato, sulla base di un giudizio prognostico effettuabile sia in caso di adozione di un provvedimento negativo sia in caso di inerzia reiterata, in esito al procedimento";

[8] A prescindere dalla prova di un pregiudizio e dalla sussistenza di un nesso eziologico o di un comportamento doloso o colposo;

[9] Solo in seguito, con l'art. 28, comma 9, della l. n. 98 del 2013 (che ha introdotto il comma 1-*bis* all'art. 2-*bis* in argomento) si è previsto che: "*Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento*". Poco prima della novella, in dottrina [G. NAPOLITANO, *Le misurazioni nel (e del) diritto amministrativo*, in *Annuario di diritto comparato*, 2012, p. 117 ss.], si era già considerato il tempo come un parametro di misurabilità dell'efficienza dell'agire amministrativo;

[10] La tematica impinge nel dibattito relativo alla responsabilità aquiliana della PA. Per approfondimenti si segnalano, tra gli altri, R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 100 ss.; G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità dei danni da azione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie*, in *Studi in memoria di F. Piga*, Milano, 1992, 5; G. PALMA, *La ricostruzione concettuale della nozione di "danno ingiusto" nell'ambito dell'azione amministrativa e la sua ripercussione sul rapporto organico del funzionario*, in www.federalismi.it, n. 1 del 2018, che opera un'interessante distinzione tra la responsabilità per danno ingiusto nell'attività amministrativa di diritto privato e in quella di diritto pubblico; M. L. VISCONTI, Ritardo nel provvedere e responsabilità aquiliana della P.A.: l'arrocco dell'Adunanza Plenaria, in *Danno e Resp.*, 2021, 4, 509; R. CIPPITANI, Responsabilità *da mero comportamento nella "dimensione razionale complessiva" tra amministrazione pubblica e privato*, in *Urbanistica e Appalti*, 2021, 3, 309;

ISSN 2036-7821

responsabilità da fatto illecito aquiliano[11] e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ., i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cc.[12].

In ogni caso, preliminarmente, deve sussistere un obbligo di provvedere ovvero di dare riscontro all'istanza presentata dal soggetto interessato.

In proposito, alla stregua dell'art. 2 della legge n. 241/90, il diritto al provvedimento (che, ovviamente, non si traduce nel diritto al provvedimento favorevole) impone alle amministrazioni di riscontrare, mediante l'adozione di un provvedimento espresso, le richieste formulate dall'amministrato e tese al rilascio di un provvedimento o di un titolo abilitativo all'esercizio di un'attività.

Si è passati da un sistema amministrativo dominato da una generalizzata inerzia provvedimentale, ovvero dall'attesa indeterminata di un riscontro, al riconoscimento di plurimi rimedi, funzionali all'ottenimento di una determinazione espressa, incluso un rito accelerato, in sede giustiziale, per reprimere comportamenti omissivi[13].

Da ricondursi alla medesima "*ratio legis*", è l'estensione delle ipotesi di silenzio significativo (in special modo del silenzio - assenso), che rende sempre più residuale

[11] Sull'illecito aquiliano, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 709 ss.; Secondo la Corte di Cassazione, sez. I civ., 17 ottobre 2007, n. 21850, il giudice, ai fini di accordare il risarcimento dei danni derivanti da lesioni di interessi legittimi, seguendo lo schema delineato dall'art. 2043 c.c., deve: a) accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) stabilire se il danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo assoluto o relativo, ovvero nelle forme dell'interesse legittimo o altro interesse (non elevato ad oggetto di immediata tutela ma giuridicamente rilevante, in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto); c) accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della P.A.;

[12] Cons Stato, ad.pl. 23 aprile 2021, n. 7;

[13] In sintesi, con l'introduzione dell'obbligo divisato dall'art. 2 della legge sul procedimento, il Legislatore ha introdotto una norma di principio che ha inteso canonizzare l'efficacia dell'obbligo di provvedere, in parte già esistente nell'ordinamento, anche nelle fasi subprocedimentali, dando così applicazione generale a regole che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione, negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico (TAR Lazio, Roma, sez. I *quater*, 2 dicembre 2016, n. 12060; Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5433). Sulle posizioni della dottrina, cfr. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013 e, prima ancora, F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 36, secondo cui, nell'odierno contesto socioeconomico, dove vi è una forte presenza delle leggi proprie del mercato, il tempo degli atti amministrativi deve essere un tempo certo, perché il tempo è una componente necessaria del mercato, ragion per cui, nella legge sul procedimento amministrativo il tempo dell'azione è diventato un tempo certo;

ISSN 2036-7821

l'esigenza di promuovere azioni sollecitatorie e monitorie nei confronti di un'amministrazione inadempiente e inerte[14].

Procediamo con ordine.

La disposizione normativa in esame configura, innanzitutto, il dovere di determinarsi in modo espresso.

A tal fine all'amministrazione si impone di riscontrare un'istanza mediante un "provvedimento", quindi con un atto amministrativo capace di incidere nella sfera giuridica del destinatario (salvo il potere di determinarsi negativamente).

In termini generali, ad ogni istanza deve seguire un'istruttoria e quindi un provvedimento espresso e motivato, cosicché una nota avente natura meramente interlocutoria e soprassessoria (in cui si affermi, ad esempio: "si sta provvedendo"; "l'istanza verrà esitata al più presto"; "è stata avviata l'istruttoria", etc.) non ha alcuna valenza provvedimentale e non può impedire il formarsi del silenzio significativo né impedire la sanzione per l'inerzia[15].

In breve, l'obbligo di provvedere:

- non risulta adempiuto con mere note interlocutorie o soprassessorie, con le quali si rinvia (anche *sine die*) la determinazione da assumere.
- non è soddisfatto da un riscontro che comprovi l'avvio dell'istruttoria o che adduca oggettive ragioni organizzative che rallentino l'azione amministrativa[16].

Le uniche circostanze idonee a giustificare un ritardo (o un'omessa determinazione) sono quelle riconducibili ad esigenze istruttorie, riconnesse ad un'istanza incompleta o ad una documentazione carente[17].

---

[14] Al fine di rafforzare l'applicabilità del silenzio assenso è stato introdotto (dall'art. 62, comma 1, del citato d.l. n. 77 del 2021) il comma 2-*bis* all'art. 20 della l. n. 241/1990, che contempla un meccanismo di attestazione, anche a mezzo di autocertificazione, del decorso del termine per provvedere;

[15] Sull'illegittimità dell'atto meramente soprassessorio, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 9 giugno 2021, n. 6914; TAR Toscana, sez. III, 30 ottobre 2018, n. 1417;

[16] Si è detto che non sono idonee a far venir meno il silenzio inadempimento, formatosi su istanze con le quali l'amministrazione è stata invitata a pronunciarsi su una domanda di condono, le comunicazioni avviate dall'amministrazione in risposta ad altrettante diffide a provvedere con le quali era stato reso noto -prima- l'avvio del procedimento finalizzato ad istruire le pratiche di condono e -poi- che l'ufficio non poteva disattendere i criteri generali d'ordine di esame delle pratiche (Cons. Stato, n. 5433/2007, cit.);

[17] Di estremo interesse, sempre sotto il profilo quivi esaminato, è una decisione concernente un ricorso avverso il silenzio-inadempimento formatosi sull'istanza con la quale il privato, a seguito dell'inefficacia dei vincoli a contenuto espropriativo, ha chiesto l'attribuzione di una nuova destinazione urbanistica al fondo di sua proprietà. Si è statuito, infatti, che non può comportare l'improcedibilità del ricorso stesso una nota dirigenziale con cui l'amministrazione, nelle more della definizione del giudizio, ha demandato ai competenti organi comunali l'esame della proposta formulata dal privato con la sua istanza, atteso che tale nota non è in alcun modo satisfattiva degli interessi del ricorrente, in quanto di natura meramente istruttoria ed endoprocedimentale; analogamente, non determina l'improcedibilità del ricorso, una delibera di conferimento dell'incarico per la redazione dei piani particolareggiati, adottata nelle more della definizione del giudizio, ove comunque nessun provvedimento espresso, satisfattivo dell'interesse del ricorrente, sia stato adottato dall'amministrazione, non essendo sufficiente, allo scopo, il semplice avvio del procedimento di revisione del P.R.G. o di adozione dei piani particolareggiati (Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5355);

ISSN 2036-7821

Resta solo da specificare che, in caso di ritardo riconnesso alla necessità di acquisire pareri ed atti endoprocedimentali non rilasciati nei termini all'uopo indicati, è previsto il ricorso alla conferenza di servizi, la cui portata obbligatoria, in siffatta ipotesi, è sancita dall'art. 14, comma 2, della legge n. 241/90.

L'obbligo di provvedere, per quanto assuma una portata generale, rispondendo ad esigenze di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, non può ritenersi sussistente a fronte di qualsiasi istanza, ancor più ove finalizzata a perseguire interessi non meritevoli di tutela.

L'elaborazione giurisprudenziale ha consentito di delimitare l'ambito di applicazione della disposizione in esame, con l'individuazione di fattispecie ad essa sottratte.

L'obbligo in esame sussiste certamente quando la legge riconosce espressamente al privato il potere di presentare un'istanza, rivestendo egli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata.

Inoltre, esso è configurabile anche in assenza di un'espressa previsione legislativa che "tipizzi" la richiesta, ogniqualvolta ragioni di imparzialità e buon andamento impongano l'adozione di un provvedimento, potendosi estendere la possibilità di protezione contro l'inerzia dell'amministrazione[18].

In tale ultima ipotesi si è operata[19] una precisa distinzione tra le istanze volte ad ottenere un atto di contenuto favorevole (che amplia la sfera giuridica del richiedente) e quelle aventi ad oggetto il riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati, infine, quelle dirette a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, dall'accoglimento delle quali il richiedente possa indirettamente trarre vantaggi (c.d. interessi strumentali).

Nel primo caso non vi è dubbio che vi sia l'obbligo di provvedere quando chi presenti la richiesta sia titolare di un interesse legittimo pretensivo.

Diversamente, quando si richiede alla P.A. di riesaminare un atto autoritativo, rimasto inoppugnato, non può configurarsi un obbligo di riesame, in quanto tale obbligo inficerebbe, tra l'altro, le ragioni di certezza delle situazioni giuridiche e di efficienza gestionale, che sono alla base dell'agire autoritativo della pubblica amministrazione e dell'inoppugnabilità dopo il termine di decadenza dei relativi atti.

Resta da scrutinare la terza ipotesi (i cc.dd. interessi strumentali).

Anche in tal caso si rende opportuna una differenziazione.

---

[18] Si è ribadito, più volte, che l'obbligo di provvedere sulle istanze dei privati può derivare, non solo da una precisa norma di legge, da un regolamento o da un atto amministrativo, ma anche dai principi generali regolatori dell'azione amministrativa, come, ad esempio, il rispetto del principio di imparzialità, di buon andamento dell'azione amministrativa ovvero i principi di legalità (Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2020, n. 3120; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 2 aprile 2009, n. 1279);

[19] Per ulteriori approfondimenti, cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, 5 marzo 2021, n. 702; Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318;

ISSN 2036-7821

Qualora un soggetto "terzo" formuli un mero esposto, ancor più se generico, sollecitando un'indifferenziata azione di controllo da parte dell'amministrazione, non vi è ragione di imporre a quest'ultima di determinarsi.

Deve ritenersi sussistente, invece, l'obbligo della P.A. di provvedere in ordine ad un'istanza con la quale si solleciti l'esercizio di poteri sfavorevoli (repressivi, inibitori, sanzionatori) nei confronti di terzi, allorché essa non costituisca un semplice esposto, ma il comportamento omissivo dell'amministrazione sia stigmatizzato da un soggetto qualificato, in quanto titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzia da quello generalizzato (si pensi al contro-interessato/confinante)[20].

Ove ciò accada, l'eventuale inerzia serbata dall'Amministrazione assume una connotazione negativa e censurabile[21].

Sempre invocando consolidati indirizzi giurisprudenziali, deve ritenersi insussistente l'obbligo di provvedere nelle seguenti fattispecie:

a) a fronte di istanze aventi ad oggetto diritti soggettivi[22], inclusa la richiesta di risarcimento danni[23];

---

[20] Ad esempio, si è ritenuto sussistente l'obbligo per il Comune, nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza sull'assetto del territorio, di riscontrare l'istanza di un cittadino il quale, in forza del criterio della *vicinitas*, aveva segnalato, in maniera circostanziata, l'esistenza di opere realizzate da terzi in difformità dal titolo concessorio (TAR Campania, Napoli, sez. VI, 18 agosto 2021, n. 5552; Cons. Stato, n. 177/2009, cit.);

[21] Proprio alla stregua di tali principi è stato ritenuto sussistente l'obbligo dell'amministrazione comunale di pronunciarsi sull'istanza con la quale il proprietario frontista ha chiesto che l'amministrazione definisse l'istanza di condono edilizio avanzata dal proprietario della costruzione confinante, nel caso in cui, in precedenza, il proprietario frontista, a seguito di un ricorso, abbia ottenuto l'annullamento del titolo edilizio e l'emissione della conseguente ordinanza di demolizione. Inoltre, si è riconosciuta la titolarità di un interesse legittimo all'esercizio dei poteri ripristinatori e repressivi in capo al proprietario di un'area o di un fabbricato nella cui sfera giuridica incide dannosamente il loro mancato esercizio; tale soggetto, pertanto, può pretendere, se non vengono adottate le misure richieste, un provvedimento che ne spieghi esplicitamente le ragioni, con la conseguenza che il silenzio serbato sulla relativa istanza integra gli estremi del silenzio-inadempimento, sindacabile in sede giurisdizionale (così, Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5466, in cui si è precisato che il soggetto residente in un condominio è titolare di una posizione differenziata che lo abilita a contrastare l'inerzia della P.A. su una sua istanza di accertamento di un abuso edilizio di un altro condomino);

[22] Giurisprudenza pacifica. Secondo T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 26 febbraio 2021, n. 505, il rito speciale dell'impugnazione del silenzio non può essere attivato relativamente ad istanze aventi ad oggetto pretese economiche costitutive di diritti soggettivi di credito attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come il diritto ad ottenere dalla P.A. la restituzione di somme per oneri di urbanizzazione non dovuti; con la conseguenza che, nel caso in cui sia stata proposta impugnazione avverso il silenzio serbato dalla P.A. in merito ad un atto di diffida per ottenere la ripetizione di somme versate a titolo di oneri concessori indebitamente corrisposti, il relativo ricorso deve essere dichiarato inammissibile. In tali ipotesi, i ricorsi sono soggetti al termine di prescrizione e, conseguentemente, non può essere utilizzato il cennato rito speciale, perché la posizione giuridica che viene in rilievo non è sicuramente configurabile come interesse legittimo (come già precisato da Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 2003, n. 1521). In questi casi, quindi, l'esperimento della tutela giurisdizionale si esplica *recta via* a mezzo di un'azione di accertamento e di condanna (anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 7 novembre 2007, n. 10952; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 agosto 2002, n. 3720);

[23] Secondo Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2021, n. 5541, il giudizio speciale sul silenzio-inadempimento della P.A., non è compatibile con le controversie che hanno un oggetto ulteriore rispetto alla situazione di inerzia. Non

ISSN 2036-7821

b) in presenza di domande manifestamente assurde o totalmente infondate[24];
c) al cospetto di pretese illegali, non potendosi tutelare interessi illegittimi[25];
d) in caso di istanza di riesame di un atto divenuto inoppugnabile per lo spirare del termine di decadenza[26];
e) in caso di richiesta di estensione *ultra partes* di un giudicato[27];
f) in presenza di richieste aventi il medesimo contenuto di un provvedimento in precedenza adottato[28], qualora non vengano dedotte circostanze nuove in punto di fatto o di diritto[29].

In tali elencate ipotesi, quindi, nonostante l'inerzia della P.A., non potrebbero azionarsi i rimedi giustiziali (in sede amministrativa e penale) considerata l'insussistenza di un obbligo di provvedere.

Sotto un opposto crinale, l'elaborazione giurisprudenziale ha tendenzialmente ampliato le materie e le discipline di settore soggette al dovere di provvedere.

è quindi ammissibile la domanda con la quale si richiede il risarcimento del danno in occasione della proposizione di un ricorso avverso il silenzio della P.A.;

[24] Oltre alla giurisprudenza citata nella nota che precede, si veda T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 16 maggio 2007, n. 5245;

[25] Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2012, n. 4065; id., sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181;

[26] Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 2007, n. 5055; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 18 marzo 2019 n. 236. Come ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2020, n. 2540, la richiesta avanzata dai privati nei confronti dell'Amministrazione al fine di ottenerne un intervento in autotutela è da considerarsi una mera denuncia, con funzione sollecitatoria, che non fa sorgere in capo all'Amministrazione stessa alcun obbligo di provvedere; invero, i provvedimenti di autotutela sono manifestazione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale dell'Amministrazione che non ha alcun obbligo di attivarlo e, qualora intenda farlo, deve valutare la sussistenza o meno di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione della quale essa sola è titolare. Le ragioni di tale orientamento risiedono nel fatto che -affermandosi un generalizzato obbligo in capo alla PA di rivalutare un proprio provvedimento anche quando rispetto ad esso siano decorsi i termini per proporre ricorso- sarebbe vulnerata l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici e resterebbe lettera morta il regime decadenziale dei termini per impugnare;

[27] TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 27 luglio 2021, n. 5268;

[28] Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2007, n. 3824. In proposito, si è anche precisato che: "*… qualora non sia impugnato il provvedimento di diniego non è possibile la reiterazione della medesima istanza, né l'impugnazione del successivo diniego, laddove a questo possa riconoscersi carattere meramente confermativo del primo, qualora non sussistono fatti nuovi, sopravvenuti o meno, non presenti nell'originaria istanza o anche una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, in ordine alla legittimazione all'accesso*" (TAR Lazio, Roma, sez. III, 03 marzo 2021, n. 2607);

[29] Cons. Stato, ad. pl., 20 aprile 2006, n. 7. Con riferimento alla reiterazione della richiesta di accesso, si è precisato che: *"... il cittadino potrà reiterare l'istanza di accesso e pretendere riscontro alla stessa in presenza di fatti nuovi non rappresentati nell'originaria istanza o anche a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, cioè della posizione legittimante all'accesso; e, in tal caso, l'originario diniego, da intendere sempre rebus sic stantibus, ancorché non ritualmente impugnato, non spiegherà alcun rilievo nella successiva vicenda procedimentale e processuale. Ma qualora non ricorrano tali elementi di novità e il cittadino si limiti a reiterare l'originaria istanza precedentemente respinta o, al più, ad illustrare ulteriormente le sue ragioni, l'Amministrazione ben potrà limitarsi a ribadire la propria precedente determinazione negativa, non potendosi immaginare, anche per ragioni di buon funzionamento dell'azione amministrativa, in una cornice di reciproca correttezza dei rapporti tra privato ed Amministrazione, che l'Amministrazione sia tenuta indefinitivamente a prendere in esame la medesima istanza che il privato intenda ripetutamente sottoporle senza addurre alcun elemento di novità …*";

ISSN 2036-7821

Si pensi alla richiesta di pianificazione di un'area o di un fondo, a seguito della decadenza del vincolo urbanistico espropriativo[30]. Detta istanza, essendo idonea ad attivare la potestà pubblicistica di settore (cioè il potere pubblico di conferire ad un'area rimasta priva di disciplina urbanistica una nuova destinazione) deve culminare nell'adozione di un provvedimento espresso[31].

3. Il profilo soggettivo tra presunzione della colpa e relative esimenti.

Altro profilo da accertare per configurare la responsabilità aquiliana della P.A. è quello soggettivo, ovvero verificare se l'amministrazione abbia agito almeno con colpa[32].

Non vi è dubbio che una prova in tal senso si presenti eccessiva ed onerosa, non di agevole formulazione, considerata la natura stessa dell'Amministrazione e la difficoltà di ricondurre la scelta e la decisione ad un preciso soggetto agente.

La complessità delle strutture amministrative e la concorrenza di plurime volontà (politiche e gestionali) nella decisione rendono oltremodo difficoltosa la ricostruzione del profilo soggettivo e, quindi, la prova della colpa grave.

La colpa riferita all'amministrazione come apparato, e non al singolo soggetto agente, si atteggia in un modo del tutto peculiare nell'ambito della responsabilità aquiliana derivante dall'emanazione di atti illegittimi[33].

---

[30] *Ex multis*, TAR Puglia, Bari, sez. III, 06 agosto 2021, n. 1303; Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 2002, n. 3999. Indirizzo confermato da Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2006, n. 8043. In tale sede si è precisato non solo che "… *elemento caratterizzante il silenzio nella ritipizzazione delle aree bianche è l'obbligo di provvedere con immediatezza ed in tempi ragionevoli*", ma anche che "*se l'Amministrazione è libera di adottare la misura ritenuta più idonea allo scopo (variante ad hoc o variante generale), tuttavia resta sempre tenuta a definire con tempestività il procedimento, in relazione al quale è stata presentata la diffida* (…). *Occorre distinguere, infatti, l'ipotesi della revisione di una disciplina urbanistica superata, che si opera con una variante generale o con la revisione del piano regolatore, e quella della definizione della disciplina urbanistica a seguito della decadenza dei vincoli funzionali all'espropriazione: nel primo caso, sussiste pur sempre una disciplina che regola la costruzione (che è quella del piano da riformare); nel secondo caso, manca totalmente la disciplina delle costruzioni, protraendosi nel tempo quell'inconveniente (inedificabilità dell'area) che il Legislatore ha inteso evitare con la decadenza dei vincoli per decorso del tempo. Per cui, il Comune è obbligato a provvedere in tempi brevi e con sollecitudine (90/120 giorni). In difetto, il decorso del tempo si trasforma in inerzia e questa è illegittima*";

[31] In termini, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 24 aprile 2009, n. 2166;

[32] L'elemento soggettivo non è quello della colpa grave, come stabilisce il testo unico sullo statuto degli impiegati civili dello Stato per i funzionari e dipendenti pubblici, bensì la colpa dell'uomo medio, che è un grado più attenuato di colpa. Secondo la dottrina, poi, la colpa, nei termini appena indicati, viene richiesta soltanto ove si tratti di attività c.d. materiale dell'ente pubblico, non invece, sulle orme di un indirizzo non soltanto giurisprudenziale, quando il danno immediatamente derivi da un atto amministrativo o dalla sua esecuzione. Tale posizione, tuttavia, non è stata esente da critiche. Sull'ampio dibattito sviluppatosi sul punto, cfr. E. CASETTA, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, cit., 213.

[33] Il riferimento della colpa all'amministrazione vista come organizzazione consente di qualificare la condotta complessiva dell'Ente pubblico come negligente o imperita ogni qual volta l'illegittimità scaturisce da disfunzioni amministrative dovute a carenze organizzative o di funzionamento. Per rilievi critici a tale orientamento, sostenuto soprattutto dalla Cassazione, cfr. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 447;

ISSN 2036-7821

Sul punto va registrato un tendenziale *revirement* della giurisprudenza che sembra abbandonare la tralaticia ricostruzione dogmatica di un onere probatorio a carico, prevalentemente (ed esclusivamente), del privato.

Significativi spunti esegetici si rinvengono, in *subiecta materia*, nella decisione dell'adunanza plenaria 3 dicembre 2008 n. 13. In essa si richiama il filone giurisprudenziale[34], in virtù del quale al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo non viene richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della P.A., essendo a tal fine sufficiente invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile; spetta, pertanto, all'amministrazione fornire una prova a sua discolpa.

A tale orientamento si giustappone un enunciato di principio secondo cui l'imputazione della responsabilità della P.A. non può avvenire sulla base della mera illegittimità dell'atto, giacché ciò si risolverebbe in un'inammissibile presunzione di colpa, ma comporta, invece, l'accertamento in concreto della colpa della P.A., che è configurabile quando l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, desumibili sia dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in punto di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, in punto di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza[35].

La prevalente giurisprudenza, nell'aderire al primo dei riferiti orientamenti[36], tende ad unificare l'illegittimità con la colpevolezza, nel senso di rinvenire, nell'accertata illegittimità del provvedimento impugnato, anche il profilo soggettivo di un comportamento colposo. Di modo che, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo, possono operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie.

Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile.

---

[34] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114; *id*., 9 giugno 2008, n. 2751;

[35] Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242;

[36] Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144, in cui si è sostenuto che in sede di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, ai fini della dimostrazione del necessario presupposto della colpa della P.A., non è comunque richiesto al privato danneggiato un particolare impegno probatorio, potendo quest'ultimo invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a questo punto alla P.A. fornire una prova esimente;

ISSN 2036-7821

Spetterà all'Amministrazione comprovare la sussistenza di un esimente[37], configurabile, a titolo esemplificativo, in caso:

- di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma,
- di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore,
- di rilevante complessità del fatto,
- di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti,
- di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Per cui deve ritenersi sussistente la responsabilità per colpa della P.A. quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi tale da palesare *ictu oculi* la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato; viceversa va negata quando l'indagine conduca al riconoscimento di un errore scusabile[38]; graverà sull'amministrazione intimata in giudizio l'onere di discolparsi, evidenziando e comprovando che l'illegittimità sia riconducibile a difficoltà esegetiche[39] indipendenti da mere scelte organizzative dell'Ente[40].

Laddove, invece, non dovesse intervenire un provvedimento illegittimo e l'amministrazione rimanere silente, l'elemento soggettivo andrà accertato tenendo conto dell'eventuale scusabilità del ritardo, potenzialmente ascrivibile a comportamenti di altri Enti, alla complessità della fattispecie o del quadro normativo di riferimento. Con la conseguenza che, in presenza di fattispecie non complesse o in mancanza di ragioni giustificative del mancato rispetto del termine per provvedere, potrà presumersi la colpa in capo all'amministrazione procedente.

4. L'ingiustizia del danno.

Altro presupposto è che il danno sia ingiusto[41].

Tanto impone di verificare quando un ritardo possa ritenersi censurabile, posto che non ogni ritardo è giustiziabile e, quindi, non tutti i provvedimenti intempestivi possono costituire il presupposto di una richiesta di risarcimento[42].

---

[37] Assunto ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 30 agosto 2021, n. 6110;

[38] Il T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 22 luglio 2009, n. 4137, ha riconosciuto la colpa grave dell'amministrazione intimata in giudizio che aveva negato una concessione edilizia, adducendo la mancanza di un piano di lottizzazione in un'area sufficientemente urbanizzata, disattendendo il consolidato indirizzo giurisprudenziale e configurando un'ingiustificata violazione dei canoni di legalità e correttezza;

[39] Ad esempio, si è rigettata l'azione di risarcimento dei danni proposta nei confronti di un Comune, per insussistenza del requisito della colpa, tenuto conto, da un lato, che l'annullamento dell'atto amministrativo (in sede giurisdizionale) era stato disposto esclusivamente per vizi formali e, dall'altro, che la vicenda, sotto l'aspetto giuridico, non era di facile soluzione (Cons. Stato, sez. IV, 9 settembre 2009, n. 5419);

[40] Si è ritenuto che l'omesso rispetto delle regole partecipative di cui agli artt. 7 e ss. della legge n. 241/90 integra gli estremi dell'errore qualificato e, in definitiva, sostanzia la nozione normativa di "colpa" che viene in rilievo ai fini del risarcimento dei danni prodotti dalla P.A. (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2009, n. 5004);

[41] Sulla nozione di danno ingiusto, cfr. F. GAZZONI, *op. cit*., 710;

ISSN 2036-7821

Anche alla stregua del prevalente orientamento della giurisprudenza, si nega l'esistenza di un generale riconoscimento del danno da ritardo, riconnesso alla semplice tardività nell'adozione del provvedimento amministrativo.
Si è statuito che nel nostro diritto positivo non è previsto un meccanismo riparatore dei danni causati dal ritardo procedimentale in sé e per sé considerato[43].
L'inerzia amministrativa, per essere sanzionabile in sede risarcitoria, postula non soltanto il previo accertamento giurisdizionale della sua illegittimità, ma vieppiù il concreto esercizio della funzione amministrativa, ove ancora possibile e di interesse per il cittadino istante, in senso favorevole all'interessato (ovvero il suo esercizio virtuale, in sede di giudizio prognostico da parte del giudice investito della richiesta risarcitoria).
Il *leading case* di tale orientamento può rinvenirsi nella decisione dell'Adunanza plenaria, 5 settembre 2005, n. 5, in cui si afferma che, allo stato attuale della legislazione, non è risarcibile il danno da ritardo "puro", cioè disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell'interesse pretensivo fatto valere e, pertanto, l'eventuale danno non è risarcibile quando l'amministrazione abbia adottato, ancorché con notevole ritardo, un provvedimento (rimasto inoppugnato) dal contenuto negativo per l'interessato.
Detto diversamente, il danno da ritardo non ha un'autonomia strutturale rispetto alla fattispecie da cui scaturisce, dato che è legato inscindibilmente alla positiva finalizzazione di quest'ultima; né si presenta a guisa di un'ordinaria ipotesi di riparazione per equivalente, tenuto conto che si associa il più delle volte (quando non vi ostano circostanze fattuali sopravvenute) alla riparazione in forma specifica dell'effettivo rilascio (sia pur tardivo) del provvedimento favorevole[44].
Decisione ribadita dall'Adunanza plenaria del 15 settembre 2005, n. 7, in cui si precisa che il ritardo nell'adempimento degli obblighi procedimentali non comporta per ciò solo il risarcimento dei danni per responsabilità dell'amministrazione. Il sistema di tutela degli interessi pretensivi consente il risarcimento per equivalente a carico della P.A. solo quando l'interesse pretensivo abbia ad oggetto la tutela di interessi sostanziali, come nel caso di mancata emanazione o di ritardo nell'emanazione di un provvedimento "vantaggioso" per l'interessato, suscettibile di

[42] Per un'ampia panoramica sul tema, cfr. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata. Atti del IX convegno biennale di Diritto amministrativo*, Milano, 2002, 183;
[43] In termini, Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162;
[44] Sul medesimo crinale si pone Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, secondo cui: "*Non è possibile accordare il risarcimento del danno da ritardo della P.A. nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato la relativa istanza di rilascio e le statuizioni in essi contenute siano divenute intangibili per la omessa proposizione di una qualunque impugnativa*" (in senso conforme, TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 26 ottobre 2017, n. 5023);

ISSN 2036-7821

appagare un "bene della vita"; situazione non ravvisabile nel caso in cui un provvedimento di segno negativo, ancorché emanato con ritardo, risulti legittimo[45].
In altri termini, l'interessato può chiedere un ristoro nella sola circostanza che (a seguito di un accertamento *ex post* o della riedizione del potere amministrativo) ottenga un provvedimento positivo e, quindi, il ritardo riguardi un atto di cui, giustamente, lo stesso ne abbia invocato il rilascio[46].
Nell'opposta circostanza, invece, in cui l'attività procedimentale si concluda con un provvedimento negativo (inoppugnabile o inoppugnato) nessun ristoro può ipotizzarsi, posto che nessuna ingiustizia viene ritenuta configurabile, eccetto quanto ora previsto dal citato comma 1 *bis* dell'art. 2.
Alla luce di tale indirizzo ermeneutico anche se un diniego intervenga dopo lo spirare del *dies ad quem* (ovvero del termine predeterminato per la conclusione del procedimento), all'interessato nulla può riconoscersi (salvo l'esperimento, vittorioso, dei prescritti rimedi giustiziali avverso le ragioni del diniego).
Ne deriva che, nei casi in cui la lesione discenda da una illegittimità provvedimentale accertata solo sul piano dei vizi formali (e, quindi, senza il riconoscimento della fondatezza della pretesa sostanziale), il danno può essere riconosciuto soltanto all'esito della riedizione dell'azione amministrativa correlata all'effetto conformativo del giudicato o, più correttamente, dell'annullamento, che opera, sul piano giuridico, eliminando l'atto che, con la sua adozione, aveva estinto l'obbligo di provvedere sull'istanza privata e riattivando, con ciò, l'obbligo di riprovvedere: ciò perché solo all'esito del satisfattivo riesercizio del potere potrà dirsi accertata la spettanza del bene della vita[47].
Valga sottolinearlo. L'obbligazione risarcitoria affonda le sue radici nella verifica della sostanziale spettanza del bene della vita ed implica un giudizio prognostico in relazione al se, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone del "più probabile che non") spettato al titolare dell'interesse; cosicché, ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza, certa o probabile, il danno, in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di *chance*.
Anche la più recente giurisprudenza sembra attestarsi su tali conclusioni[48].

[45] Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 27 maggio 2009, n. 3859;
[46] Il T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 gennaio 2015 n. 94 ha accolto una domanda, avanzata da una impresa nei confronti di un Comune, di risarcimento del danno subito in conseguenza del ritardo con il quale l'Ente locale ha concluso il procedimento amministrativo di autorizzazione all'installazione di insegne pubblicitarie. Il Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5600, ha riconosciuto il danno da ritardo in caso di concorso concluso dopo dieci anni;
[47] È quanto sostenuto da Cons. Stato, sez. V, 19 agosto 2019, n. 5737;
[48] In termini, Cons. Stato, sez. IV, 1° dicembre 2020 n. 7622;

ISSN 2036-7821

Si è ribadito che per poter riconoscere la tutela risarcitoria in tali fattispecie, come in quelle in cui la lesione nasce da un provvedimento espresso, non può prescindersi dalla spettanza di un bene della vita, atteso che è soltanto la lesione di quest'ultimo che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante tanto dal provvedimento illegittimo e colpevole dell'amministrazione quanto dalla sua colpevole inerzia e lo rende risarcibile.

L'ingiustizia del danno e, quindi, la sua risarcibilità per il ritardo dell'azione amministrativa, pertanto, è configurabile solo ove il provvedimento favorevole sia stato adottato, sia pure in ritardo, dall'autorità competente, ovvero avrebbe dovuto essere adottato, sulla base di un giudizio prognostico effettuabile sia in caso di adozione di un provvedimento negativo sia in caso di inerzia reiterata, in esito al procedimento. In altri termini, il riferimento, per la risarcibilità del danno, al concetto di "danno ingiusto", ove la posizione tutelata sia quella avente ad oggetto il bene della vita richiesto con l'istanza che ha dato origine al procedimento, non può che postulare la subordinazione dell'accoglimento della domanda risarcitoria all'accertamento della fondatezza della pretesa avanzata, altrimenti si perverrebbe alla conclusione paradossale e *contra legem* di risarcire un danno non ingiusto.

Ne consegue, quale corollario, che in materia di risarcimento della lesione di interessi legittimi, non può trovare ingresso il risarcimento del mero interesse procedimentale, in quanto esso non è di per sé qualificabile come bene della vita, suscettibile di autonoma protezione mediante il risarcimento del danno e resta avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale, al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; ai fini della tutela risarcitoria qui divisata si impone la prova rigorosa della spettanza del bene della vita preteso, in stretta correlazione con il giudicato[49].

Inevitabili sono i riflessi sul piano probatorio; spetta, infatti, al danneggiato dare in giudizio la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria e quindi del danno di cui si invoca il ristoro per equivalente monetario, con la conseguenza che, laddove la domanda di risarcimento danni manchi dalla prova del danno da risarcire, la stessa deve essere respinta.

Diversi sono i presupposti per riconoscere l'indennizzo da mero ritardo; mentre il risarcimento presuppone la prova del danno e del comportamento colposo o doloso dell'amministrazione nonché del nesso di causalità, la fattispecie dell'indennizzo da ritardo prescinde dalla dimostrazione dei suddetti elementi, essendo sufficiente il solo superamento del termine di conclusione del procedimento[50].

[49] L'assunto è di Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2021 n. 1354;

[50] Come ribadito dal TAR Campania, Napoli, sez. V, 12 aprile 2021, n. 2346. Tale pronunciato sottolinea, al contempo, che al fine del riconoscimento del diritto all'indennizzo, l'interessato, una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento e nel termine perentorio di 20 giorni dalla scadenza del termine entro il quale il procedimento si sarebbe dovuto concludere, deve ricorrere all'Autorità titolare del potere sostitutivo di cui all'art.

ISSN 2036-7821

5. Presupposti formali e sostanziali dell'azione amministrativa ex post: i termini dei procedimenti inibitori e la svilita tutela del terzo.

Nell'ambito della qui trattata direttrice di riforma, si inscrive il processo di trasformazione radicale ed ontologico che ha interessato il modello tradizionale dell'azione amministrativa. Quello tipico ed originario, caratterizzato da una decisione preventiva ad ogni iniziativa intrapresa dal privato, cede progressivamente il passo ad istituti di inibizione postuma, esercitabili anche in corso di svolgimento di attività intraprese sulla base di una preventiva comunicazione dell'interessato[51].

Anche la *ratio* di tale processo evolutivo è insita nella necessità di superare l'inerzia dell'azione amministrativa e di prevenire le criticità di decisioni tardive.

Sotto tale profilo, la semplificazione è duplice.

In primo luogo, come già osservato, si è ampliata la portata applicativa del "silenzio assenso"[52], istituto già noto alla giuspubblicistica, ma inizialmente relegato a ruoli marginali poiché previsto solo da alcune normative di settore e costituendo un'ipotesi eccezionale rispetto al "silenzio inadempimento".

Al contempo, per molteplici attività, si è eliminato l'intervento *ex ante* del "potere pubblico", ponendo a carico del privato l'onere di verificare e certificare la sussistenza dei requisiti previsti per l'iniziativa che lo stesso intende intraprendere.

In tale ultima ipotesi, l'amministrazione è notiziata dell'iniziativa a seguito di apposita comunicazione, corredata da autocertificazioni e relazioni tecniche asseverate, tese a comprovare il rispetto del paradigma normativo.

2, comma 9-*bis*, L. n. 241/1990, richiedendo l'emanazione del provvedimento non adottato; in mancanza la domanda di corresponsione dell'indennizzo non può trovare accoglimento;

[51] Le coordinate di tale processo evolutivo risultano declinate nell'art. 34 del d.l. 6 n. 201/2011, convertito dalla l.n. 214/2011 ("Liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli *ex-ante*") ove si è stabilito che "*La disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità*"; ed ancora: "*L'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità*"; ed infine: "*Quando è stabilita … la necessità di alcuni requisiti per l'esercizio di attività economiche, la comunicazione all'amministrazione competente deve poter essere data sempre tramite autocertificazione e l'attività può subito iniziare, salvo il successivo controllo amministrativo, da svolgere in un termine definito; restano salve le responsabilità per i danni eventualmente arrecati a terzi nell'esercizio dell'attività stessa*";

[52] Ai sensi dell'art. 17 (Procedimenti di rilascio delle autorizzazioni), del d. lgs. n. 59/2010 (recante l'attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno), "*ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui al presente decreto si segue, ove non diversamente previsto, il procedimento di cui all'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241*". Sul tema, M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere*, www.federalismi.it, n. 10 del 15/04/2020;

ISSN 2036-7821

Nel modello di origine, tra la comunicazione e l'iniziativa doveva intercorrere un arco temporale minimo[53], onde consentire all'amministrazione di verificare, prima dell'inizio dell'attività, l'eventuale sussistenza di circostanze ostative[54].
Ad oggi, invece, l'iniziativa può essere intrapresa immediatamente, non imponendosi alcun accertamento o assenso preventivi.
Ne consegue che l'azione amministrativa si concretizza nella verifica postuma della sussistenza dei requisiti autodichiarati ed attestati, potendo tradursi in atti inibitori qualora manchino i presupposti e le condizioni abilitanti.
Ovviamente, anche tale intervento inibitorio (seppur postumo) è in grado di arrecare un serio e non ristorabile pregiudizio al privato, riconnesso agli oneri già sostenuti ed agli investimenti programmati.
Pur tuttavia, il prospettato pregiudizio economico-patrimoniale non può costituire un ostacolo alla rimozione di iniziative non assentibili e capaci di pregiudicare interessi pubblici sensibili e primari o di ledere, impropriamente, la concorrenza (altro "pilastro" della normativa comunitaria).
Per tale ragione, l'esercizio del potere di riesame deve rispettare limiti di proporzionalità e ragionevolezza, onde contemperare, da un lato, l'affidamento che matura in capo al privato che ha presentato la formale comunicazione senza "subire" alcun atto inibitorio, dall'altro, di preservare tutti gli altri interessi sottesi.
La scelta operata dal Legislatore si è orientata sull'introduzione di un limite temporale, il cui spirare incide sul potere inibitorio esercitabile.
Precisamente, alla stregua di quanto sancito nell'art. 19 della l. n. 241/1990, un tempestivo accertamento della carenza dei presupposti e dei requisiti previsti per l'esercizio dell'attività consente all'amministrazione di adottare un provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività (ovviamente basato su una congrua motivazione e fatta salva la possibilità di conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente).
Trattasi di un provvedimento di primo grado, che non impone particolari garanzie procedimentali né un aggravato apparato motivazionale.
Diversamente, decorso il previsto *dies ad quem* (fissato, in via generale, in sessanta giorni dalla presentazione della comunicazione, eccetto in materia edilizia ove il termine è dimezzato), l'intervento dell'amministrazione è tendenzialmente inibito, potendo ipotizzarsi solo in presenza di "rigorose" circostanze.

[53] La versione iniziale dell'art. 19 della l. n. 241/190 prevedeva, dopo la presentazione della d.i.a., il decorso di un termine minimo prima dell'inizio dell'attività (c.d. d.i.a. differita);

[54] Tra gli altri, il comma 1, dell'art. 19, risulta modificato dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione (n. 106/2011), e poi dal comma 1 dell'art. 2, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5. Analogamente il comma 6-*bis*, concernente gli interventi in materia edilizia, risulta aggiunto dall'art. 5 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e poi modificato dall'art. 6, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. n. 148 del 2011;

ISSN 2036-7821

Su tali profili è intervenuta la legge 7 agosto 2015 n. 124, il cui art. 6 ha introdotto diverse novità nel tessuto normativo, novellando, *inter alia*, gli artt. 19 e 21 *nonies* della legge n. 241/1990.

In particolare, sono stati sostituiti i commi 3 e 4 dell'art. 19, ribadendo il modello del doppio intervento (preventivo e postumo), ma stabilendo che l'intervento oltre il termine ordinario è possibile solo in presenza delle condizioni previste dall'art. 21 *nonies* (concernente l'annullamento in autotutela)[55].

Al contempo, è stata modificata anche tale ultima disposizione, sancendo, nell'ambito del comma 1, un termine preciso e predefinito per l'esercizio del potere di riesame (ovvero diciotto mesi, di recente ridotto a **dodici mesi**[56]) ed inserendo il comma 2 *bis* che consente di intervenire oltre il predetto termine solo in caso di provvedimenti conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di mendaci dichiarazioni sostitutive.

Sul piano "strutturale" la s.c.i.a.[57] è costituita dall'autocertificazione dell'interessato, tesa a comprovare la sussistenza dei requisiti soggettivi all'uopo previsti per l'esercizio dell'attività (tra cui i titoli abilitativi, i requisiti professionali o la disponibilità dell'immobile o del bene interessato dall'intervento), e da una perizia[58] a firma di un tecnico abilitato, riferita alle condizioni di idoneità dei locali all'uopo da utilizzare (la conformità edilizio-urbanistica, l'agibilità, *et similia*).

A fronte della predetta comunicazione (che abilita anche all'avvio immediato dell'attività) si impone all'amministrazione di accertare l'effettiva sussistenza dei requisiti e dei presupposti nel successivo termine di 60 gg[59].

---

[55] Sussiste un'ontologica incompatibilità tra l'istituto della d.i.a.-s.c.i.a. e l'autotutela amministrativa, posto che la natura privatistica di detta segnalazione mal si concilia con un provvedimento di secondo grado teso a rimuovere una precedente determinazione amministrativa. In proposito, si ritiene che la prospettata criticità possa trovare un'idonea conciliazione nella precisazione che con l'art. 21 *nonies* si rimuovono gli effetti prodottisi a seguito della s.c.i.a. e non un atto amministrativo di primo grado;

[56] In virtù della novella di cui al d.l. n. 77/2021, convertito con la l. n. 108/2021;

[57] L'istituto della s.c.i.a. costituisce espressione del più ampio processo di liberalizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa. Sul punto v. F.G. SCOCA, *Notazioni conclusive su istituti giuridici e liberalizzazioni*, in F. LIGUORI, C. ACOCELLA, *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, pag. 241; F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, pag. 177 ss.; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2010, pag. 3041 ss.; M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 3/2018, pag. 405 ss. Sull'istituto in generale si v. M.A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, pag. 121 ss.; EAD., *Segnalazione certificata di inizio attività*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2017; EAD., *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, in *ead.*, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pag. 215 ss.; F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-sc.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pagg. 1223 ss.; B.G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero l'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pagg. 1328 ss.;

[58] Non necessaria qualora l'iniziativa non presupponga l'uso di un immobile;

[59] In materia edilizia il termine è dimezzato. Tra i più recenti contributi in materia, R. MUSONE, *La doverosità nell'an dei poteri di intervento tardivo sulla s.c.i.a.*, in *Urbanistica e Appalti*, 2021, 3, 401; E. FREDIANI, *Scia, tutela del terzo ed esigenze di coerenza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 5, 579; G. LA ROSA – E.L. BONSIGNORI, *Scia e tutela del*

ISSN 2036-7821

In caso di esito negativo, deve essere adottato un motivato provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti prodotti.
Il *favor* per le iniziative del privato trasuda dalla previsione (sempre del nuovo comma 3) secondo cui, qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente, l'amministrazione, con atto motivato, invita il privato a provvedere, disponendo la sospensione dell'attività e prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime; in difetto di adozione delle misure, l'attività si intende vietata.
Oltre il termine suindicato, la PA potrà azionare i soli poteri di cui al comma 4, per il quale: "*Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies*".
In sostanza, a fronte di una s.c.i.a., tenuto conto della contestuale modifica di cui all'art. 21 *nonies*, può prospettarsi la seguente scansione temporale.
Qualora l'amministrazione verifichi tempestivamente (e nel prescritto termine di 60 gg.) l'assenza di una condizione abilitante l'utilizzo della s.c.i.a. ovvero l'assenza di uno dei presupposti all'uopo previsti, può adottare un atto inibitorio (senza previa comunicazione di avvio del procedimento e senza preavviso di diniego, come previsti, rispettivamente, dagli artt. 7 e 10 *bis* della legge n. 241/1990, non trattandosi di istanza tesa ad ottenere un provvedimento amministrativo).
In tal caso, per evitare facili elusioni del predetto termine, si impone l'adozione e la comunicazione dell'atto inibitorio nel termine previsto[60], di natura perentoria.
Laddove le suddette carenze[61] dovessero emergere dopo il predetto termine, per inibire l'attività intrapresa (ovvero per rimuovere gli effetti prodottisi) si impone la

terzo dopo la Corte Cost. n. 45/2019, in *Urbanistica e Appalti*, 2019, 4, 480, M.A. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in www.federalismi.it, n. 18/2019;

[60] Su tale aspetto le posizioni giurisprudenziali sono tutt'altro che univoche. Secondo alcuni (T.R.G.A. Trento, 9 maggio 2013, n. 150): "*E' pur vero che l'atto inibitorio della d.i.a. ha natura di atto recettizio che, ex art. 21bis della L. n. 241 del 1990, acquista efficacia nei confronti del destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata. Peraltro, applicando i principi generali in materia di notifiche a mezzo posta (comma 3 dell'art. 149 c.p.c.; sent. C. Cost. 26 novembre 2002, n. 477), ne consegue che la decadenza dell'Amministrazione dal potere di inibizione dei lavori è impedita dall'adozione dell'atto e dalla sua tempestiva consegna all'agente postale*". Per altri (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 27 febbraio 2013, n. 1165): "*La mancata notifica dell'atto inibitorio nel prescritto termine di 30 giorni di cui all'articolo 23 D.P.R. n. 380/2001 comporta il consolidamento dell'attività denunciata, la cui eventuale non conformità a legge può essere fatta valere dall'amministrazione comunale nei limiti dell'esercizio del potere di autotutela*". La natura perentoria del termine in esame è stata affermata anche da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 14 giugno 2019, n. 3259, Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5741;

[61] Evidentemente non può trattarsi di mere carenze formali (quale l'assenza di un documento di riconoscimento o di un documento prescritto a corredo della segnalazione);

ISSN 2036-7821

preventiva verifica di tutti i presupposti prescritti per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela, incluso il relativo limite temporale (*id est*: dodici mesi)[62].
In altri termini, il potere di intervento dell'amministrazione sussiste anche dopo la scadenza del termine perentorio per la verifica della legittimità della s.c.i.a., ma trova una diversa base giuridica, potendo essere esercitato solo in presenza dei presupposti individuati dall'art. 21 *nonies* (per l'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi illegittimi); come affermato in sede giustiziale, "*sebbene la d.i.a. e la s.c.i.a. non abbiano natura di provvedimenti amministrativi taciti, gli effetti di esse possono essere legittimamente rimossi, tardivamente, mediante un potere che condivide con quello di annullamento d'ufficio i termini e le condizioni di esercizio*", ossia in virtù dell'adozione di specifici provvedimenti, volti alla rimozione degli effetti della s.c.i.a., con esternazione delle prevalenti ragioni di interesse pubblico concrete e attuali, diverse da quelle al mero ripristino della legalità violata, che depongono per la loro adozione, tenendo in considerazione gli interessi dei destinatari e degli eventuali controinteressati[63].
Pertanto, una volta scaduto il termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio, subentra in capo all'amministrazione un potere residuale, utile a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, da esercitare nel rispetto del limite di tempo ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi[64].
Un potere inibitorio (e di rimozione degli effetti) *sine die* può essere esercitato laddove dovessero emergere dichiarazioni mendaci o false rappresentazione dei fatti, alla stregua del combinato disposto dell'art. 19, comma 4, e dell'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, della legge sul procedimento.
Al contempo, sul piano procedimentale, per garantire un idoneo contemperamento dei contrapposti interessi e per una adeguata ponderazione anche del pregiudizio che il privato subirebbe, risultano doverosi la comunicazione di avvio del procedimento e un articolato supporto motivazionale, con il quale si esternino gli interessi pubblici sottesi alla fattispecie e potenzialmente lesi; onere motivazionale che svilisce qualora dovesse emergere il mendacio del privato.
Con la legge n. 124/2015 non è più prevista la possibilità di rimuove gli effetti della s.c.i.a. con un atto di revoca, ovvero per ragioni attinenti a circostanze sopravvenute o per mera opportunità, posto che il nuovo comma 4 dell'art. 19 richiama solo il potere di annullamento in autotutela (e non anche l'art. 21 *quinquies* concernente la revoca), in tal modo "rafforzando" la posizione del privato.

[62] Si è ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale un Comune, a distanza di nove mesi dal consolidamento di una scia, presentata per il mutamento della destinazione d'uso di un immobile, da uffici a residenza, ha annullato in autotutela la scia stessa, senza esternare le ragioni di pubblico interesse attuale e concreto, diverse dal ripristino della legalità violata, nonché le ragione che hanno indotto la PA a disattendere le deduzioni del privato (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 17 luglio 2019, n. 1298);
[63] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*B*, 25 maggio 2017, n. 6262;
[64] T.A.R. Campania, Napoli, 3259/2019, cit;

ISSN 2036-7821

D'altro canto, mentre il precedente comma 4 consentiva interventi "tardivi" (ovvero oltre i 60 gg.) solo per evitare un danno agli interessi sensibili ivi contemplati (*recte*: il patrimonio artistico e culturale, l'ambiente, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale), la novella richiama i presupposti dell'art. 21 *nonies*, senza alcuna ulteriore specificazione e senza limitazione degli interessi pubblici da tutelare (tra i quali, ora, possono inscriversi anche quelli di matrice urbanistico-edilizia *et similia*).
In tale contesto si pone l'esigenza di tutelare anche i terzi controinteressati che potrebbero essere pregiudicati da un'iniziativa intrapresa in assenza di una s.c.i.a. ammissibile e dall'inerzia nei controlli di competenza della PA.
Di tanto si occupa l'ultimo comma dell'art. 19[65], che impone al terzo di sollecitare l'esercizio dei controlli e, in caso di perdurante inerzia, di esperire i rimedi giustiziali in tema di inadempimento della PA.
Per il Giudice delle Leggi[66], le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-*ter* (su stimolo del controinteressato) sono quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i 60 o 30 giorni dalla presentazione della s.c.i.a., e poi entro i successivi 18 mesi (*ndr*: 12 mesi). Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue[67].
Sempre secondo la Corte, ciò non esclude l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da

[65] Il comma 6 *ter* dell'art. 19 (aggiunto dalla l. 14 settembre 2011, n. 148), nel premettere che la s.c.i.a. e la d.i.a. non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili, precisa che gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (ovvero il rito speciale avverso il silenzio inadempimento);

[66] Corte Cost. n. 45 del 13 marzo 2019 e n. 153 del 20 luglio 2020. Su tale seconda decisione, cfr L. GISI, *Scia e tutela del terzo (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 153 del 2020)*, in www.federalismi.it, n. 36/2020, pagg. 71 e ss.;

[67] La Corte conclude evidenziando che: "*Nella prospettiva dell'interesse legittimo, il terzo, oltre agli strumenti di tutela già previsti:*

- potrà attivare i poteri di verifica dell'amministrazione in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ai sensi dell'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (in questo caso «non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge»);

- potrà sollecitare i poteri di vigilanza e repressivi di settore, spettanti all'amministrazione, ai sensi dell'art. 21, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, come, ad esempio, quelli in materia di edilizia, regolati dagli artt. 27 e seguenti del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia. (Testo A)», ed espressamente richiamati anche dall'art. 19, comma 6-bis;

- avrà inoltre la possibilità di agire in sede risarcitoria nei confronti della PA in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica (l'art. 21, comma 2-ter, legge n. 241 del 1990 fa espressamente salva la connessa responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente, ove la segnalazione certificata non fosse conforme alle norme vigenti)".

ISSN 2036-7821

sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere.

6. La sorte del provvedimento tardivo nell'atecnica disciplina del decreto semplificazioni (n. 76 del 2020).

Ulteriore, ma non secondario, presupposto per l'applicabilità dell'art. 2-*bis* è il mancato rispetto del termine per provvedere.

Del resto, il solo riconoscimento dell'obbligo di provvedere, non collegato alla certezza nel *dies ad quem*, sarebbe stato inadeguato per contrastare l'inerzia amministrativa[68].

Ragion per cui il Legislatore è opportunamente intervenuto anche sotto l'aspetto temporale, rinviando ai termini fissati nelle singole normative di settore (legge statale o atti equiparati, leggi regionali, regolamenti governativi e regionali, fonti di autonomia locale) o, in via residuale, nella stessa legge sul procedimento; in mancanza di qualsiasi previsione di un *dies ad quem*, il termine residuale di conclusione del procedimento è sancito in trenta giorni[69].

In tale contesto va evidenziato come la legge n. 69/2009 abbia risolto una delle maggiori criticità derivanti dalla formulazione dell'art. 2 seguita alla novella di cui alla legge n. 15/2005, la cui applicazione era di incerta configurazione[70]; ha sancito *ex professo* l'obbligo anche per le autonomie locali di rimodulare i tempi dei procedimenti di loro competenza, entro un anno dall'entrata in vigore della legge (termine spirato il 3 luglio 2010); in mancanza, non potranno più applicarsi termini superiori ai novanta giorni, restando efficaci solo quelli inferiori.

Di significativo interesse è la previsione[71] di un mero effetto sospensivo (e non interruttivo[72]) all'eventuale richiesta di integrazione documentale concernente fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni; con la conseguenza che, una volta prodotta l'integrazione, all'amministrazione resta (per

[68] Sul tema, M. LIPARI, I *tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico, e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 372 ss.; prima ancora, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995;

[69] Il termine di 30 giorni era già previsto nella versione originaria della legge, poi modificata (con la previsione del termine di 90 giorni) con la novella del 2005;

[70] Sulle novità introdotte dalla legge n. 15/2005, si rinvia alle opere di G. BACOSI - F. LEMETRE, *Le nuove sembianze del procedimento amministrativo*: *ecco la l. n. 15/2005*, in *Foro Amm.-CdS.*, 2005, 2401; G. FERRERO – F. RISSO, *La nuova legge sul procedimento amministrativo. Prime riflessioni su alcuni aspetti di particolare rilievo*, in *Foro Amm.-CdS.*, 2005, 2784; V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla l. 15/2005 recante modifiche e integrazioni alla legge n. 241/90)*, in www.astridonline.it; F. FRANCARIO, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in www.giustamm.it;

[71] Di cui all'art. 2, comma 7, della legge n. 241/1990, nel testo novellato;

[72] Capace, quest'ultimo, di creare un vero e proprio arresto procedimentale, a seguito del quale il termine per provvedere decorre *ex novo*;

ISSN 2036-7821

concludere il procedimento) il solo tempo non ancora decorso che si aggiunge a quello già maturato all'atto della richiesta di integrazione.
Ai fini del computo, il termine di conclusione del procedimento viene fatto decorrere dal ricevimento dell'istanza[73] (ovvero dall'acquisizione della stessa al protocollo), risultando irrilevante il tempo occorrente (per ragioni organizzative dell'ente) per il concreto avvio dell'istruttoria e per la nomina del responsabile del procedimento.
Va, infine, precisato che la predeterminazione del termine di conclusione del procedimento è da ricondurre a previsioni di carattere generale (in assenza di disposizioni legislative, almeno in sede regolamentare), essendo da rifuggire qualsiasi determinazione (caso per caso) ad opera del responsabile del procedimento (anche se organo di vertice della struttura amministrativa).
Si è ampiamente dibattuto se al termine di conclusione del procedimento possa attribuirsi, o meno, una natura perentoria, nonché se sia sanzionabile (in termini di illegittimità) l'eventuale provvedimento "tardivo".
I due aspetti sono strettamente collegati.
Cominciamo dal primo.
Per pacifiche acquisizioni giurisprudenziali, il *dies ad quem* del procedimento amministrativo viene ritenuto meramente ordinatorio o sollecitorio, il cui decorso (salvo i casi in cui sia stabilito espressamente) non determina il venir meno del potere amministrativo[74].
Per usare un'espressione probabilmente non raffinata, ma certamente esplicativa, può ritenersi che il potere di provvedere non si "consuma", residuando, in capo all'amministrazione procedente, anche in caso di inutile decorso del termine, la possibilità (e, pertanto, l'obbligo) di determinarsi.
Del resto, tale assunto preserva anche l'interesse di cui è portatore il privato-amministrato, il quale, in caso di "consumazione" del potere, dovrebbe necessariamente azionare i rimedi giustiziali per ottenere il provvedimento invocato.
Precipitato di tale assunto è che il provvedimento tardivo non è sanzionabile *ex se*, ovvero per il superamento del termine per provvedere[75].

[73] È quanto sancisce il novellato art. 2, comma 6, della legge n. 241/90;
[74] Costituisce principio generale del diritto quello secondo cui i termini del procedimento amministrativo devono essere considerati ordinatori, qualora non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge; con la precisazione che la natura perentoria del termine può anche essere desunta implicitamente dalla "*ratio legis*" e dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico che lo svolgimento di un adempimento in un arco di tempo prefissato è indirizzato a soddisfare (Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2195). Sulla natura acceleratoria e non perentorio del termine, cfr., anche, T.A.R. Toscana, n. 1417/2018, cit.;
[75] Si è detto anche che l'inosservanza del termine per la conclusione del procedimento non è comunque causa di invalidità del provvedimento che sia stato emesso tardivamente, poiché dopo la scadenza del predetto termine non viene meno il potere-dovere della P.A. di attivarsi comunque per il soddisfacimento degli interessi pubblici affidati alle sue cure (T.A.R. Sardegna, sez. II, 14 giugno 2021, n. 435);

ISSN 2036-7821

Precisamente, quest'ultimo non potrebbe contestarsi per il solo fatto di essere tardivo, non configurando, tale aspetto, un vizio del provvedimento (oltre quelli tipici dell'art. 21 *octies*, comma 1, della l. n. 241/90).
Resta salva la possibilità di richiedere il ristoro dei danni derivanti da un'azione amministrativa "colposamente" tardiva (come sopra ampiamente argomentato).
In sintesi, i termini previsti dall'art. 2 della l. n. 241/1990 per la conclusione del procedimento hanno natura acceleratoria, non contenendo la norma alcuna prescrizione in ordine alla loro perentorietà, né alla decadenza della potestà amministrativa, ovvero all'illegittimità del provvedimento adottato tardivamente[76].
Il mancato rispetto del termine previsto per l'esercizio del potere amministrativo non solo non connota d'illegittimità la stessa azione amministrativa ma, in via di principio, non è tale da ingenerare in capo agli interessati alcun legittimo affidamento in ordine alle future modalità di svolgimento della stessa, permanendo inalterato, in capo all'ente pubblico, il potere di provvedere, nei suoi connotati formali e sostanziali.
Diversamente, come già visto, il termine di sessanta (o trenta) giorni previsto in tema di s.c.i.a. è da considerarsi perentorio, con la conseguenza che, una volta decorso, l'amministrazione può provvedere solo con l'esercizio del potere di autotutela.
Una precisazione si impone.
Le citate considerazioni sono incompatibili con il silenzio-significativo.
Qualora, cioè, all'inerzia, la normativa di settore attribuisca una valenza provvedimentale, sia essa di silenzio-assenso che di silenzio-rifiuto, all'inutile decorso del termine per provvedere segue un "qualificato" effetto giuridico[77].
Per cui, ove sia previsto il silenzio-assenso, in caso di inerzia, il provvedimento si intende rilasciato implicitamente, cosicché l'interessato potrà esercitare l'attività sulla base dell'istanza prodotta e dopo il decorso del termine all'uopo fissato.

---

[76] Il T.A.R. Lazio, Roma, I *quater*, 3 settembre 2008, n. 8026, ha precisato che l'art. 2 della L. n. 241 del 1990, nel prevedere il termine finale per l'esercizio della potestà amministrativa, non attribuisce allo stesso il carattere della perentorietà o qualifica in senso provvedimentale l'inerzia dell'amministrazione; ne consegue che il decorso del termine per l'adozione del provvedimento finale non comporta, in capo all'amministrazione, la perdita del potere di provvedere, ma produce solo l'effetto di abilitare l'interessato ad esperire l'azione prevista per la declaratoria d'illegittimità del silenzio-inadempimento;

[77] Il provvedimento di assenso tacito non può formarsi in mancanza della documentazione completa prescritta dalle norme di settore, in quanto l'eventuale inerzia della PA non può far conseguire agli interessati un risultato che gli stessi non potrebbero mai conseguire in virtù di un provvedimento espresso (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II stralcio, 18 gennaio 2021, n. 693). Il silenzio-assenso previsto si forma a seguito del decorso del termine stabilito dalla legge (senza necessità di ulteriori istanze o diffide), a condizione che sussistano i requisiti formali previsti dalla legge e che, quindi, la domanda sia presentata da un soggetto legittimato ad un'amministrazione che ha l'obbligo di provvedere e deve essere completa della documentazione prescritta, anche al fine di dimostrare che non sussiste nessuno degli interessi sensibili ostativi di per sé alla formazione del silenzio assenso. In questa prospettiva, l'insussistenza dei requisiti sostanziali non impedisce il formarsi del silenzio assenso ma può giustificare, ricorrendone i presupposti, l'esercizio dei poteri di autotutela e l'impugnazione giudiziale (Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2021, n. 512);

ISSN 2036-7821

Analogamente, ove sia prevista una fattispecie di silenzio-rifiuto (si pensi alla richiesta di accesso ai documenti che sia rimasta inevasa), l'inerzia equivale ad un provvedimento negativo (come sancisce l'art. 25 della l. n. 241/90), avverso il quale è possibile esperire i prescritti rimedi giustiziali.

In entrambe le suddette ipotesi, una volta decorso il termine per provvedere, l'amministrazione non può adottare un mero provvedimento di primo grado (positivo o negativo che sia), dovendo agire in autotutela qualora la determinazione che intende assumere sia di contenuto opposto all'effetto del silenzio[78].

In altre parole, se la legge (o un regolamento) prevede che dopo il termine per provvedere si formi il silenzio-assenso, l'eventuale provvedimento favorevole tardivo avrà natura confermativa di un titolo già rilasciato implicitamente; qualora, invece, la PA intenda negare l'autorizzazione richiesta dovrà rispettare le regole ed i criteri per i procedimenti di secondo grado (nella specie, l'annullamento in autotutela del silenzio assenso che si assume illegittimamente formato).

Resta, quindi, da chiedersi quale sia la sorte del provvedimento negativo e di quello inibitorio adottati dopo il formarsi del silenzio assenso implicito.

Su tale profilo è intervenuta la novella di cui al citato decreto semplificazioni (d.l. n. 76 del 2020) che *-inter alia-* ha introdotto nel tessuto normativo dell'art. 2 della legge sul procedimento il comma 8-*bis*.

Ivi si prevede che i provvedimenti, le autorizzazioni, i pareri, i nulla osta e gli atti di assenso comunque denominati, adottati dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c)[79], 14-*ter*, comma 2[80], 17-*bis*, commi 1[81] e 3[82], 20, comma 1, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi adottati dopo la scadenza dei termini di cui all'articolo 19, comma 3 e 6-*bis*, sono inefficaci.

Si fa salvo, conformemente agli indirizzi ermeneutici sopra esposti, l'annullamento d'ufficio, in presenza dei relativi presupposti[83].

Appare evidente come la riforma intenda recepire le conclusioni rassegnate dalla citata giurisprudenza che, come detto, sanziona(va) le determinazioni assunte tardivamente, rispetto ai termini di configurazione di un provvedimento abilitativo

[78] Per analoghe considerazioni, cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 13 aprile 2021, n. 121. Secondo il T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 13 marzo 2018, n. 385: "*Nelle ipotesi di silenzio assenso, una volta decorso il termine fissato dalla legge per provvedere, il relativo potere dell'Amministrazione deve considerarsi consumato, potendo quest'ultima procedere solo in sede di autotutela all'annullamento dell'atto* fictus *illegittimamente formatosi*";

[79] Quarantacinque giorni per l'assunzione di determinazioni in sede di conferenza di servizi;

[80] Quarantacinque giorni per la conclusione della conferenza di servizi simultanea;

[81] Trenta giorni per atti di assenso, di concerto o nulla osta;

[82] Novanta giorni per l'assenso di amministrazioni preposte alla tutela ambientale e paesaggistica;

[83] Evidentemente riferito al titolo abilitativo formatosi implicitamente e agli effetti derivanti dalla s.c.i.a., alla stregua del combinato disposto degli artt. 19, 20 e 21 *nonies* della legge sul procedimento amministrativo, ferma la sussistenza dei presupposti all'uopo prescritti;

ISSN 2036-7821

per silentium ovvero rispetto al limite temporale di provvedimenti inibitori degli effetti della s.c.i.a.

Tuttavia, la previsione dell'inefficacia dell'atto tardivo si presta a plurime criticità al punto da sterilizzare la finalità stessa perseguita dal Legislatore.

La distinzione tra validità ed efficacia del provvedimento appare già nei primi trattati dell'atto amministrativo; in genere la scienza del diritto amministrativo ha seguito le evoluzioni di quella privatistica, salvo però a vedere talora la differenza tra negozio privato e provvedimento nel fatto che solo per il secondo sussisterebbe indipendenza tra le due nozioni[84].

In teoria generale l'efficacia pone un problema che è tuttora aperto: se essa sia da inquadrare nella teoria dell'atto ovvero nella teoria del fatto. Gli eventi dai quali le norme fanno discendere l'attribuzione di efficacia ad atti sono spesso dei meri fatti, e se sono atti, si può pensare che vadano costruiti come atti disgredienti[85].

Nel diritto comune, l'inefficacia in senso lato non costituisce una categoria autonoma ma piuttosto un modo di essere del negozio che accomuna in via descrittiva ipotesi disparate, ogniqualvolta gli effetti negoziali non si producono. Autonoma è invece la categoria dell'inefficacia in senso stretto, che deve essere tenuta rigorosamente distinta dall'invalidità. Il carattere distintivo va ravvisato in ciò che il negozio inefficace è pur sempre un negozio valido e quindi dotato di una propria rilevanza di fronte al diritto[86].

Né può ipotizzarsi che l'inefficacia configurerebbe, in ogni caso, un'ipotesi di nullità[87]. Il dettato normativo non abilita a sostenere tale conclusione.

Il vero problema è sul piano processuale.

La previsione dell'inefficacia dell'atto tardivo, per quanto tesa a favorire la posizione dell'amministrato, non lo esonera dall'attivazione del rimedio impugnatorio per beneficiare degli effetti favorevoli derivanti dal decorso del tempo.

---

[84] Su tali tematiche classiche, R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento amministrativo e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 613;

[85] *Cfr.* G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, 3 ss;

[86] Sull'inefficacia in diritto civile, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, estratto da *ID.*, Manuale di diritto privato, Napoli, 2019;

[87] Per G. MORBIDELLI, *Della triplice forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 660 ss., «le varie graduazioni della nullità, e il sostanziale avvicinarsi di talune ipotesi di nullità alla categoria della annullabilità, discendono dal fatto che il quoziente di disvalore che sta dietro alla scala delle invalidità non è riconducibile entro due soli parametri, attesa la frastagliatissima categoria di interessi da tutelare e connessi bilanciamenti, talché si rende necessaria una articolazione dei disvalori e con essa del regime di invalidità degli atti. Al punto che si può dire che non esiste la 'nullità', ma esistono le nullità e dunque varie forme e regimi di nullità: riprendendo la terminologia invalsa a proposito del diritto di proprietà, si è appunto parlato di variegati 'statuti' della nullità»;

ISSN 2036-7821

Cosicché, a fronte di un diniego "tardivo" o di un atto inibitorio "postumo", l'interessato è comunque onerato della contestazione degli stessi in sede giustiziale al fine di ottenere una pronuncia caducatoria.
Con la paradossale conseguenza che, in caso di mezzo impugnatorio non ammissibile in rito (perché tardivamente proposto o depositato) resterebbe formalmente l'atto "inefficace", con le connesse incertezze sul piano applicativo.
Come osservato[88], la tecnica dell'inefficacia nella sua operatività concreta potrebbe rivelarsi più uno strumento di complicazione che di semplificazione, tanto che si è proposta la sanzione della nullità con i suoi corollari: rilevabilità da chiunque vi abbia interesse, rilevabilità d'ufficio dal giudice, imprescrittibilità, insanabilità[89].
Senonché, come già detto, non sembra che tale tesi possa trovare suffragio nella novella qui in commento.
Né il vantaggio è connesso ad un più ampio arco temporale per ricorrere, posto che, non versandosi nell'ipotesi di nullità, resta il termine decadenziale ordinario.
Si rende necessario, poi, prevenire sviate conclusioni favorite dalla mera interpretazione letterale del comma 8-*bis* in esame.
Come detto, ivi si prevede l'inefficacia dei provvedimenti tardivamente adottati, nei procedimenti di semplificazione menzionati.
Così come scritta, la norma sembra penalizzante per l'amministrato.
L'inefficacia, infatti, dovrebbe riguardare solo i provvedimenti di diniego, non quelli di accoglimento dell'istanza.
Vuol dirsi che, qualora dopo lo spirare del termine, l'amministrazione dovesse determinarsi in senso favorevole, non avrebbe senso ritenere inefficace un provvedimento "confermativo" del titolo implicitamente già rilasciato.
Per quanto tardiva, infatti, tale decisione corrobora la posizione del privato amministrato e, per certi versi, agevola anche l'impugnativa del controinteressato (in quanto riferita a ragioni esplicitate nel provvedimento abilitativo postumo).
Solo nell'ipotesi in cui la decisione tardiva sia di segno contrario che deve prospettarsi una sua inefficacia, per evitare che venga sterilizzata la *fictio iuris* sottesa alla qualificazione positiva del decorso del tempo.
In tale ottica il dettato normativo si presenta anche letteralmente inappropriato.

7. L'inesauribilità del potere amministrativo e la competenza "concorrente" sostenuta dalla discutibile decisione della Plenaria (n. 8 del 2021).

[88] Sono considerazioni di M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, pag. 174 ss.;

[89] Su una articolata ricostruzione, storico-giuridica, della nullità (formale e strutturale) dell'atto amministrativo, con particolare riguardo al *revirement* della Plenaria (sent. n. 2 del 1992), alla vigente disciplina normativa (art. 21 *septies* della legge sul procedimento) ed ai relativi risvolti processuali, si veda F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, n. 1-2021, pag. 135 ss., ed i richiami dottrinari ivi indicati;

ISSN 2036-7821

Nonostante la commentata riforma normativa, resta aperta la problematica concernente l'eventuale consumazione del potere di provvedere a fronte della nomina di un Commissario *ad acta*[90]; fattispecie configurabile laddove non sia contemplato un silenzio significativo.

Secondo una prima risalente impostazione[91], il potere-dovere dell'amministrazione di dare esecuzione alla pronuncia verrebbe meno già dopo la nomina del commissario *ad acta*.

In base ad un secondo orientamento, maggioritario nella giurisprudenza più recente, l'esautoramento dell'organo inottemperante (*recte*: inadempiente) si verificherebbe solo con l'operatività dell'investitura commissariale o, per dirla diversamente, dopo il suo insediamento che attuerebbe il definitivo trasferimento del *munus* pubblico dall'ente che ne è titolare per legge a quello che ne diviene titolare in ragione della sentenza del giudice amministrativo[92].

Al fine di dirimere i contrapposti orientamenti è stato richiesto l'intervento della Plenaria, con l'ord. n. 6925, del 10 novembre 2020, resa dalla VI sez. del Cds.

Con la decisione del 25 maggio 2021, n. 8, la Plenaria ha ritenuto che "*gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario* ad acta, *non potessero essere considerati affetti da nullità, poiché essi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario medesimo; tali atti potranno essere, ricorrendone le condizioni, dichiarati nulli dal giudice per la diversa ipotesi di violazione o elusione del giudicato (art. 21-septies, l. n. 241 del 1990), ovvero annullati perché ritenuti illegittimi*

[90] Per una ricostruzione storico-dottrinale della figura commissariale, v. S. PIGNATARO, *Il commissario* ad acta *nel quadro del processo amministrativo*, Bari, 2019;

[91] La tesi è stata sostenuta da Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3378, secondo cui "*non è sufficiente il mero decorso del termine fissato in sentenza per provvedere affinché l'amministrazione perda il relativo potere, rimanendone invece titolare fintantoché il commissario ad acta non si sia insediato, in quanto soltanto all'atto del suo insediamento si verifica un definitivo trasferimento di poteri, rimanendo precluso all'amministrazione ogni margine di ulteriore intervento, con conseguente nullità degli atti da essa compiuti oltre la suddetta data*". Nello stesso senso *id*., Sez. IV, 1° dicembre 2014, n. 5912; *id*., Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1975; *id*., 27 marzo 2013, n. 1768; *id*., 21 maggio 2010, n. 3214;

[92] Secondo tale impostazione "*… la nomina del commissario ad acta non determina di per sé l'esaurimento della competenza della p.a., in quanto sostituita, a provvedere all'ottemperanza al giudicato, in quanto il venir meno dell'inerzia della stessa, pur dopo la scadenza del termine assegnatole, rende priva di causa la nomina e la funzione del commissario, secondo i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa, non smentiti dalla legge o dalla pronuncia del giudice dell'ottemperanza ed essendo indifferente per il privato che il giudicato sia eseguito dall'amministrazione, piuttosto che dal commissario, perché l'attività resta comunque egualmente soggetta al controllo del giudice*" (Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3378; *id*., Sez. IV, 22 marzo 2017, n. 1300; *id*. 9 novembre 2015, n. 5081; *id*. 3 novembre 2015, n. 5014; *id*. 1° dicembre 2014, n. 5912; *id*., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2244; *id*. 18 dicembre 2009, n. 8409, *id*., Sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2764). In dottrina, la tesi secondo cui il potere di provvedere persiste anche dopo la nomina del Commissario è sostenuta da A. QUARANTA, V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, pagg. 907 ss., secondo cui "*questa soluzione, sul piano generale, rinviene una giustificazione, tra l'altro, nel principio di separazione tra funzioni giurisdizionali e funzioni amministrative che, anche in presenza di una giurisdizione di merito, dovrebbe essere assicurato (avuto riguardo anche agli altri principi rilevanti) nei limiti massimi consentiti. Si potrebbe, pertanto, ritenere che il commissario, prima di adottare le misure attuative del giudicato, debba accertare se l'amministrazione abbia adempiuto, ancorché in un momento successivo al termine assegnato dal giudice amministrativo*";

ISSN 2036-7821

all'esito di domanda di annullamento in un ordinario giudizio di cognizione, ma non possono in ogni caso essere considerati emanati in difetto assoluto di attribuzione e, per questa ragione, ritenuti affetti da nullità; b) il commissario ad acta nominato dal giudice potrà esercitare il proprio potere fintanto che l'amministrazione non abbia eventualmente provveduto; qualora persista il dubbio del commissario in ordine all'esaurimento del proprio potere per intervenuta attuazione della decisione (poiché, ad esempio, questa è reputata dal commissario parziale o incompleta), lo stesso potrà rivolgersi al giudice che lo ha nominato, ai sensi dell'art. 114, comma 7, del c.p.a.; c) gli atti emanati dal commissario ad acta, non essendo espressione di potere amministrativo, non sono annullabili dall'amministrazione in esercizio del proprio potere di autotutela; qualora l'amministrazione intenda dolersi di tali atti (ritenendoli illegittimi ovvero non coerenti con il comando contenuto nella decisione del giudice), potrà esclusivamente rivolgersi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, comma 6, c.p.a., ovvero al giudice del silenzio, ai sensi dell'art. 117, comma 4, c.p.a.; d) qualora il commissario ad acta adotti atti dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, gli stessi sono da considerarsi inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse al giudice dell'ottemperanza o del giudizio sul silenzio; allo stesso modo deve concludersi per la speculare ipotesi di atti adottati dall'amministrazione dopo che il commissario abbia provveduto".

Da una prima sommaria analisi, alcune delle conclusioni rassegnate dalla Plenaria non sembrano pienamente convincenti, anche perché potrebbero alimentare meccanismi farraginosi e atipici, in special modo in presenza di determinazioni assunte sia dall'amministrazione inadempiente che dall'organo commissariale.

Si potrebbe arrivare al punto che il Giudice dell'esecuzione (meglio: dell'ottemperanza o del silenzio, per utilizzare la terminologia della Plenaria) sarebbe chiamato a stabilire (nel caso di provvedimenti adottati sia dalla P.A. che dal Commissario) quale decisione debba prevalere, sulla scorta (sembra) di un criterio temporale o di tempestività della decisione rispetto al quale potrebbe addirittura risultare dirimente (e fuorviante) il comportamento del privato (il quale, ad esempio, potrebbe avere interesse a riscontrare le richieste di integrazione o rettifica formulate dall'uno o dall'altro, tenuto conto della prospettazione ad esso più favorevole).

Né appare convincente il presupposto su cui si basa la decisione della Plenaria ovvero che nessuna norma di diritto positivo abiliterebbe a ritenere la P.A. esautorata dal potere, per cui, allo stato, non potrebbe precludersi alla stessa, anche dopo l'insediamento del Commissario *ad acta*, di adottare la decisione amministrativa.

Vero è, invece, che proprio il paradigma normativo richiamato per disporre la nomina di un Commissario *ad acta* deve ritenersi esaustivo per trasferire a questi la titolarità (temporanea) della funzione amministrativa.

Non c'è bisogno di altra previsione.

Se l'ordinamento contempla la nomina di un organo sostitutivo, implicitamente e conseguentemente dispone un effetto "abdicativo" a favore di quest'ultimo, a

ISSN 2036-7821

decorrere, preferibilmente, dalla relativa nomina o, tutt'al più (sulla scorta dell'orientamento pretorio che si era consolidato), dal relativo insediamento.
Tale soluzione avrebbe plurimi effetti favorevoli.
Da un lato, semplificherebbe i rapporti con gli amministrati, i quali avrebbero un unico interlocutore e non potrebbero temere decisioni a sorpresa o contrapposte.
Dall'altro, eviterebbe il moltiplicarsi di azioni giudiziarie (di natura impugnatoria o in ottemperanza) volte a dirimere conflitti conseguenti a duplici interventi a conclusione del medesimo procedimento; il tutto a vantaggio della certezza delle situazioni giuridiche, che rappresenta uno dei fattori cardine dell'ordinamento giuspubblicistico, nonché della tempestività della definizione del procedimento, che costituisce il fine perseguito dalle novelle sopra commentate[93].

8. Brevi riflessioni conclusive.
La finalità di valorizzare il tempo come bene della vita rappresenta una positiva novità ordinamentale, nell'ottica di un più equilibrato rapporto tra amministrazione e privato/richiedente.
Si scalfisce, ulteriormente, quel tradizionale prototipo di "amministrazione contro" che permea la "*communis opinio*".
Tuttavia, la portata della riforma non sembra particolarmente innovativa, né introduce canoni ermeneutici capaci di favorire radicali cambiamenti.
Del resto, anche l'eventuale azione risarcitoria potrebbe risultare solo lievemente implementata o favorita in considerazione dei plurimi filtri cui soggiace.
In tale ottica, non sembra che la riforma costituisca una leva decisiva verso un'amministrazione celere e tempestiva, capace di riscontare, in tempi ragionevoli, le istanze del cittadino/amministrato, in special modo ove siano funzionali alla promozione di iniziative produttive e imprenditoriali.
Sarebbe stato meglio prevedere, a fronte di provvedimenti tardivi, l'obbligatorietà di una loro rimozione in autotutela, onerando, eventualmente, l'interessato della sola formalizzazione di una richiesta di riesame.
Di certo una ricaduta positiva potrebbero avere le misure premiali, al fine di incentivare le cc.dd. *best practices* e le azioni virtuose (invero, sempre più diffuse), individuando (e premiando), nell'ambito dell'assetto organizzativo dell'Ente, le figure professionali alle quali tali azioni sono riconducibili.
Possibili rimedi potrebbero rinvenirsi (come del resto spesso avviene) in un'interpretazione evolutiva da parte della giurisprudenza, chiamata, in sede di contenzioso, ad accertare la ricorrenza dei predetti presupposti e, quindi, a valutare

[93] Sul tema, F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, p. 36.; M. CORSALE, *Certezza del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, p. 1;

ISSN 2036-7821

quando il danno sia ingiusto e sia riconducibile ad un'azione almeno colposa della P.A., con interpretazioni estensive dell'ingiustizia e della colpa.
Allo stesso tempo sarebbe auspicabile un "consolidamento" della vigente normativa, evitando continue e (spesso) incomprensibili "novelle" o modifiche, riconducibili, peraltro, a provvedimenti "*omnibus*" o di "mille proroghe", visto che ad esse (non può revocarsi in dubbio) sono imputabili incertezze e dannosi ritardi.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Riforma in itinere degli artt.9 e 41 della costituzione: l'habitat umano quale bene collettivo unitario.

di Massimiano Sciascia

(Professore straordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università Telematica "Pegaso")

Sommario

1. Riforma in itinere degli artt.9 e 41 della Costituzione; 2. Natura giuridica del bene collettivo. 3. Titolarità e rilevanza economica dei beni collettivi; 4. Dagli interessi diffusi ai beni collettivi correlati all'habitat; 5. L'ambiente e la salute; 6. Il paesaggio e la cultura; 7. La fruibilità ed il regime giuridico dei beni collettivi.

Abstract

The constitutional bill C. 3156, approved on 9 June 2021 by the Senate Assembly in a unified text (S. 83 and combined), modifies Article 9 and Article 41 of the Constitution, in order to introduce the protection of the environment in their forecasts.

In this way, the aim is to articulate the principle of environmental protection, in addition to the mention of "protection of the environment, ecosystem and cultural heritage" provided for by Article 117, second paragraph of the Constitution - introduced with the reform of the Title V approved in 2001 - in the part in which it lists the matters over which the State has exclusive legislative competence

ISSN 2036-7821

1. Riforma in itinere degli artt.9 e 41 della Costituzione.

Il progetto di legge costituzionale C. 3156, approvato il 9 giugno 2021 dall'Assemblea del Senato in un testo unificato (S. 83 e abbinati), modifica l'articolo 9 e l'articolo 41 della Costituzione, al fine di introdurre la tutela dell'ambiente nelle loro previsioni.

In tal modo si mira a dare articolazione al principio della tutela ambientale, ulteriore rispetto alla menzione della "*tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*" previsto dall'articolo 117, secondo comma della Costituzione - introdotto con la riforma del Titolo V approvata nel 2001 – nella parte in cui enumera le materie su cui lo Stato abbia competenza legislativa esclusiva.

Il progetto di legge costituzionale approvato dal Senato si compone di tre articoli.

L'articolo 1 aggiunge un nuovo comma all'articolo 9, al fine di riconoscere nell'ambito dei Principi fondamentali enunciati nella Costituzione un principio di tutela ambientale. Pertanto, accanto alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione, richiamato dal secondo comma, si attribuisce alla Repubblica anche la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi. Viene infine inserito un principio di tutela degli animali, attraverso la previsione di una riserva di legge statale che ne disciplini le forme e i modi.

In particolare, dopo le parole "[la Repubblica] *tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*" si prevede l'aggiunta di un nuovo comma: "*tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme della tutela degli animali*".

L'articolo 2 a sua volta modifica l'articolo 41 della Costituzione in materia di esercizio dell'iniziativa economica. In primo luogo, interviene sul secondo comma e stabilisce che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in danno alla salute e all'ambiente, premettendo questi due limiti a quelli già vigenti, ovvero la sicurezza, la libertà e la dignità umana. La seconda modifica investe, invece, il terzo comma dell'articolo 41, riservando alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica, pubblica e privata, a fini non solo sociali, ma anche ambientali.

L'articolo 3 reca una clausola di salvaguardia per l'applicazione del principio di tutela degli animali, come introdotto dal progetto di legge costituzionale, alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano.

Va osservato preliminarmente che, in mancanza di un riferimento formale all'ambiente, la tutela del "paesaggio", costituzionalmente sancita dall'articolo 9 nella sua formulazione originaria, è stata costantemente intesa dalla giurisprudenza costituzionale, con lodevole interpretazione espansiva, come tutela paesaggistico-ambientale, ancorché si tratti di materie ontologicamente diverse.

In tale prospettiva l'habitat si configura non come mero bene o materia a mero rilievo ai fini della competenza, bensì come valore primario e sistemico a carattere unitario[1].

[1] C.Cost. sentenze n. 378 del 2007, n. 407 del 2002, n. 12 del 2009, n. 179 del 2019, n. 71 del 2020.

ISSN 2036-7821

Su questa evoluzione interpretativa della tutela, da solo paesaggistica (dunque morfologica, visiva, culturale) ad anche ambientale (costitutiva, valoriale, comunitaria), è intervenuta altresì la riforma del Titolo V, che ha modificato l'articolo 117, secondo comma della Costituzione.
In tale ambito è stata introdotta la previsione della "tutela" dell'ambiente e dell'ecosistema, tra le materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (con attribuzione invece della "valorizzazione" dei beni ambientali alla potestà concorrente delle Regioni). Qui l'ambiente come valore costituzionalmente protetto fuoriesce da una visuale esclusivamente 'antropocentrica'; infatti nella formulazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera *s)*, ambiente ed ecosistema non si risolvono in un'endiadi, in quanto, "*col primo termine si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sè*"[2].
A questo punto dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale dell'habitat umano costituito da un complesso di valori connessi, occorre approfondire l'inquadramento di esso nell'ambito delle categorie logiche dei beni giuridici al fine rendere organica la sistematica delle forme di tutela.

2. Natura giuridica del bene collettivo.
Il codice civile, al primo titolo del libro III, definisce bene la cosa che può formare oggetto di diritti.
In altri termini la cosa diviene bene, allorché abbia l'idoneità a soddisfare un interesse dell'uomo, sì da avere rilevanza per il diritto che in quanto tale la qualifica come bene.
Dunque il concetto di bene coincide con una qualificazione giuridica di ciò che può formare oggetto di interesse umano[3], in quanto presenta un'utilità da tutelare.
La nozione di bene, collegata in tal modo al dato formale, storicamente si evolve da una concezione materialistica della cosa collegata alla percezione sensoriale ad una sempre più astratta comprendente i valori sempre nuovi dello spirito umano.
Anche la relazione tra uomo e bene si modifica in coincidenza dell'affermazione di una maggiore sensibilità acquisita dalla società occidentale che, giunta ad un generalizzato benessere, eleva l'animo verso una dimensione della vita umana pregnata da sempre nuovi bisogni di carattere soggettivo e anche super-individuale.
Si tratta di valori umani e sociali che smaterializzano il concetto stesso di bene, trasformandolo in una pretesa alla qualità della vita.
È così possibile distinguere i beni giuridici in senso stretto, comprendenti quei beni economici oggetto di appropriazione individuale, dai beni giuridici in senso lato, che

[2] C.Cost. sentenza n. 12 del 2009.
[3] A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1992, 367-368.

ISSN 2036-7821

sono da considerare tali per effetto di una tutela diretta da parte della legge nell'interesse della collettività[4].
Tale costruzione consente di evidenziare i caratteri differenziali tra queste due categorie di beni giuridici, anche e soprattutto ai fini della tutela.
Infatti relativamente ai beni giuridici in senso stretto, che possono denominarsi individuali, la tutela predominante è di carattere soggettivo, assicurata dal giudice civile e dal giudice amministrativo, ancorché non manchino forme di tutela oggettiva predisposte dal sistema penale.
I beni giuridici in senso lato, che possono denominarsi beni collettivi, invece godono di una tutela eminentemente oggettiva prevista non solo e non tanto in sede penale, ma soprattutto a livello di ordinamento gestorio, detto comunemente contabile, laddove gli interessi generali della collettività rilevano direttamente come tali[5].
La predetta dicotomia non corrisponde a quella tra beni individuali e beni collettivi, in quanto una tendenza all'uniformazione ha portato col tempo ad estendere a beni certamente di natura collettiva, in cui rileva essenzialmente la funzionalizzazione, la disciplina giuridica propria dei beni privati dominati dalla dimensione dell'appartenenza individuale.
Un primo esempio è costituito dal demanio[6], in particolare quello naturale (quale lidi, spiagge, fiumi, laghi, ecc.) e da parte del c.d. patrimonio indisponibile (foreste) previsto nel codice civile, in cui sono compresi beni di diretta fruibilità da parte della comunità e certamente *extra commercium*[7].
Un altro esempio è rappresentato dai cc.dd. diritti di uso pubblico (ad es. su strade vicinali o private) e dagli usi civici (diritto di legnatico a favore di piccole comunità locali, ecc.)[8].
Questo fenomeno di assimilazione di beni collettivi al consolidato e accettato istituto della proprietà, ancorché qualificata come pubblica per alcuni aspetti differenziali rispetto al diritto comune, é stato il risultato di un percorso storico su cui ha inciso la logica patrimonialista dei regni germano-barbarici nel lungo medioevo.
Invero solo in tempi recentissimi si è tentato in giurisprudenza[9] un approccio sistematico al tema del rapporto tra beni pubblici e beni collettivi, ancorché nella Costituzione manchi un solido ancoraggio, partendo dalla presa d'atto di una nuova esigenza giuridica, già manifestatasi a livello sociale, meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, che porta a « … *guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-*

[4] S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1964,. 61 e segg.
[5] P. MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990, 88 e segg.
[6] G.TERRACCIANO, *Il demanio quale strumento di finanza pubblica*, Giappichelli, 2003.
[7] M.A. SANDULLI, *La proprietà nel diritto pubblico*, in *Trattato dei diritti reali* (a cura di A. Gambaro e U. Morello), Milano, Giuffrè, 2012.
[8] M.ZACCAGNINI-A.PALATIELLO, *Gli usi civici*, Napoli, 1984, 3.
[9] Cass. civ. sez. un. 14 febbraio 2011 n. 3665.

ISSN 2036-7821

collettivistica. Ciò comporta che … più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi». La conseguenza di questo ragionamento conduce a superare la tradizionale dicotomia "beni pubblici-beni privati", completamente schiacciata sull'individuazione della titolarità giuridica del bene, per valorizzarne invece, a fini definitori, anche la relativa funzione sociale e gli interessi collettivi che i singoli beni catalizzano. Pertanto, «*… là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini*».

Ciò premesso il bene collettivo va individuato con riferimento da un lato ad aspetti fisionomici quali l'afferenza ad una comunità, dall'altro alla disciplina positiva, e quindi al regime giuridico cui è sottoposto[10].

In dottrina si dibatte se i beni collettivi costituiscano[11] o meno[12] un "*tertium genus*" rispetto alla dicotomia proprietà privata e pubblica.

I beni collettivi vanno a loro volta distinti in beni divisibili, a fruizione individuale, e beni indivisibili, a fruizione collettiva[13].

3. Titolarità e rilevanza economica dei beni collettivi.

Posta la distinzione tra beni giuridici, occorre affrontare immediatamente il discorso connesso dell'afferenza degli stessi, in quanto non è ipotizzabile un'utilità se non nei confronti di soggetti giuridici.

Per i beni in senso stretto il problema è di facile soluzione, in quanto sono stati definiti da oltre due millenni gli istituti della proprietà e dei diritti reali in generale, cui collegare la nozione di appartenenza.

Tali beni appartengono, oltre che a soggetti individuali, a collettività determinate, quali le società ed enti pubblici e privati, nonché anche a gruppi ben definiti e ristretti con forti vincoli che li astringono.

---

[10] V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. pubbl.*, II, Torino, 1987, 273. Per un excursus storico al riguardo V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici e diritti collettivi*, Padova, 1983, 302 ss.

[11] P. GROSSI, *I beni: itinerari fra "moderno" e post-moderno"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1059. I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2016, 464, F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, *ivi*, 381 ss., , E. VITALE, *Distinguendo. Un'applicazione alla dottrina dei beni comuni*, *ivi*, 409.

[12] M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2016, 375 ss., S. STAIANO, *"Beni comuni" categoria ideologicamente estenuata*, *ivi*, 417.

[13] Cass. civ. sez. un. n. 3164/1975, in *Foro it.* 1976, I, 385, Cass. civ. sez. un. n. 1463/1979, *ivi* 1979, I, 939.

ISSN 2036-7821

Invece per i beni in senso lato il discorso diviene più complesso, in quanto essi non fanno capo a soggetti individuali, ma a comunità indifferenziate di cittadini[14].
Si tratta cioè di beni-funzione, in cui è assorbente la destinazione a soddisfare bisogni collettivi, talché sono stati definiti come beni « liberi »; intendendo per tali quei beni direttamente riconducibili alla comunità interessata, costituente entità diversa dai suoi enti anche esponenziali, alla cui cura di carattere amministrativo sono istituzionalmente affidati[15].
Tale definizione non deve implicare l'inapplicabilità ad essi della categoria logico-giuridica dell'appartenenza, bensì di una precisazione della stessa.
Relativamente ai beni collettivi, il discorso sull'appartenenza si muove infatti al di fuori dei tradizionali schemi dei diritti reali, in quanto essi sono strumentali al soddisfacimento di bisogni propri della comunità[16].
L'appartenenza, epurata da ogni aspetto di relazione fisica, ridonda ad afferenza, intesa come riferibilità a comunità utilizzatrici di tali beni che sono quindi interessate alla loro tutela.
La collettività o comunità è peraltro un'entità giuridica autonoma e separata dai suoi componenti, in quanto oggetto di autonoma considerazione da parte dell'ordinamento[17].
La stessa Costituzione, all'art. 9, si riferisce al «patrimonio artistico e storico della Nazione », mentre l'art. 2 della legge n. 349/1986 si richiama al « patrimonio naturale della Nazione », e così via.
Al di là del *nomen iuris* di «Nazione » ed a volte di «Popolo» è chiaro l'intento costituzionale e legislativo, espresso anche nel titolo V, di considerare la Comunità, o meglio le Comunità ai vari livelli territoriali come soggetti unitari titolari di diritti collettivi[18].

---

[14] Vedi lo schema di disegno di legge delega al Governo per la modifica delle parti del Codice civile riguardanti i beni pubblici elaborato dalla Commissione sui beni pubblici, istituita presso il Ministero della giustizia il 21 giugno 2007 e presieduta da Stefano Rodotà.

[15] C. Cost. sentenza 17 dicembre 1987 n. 641. G. CORREALE, *I beni pubblici: sul superamento della distinzione tra beni demaniali e patrimoniali indisponibili*, in *Nuova Rass.* n. 3, 248 e segg.

[16] P. GROSSI, *«Un altro modo di possedere». L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, 78.

[17] P. MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990, 51 e segg., in cui si evidenzia storicamente la soggettività della collettività sin dal diritto romano arcaico. V. anche Cass. S.U.CC. sentenza 14.2.2011, n. 3665, secondo cui «*… là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini*».

[18] v. V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in Digesto discipline pubbliche, Utet, Torino, 1987 : La tutela dell'uso pubblico di un bene comune urbano, ancorché di proprieta` privata, farebbe capo al Comune in quanto rappresentante della Comunità di cittadini, cui lo stesso diritto sia imputato.

ISSN 2036-7821

Tale fenomeno di intestazione dei beni collettivi alle realtà territoriali ha trovato terreno fertile per le città in quanto tali[19] e per gli spazi pubblici cittadini a fruizione collettiva[20].
A questo punto occorre definire le caratteristiche di tali beni ed in particolare la loro rilevanza economica.
Il patrimonio è infatti l'insieme dei rapporti giuridici con diretta rilevanza economica di cui una persona è titolare[21].
La patrimonialità presenta quindi un aspetto soggettivo ed uno oggettivo.
Quanto al primo aspetto, indicante la circostanza che il bene rientra nella sfera giuridica di un soggetto, certamente i beni collettivi appartengono alla collettività nazionale ed a quelle minori territorialmente limitate.
Quanto al secondo aspetto, il bene deve essere economicamente valutabile *ex se* o indirettamente nella considerazione dei soggetti.
Non è invece accettabile un'equivalenza dell'economicità con la commerciabilità assoluta, che è propria solo dei beni di natura prettamente individualistica.
Invero una commerciabilità relativa si collega sempre alla valutabilità in termini economici, nel senso minimale che una lesione al bene collettivo determina l'esigenza di ripristino che certamente ha un peso economico.
Il bene collettivo «si presta ad essere valutato in termini economici e può ad esso attribuirsi un prezzo»[22], anche se rimane pur sempre un "*common pool goods*" o "*common pool resources*" nella prospettazione del Common law [23].
La stessa configurabilità di una lesione patrimoniale ad un bene collettivo presuppone la valutabilità economica ed un valore di scambio dello stesso.

4. Dagli interessi diffusi ai beni collettivi correlati all'habitat.
Le nuove esigenze, emerse attualmente nei Paesi dell'Europa continentale, di fruizione e di tutela di valori sentiti dalla coscienza sociale si sostanziano, a livello di

[19] *La città (urbs, civitas e polis) é innanzitutto una realtà fisica fatta di spazi pubblici e di spazi privati, un intreccio tra luoghi ad uso esclusivo, luoghi aperti alla circolazione delle persone e delle cose, agli scambi sociali ed alla comunicazione, e strutture ed impianti (pubblici ma anche privati) strumentali allo svolgimento di attività e servizi fondamentali per la vita della città stessa (acquedotti, fognature, illuminazione, strutture sanitarie e sociali, scuole, biblioteche, musei, etc.)*: così P.BIONDINI, *Beni pubblici e beni comuni: città, spazi pubblici e beni urbani a fruizione collettiva*, Labs. v. anche J. B. AUBY, *Droit de la ville: dufonctionnement juridique des ville sau droit a`la Ville*, Lexis Nexis, 2013.

[20] D. INNERARITY, *Il nuovo spazio pubblico*, Meltemi, Roma, 2008. Su spazi pubblici e spazio pubblico dal punto di vista giuridico vedi F. DI LASCIO,*Espace public et droitadministratif*, in Philonsorbonne, 8, 2014; F. DI LASCIO,*La regolazione amministrativa degli spazi urbani*, in Munus, 2, 2016. S. FOSTER, C. IAIONE,*The city as a commons*, in Yale Law and Policy Review, vol. 34, 2016;M.R. MARELLA,*La difesa dell'urban commons*, in ID. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato, Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, Verona, 2012.

[21] A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1992, 369-370.

[22] C. Cost. sentenza 17 dicembre 1987 n. 641.

[23] S. FOSTER, C. IAIONE,*The city as a commons, in Yale Law and Policy Review*, vol. 34, 2016;M.R. MARELLA,*La difesa dell'urban commons*, in ID. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato, Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, Verona, 2012.

ISSN 2036-7821

diritto, in posizioni giuridiche soggettive di natura pubblica, qualificate come tali dalla Costituzione e dalle leggi.
In precedenza la concezione autoritativa ivi dominante portava ad affidare tali valori alla cura esclusiva dei vari enti pubblici, specie territoriali, considerandoli così interessi (soggettivamente) pubblici.
Negli ultimi decenni dello scorso secolo la situazione è profondamente mutata, in quanto si assiste ad una trasformazione del concetto stesso di tale tipologia di beni giuridici, che tende ad individuare la diretta afferenza alla comunità, prescindendo dal discorso dell'appartenenza almeno intesa nel senso tipico della proprietà.
Si tratta essenzialmente della salvaguardia e della valorizzazione dell'habitat umano sia naturale che urbano, ormai unitariamente inteso come luogo in cui si svolge l'esistenza degli esseri viventi, correlandosi al diritto alla salute, ed in cui si esplica la spiritualità dell'uomo, correlandosi così ai i diritti della personalità[24].
Tali valori comuni sono così considerati sotto il profilo oggettivo rientranti nelle competenze istituzionali di enti pubblici cui la legge affida la cura[25], e sotto il profilo soggettivo come «interessi » che, per non riguardare in maniera differenziata alcun soggetto determinato, vengono qualificati « diffusi »[26] per negarne ogni rilevanza giuridica ai fini della tutela giurisdizionale diretta.
Quindi dagli anni settanta del secolo scorso il giudice amministrativo li ammette a tutela, come interessi legittimi, ai fini dell'eliminazione dell'atto amministrativo lesivo (nella specie dell'ambiente), semprecché siano individualizzati in capo ad un'associazione o un ente portatore statutariamente della protezione dei valori in questione.
D'altro lato la Corte dei conti imposta una giurisprudenza per la tutela risarcitoria ad azione pubblica di tali valori, considerati come beni giuridici della comunità[27], richiamando così la teorica economica dei *publics goods*[28].

---

[24] C. Cost. sentenza 20.2.1995, n. 46. Nella dottrina spagnola, interessanti spunti su questo delicato aspetto si rinvengono in Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, prima ediz., Madrid, 1999, *passim*.

[25] R.NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, pag. 10, secondo cui gli interessi individuali sono quelli che fanno capo all'individuo; gli interessi collettivi sono gli interessi di quelle entità sociali intermedie promananti dalla comunità che l'ordinamento giuridico qualifica in senso oggettivo, perché sono centri di interesse e di attività alle quali sono immediatamente da riferire quegli interessi e da imputare quelle attività e le loro conseguenze; gli interessi pubblici, infine, sono quelli che hanno come punto di riferimento soggettivo la stessa comunità generale o anche comunità minori che di quella siano derivazioni o anche entità che, comunque, siano dall'ordinamento riconosciute come figure soggettive pubbliche.

[26] M. SCIASCIA, *La giurisdizionalità della funzione di controllo della Corte dei conti a tutela degli interessi diffusi*, in *Rivista della Corte dei conti*, nn. 3-4/82.

[27] La prima decisione in tal senso è la n. 39/1973, in *Foro it*., Rep. 1974, relativa a scempi edilizi nella zona del Parco Nazionale d'Abruzzo.

[28] I *Public goods* sono, nel linguaggio degli economisti, quei beni che presentano le caratteristiche della indivisibilità e della non escludibilità. Cfr. COOTER-ULEN, *Law and Economics*, Usa, 1988, pag. 108.

ISSN 2036-7821

Infine interviene il legislatore, relativamente all'ambiente, ammettendo la tutela eliminatoria affidata al giudice amministrativo, nonché la tutela risarcitoria però affidata in un primo tempo al giudice ordinario (art. 18 legge 8 luglio 1986 n. 349) e quindi, *res melius perpensa*, di nuovo — relativamente ad amministratori e funzionari pubblici — alla Corte dei conti (art. 313 co. 6° D.Lgs. 3 aprile 2006 n.152), prevedendo altresì per i rimanenti soggetti un meccanismo amministrativo di determinazione del danno ambientale con eventuale ricorribilità al giudice amministrativo avverso l'ordinanza conclusiva[29].

5. L'ambiente e la salute.

L'individuazione dei vari beni collettivi, in particolare quelli correlati all'habitat umano, deve essere condotta sulla base del diritto positivo, nel senso che sono tali solo quelli qualificati dalla Costituzione e dalle leggi.

In primis si ritrova l'ambiente, che ha dato luogo ad un particolare approfondimento sotto tutti i profili, tanto da determinare un ramo specifico specialistico denominato diritto dell'ambiente[30].

La rilevanza di esso quale bene giuridico è stata inizialmente travagliata, in quanto, ignorato originariamente dalla Costituzione, era ritenuto in una nozione multiforme e composta da più elementi, tra cui alcuni intolleranti per loro natura ad un regime proprietario individuale come le *res nullius* e le *res communes omnium*, insuscettibili di considerazione unitaria[31].

Alla fine ha prevalso, anche per merito della giurisprudenza contabile, una visione unitaria[32], seguita poi dalla Corte Costituzionale in numerose pronunce[33].

Il fatto che l'ambiente possa essere fruibile in varie forme e in diversi modi, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene che l'ordinamento prende in considerazione unitariamente[34].

Per ambiente si intende il complesso degli elementi nel loro equilibrio ecologico attinenti alla biosfera ed ai singoli ecosistemi in cui si svolge la vita dell'uomo[35] o

[29] M. SCIASCIA, *Tre giudici per l'ambiente*, in *Civiltà Aurunca*, nn. 6-7/88.

[30] B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990; P. MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990, pagg. 88 e segg.; J. TAVARES, *Direito do ambiente, administracao publica e garantias de legalidade e dos particulares*, in *Estudos de administracao e financas publicas*, Coimbra, 2004, pagg. 155 e segg.; D. AMIRANTE, *La forza normativa dei principi: il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006.

[31] V. CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, in *Foro Amm.* 1987, pag. 257.

[32] POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1985 pag. 32.

[33] C.Cost. sentenze n. 378 del 5 novembre 2007, n. 104 del 2008, 23 gennaio 2009, n. 12

[34] C. Costituz. sentenza 17 dicembre 1987 n. 641.

[35] In tal senso Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 1989, n. 440, in *Corr. Giur.* 1989, p. 505, con nota di GIAMPIETRO, *Il riconoscimento del danno ambientale davanti alle sezioni unite civili;* e Cass. pen., 14 aprile 1991, in *Nuova giur. civ.*

ISSN 2036-7821

anche il sistema delle condizioni e delle interrelazioni fra esseri animati ed inanimati che assicurano il perpetuarsi della forma umana della vita.
Al di là delle definizioni che possono apparire roboanti e retoriche, di certo si tratta di una forma di indiretta tutela del bene fondamentale della salute.
La considerazione unitaria non esclude l'immediato rilievo di singoli fattori ambientali, cioè degli elementi dell'ambiente suscettibili di agire direttamente sugli esseri viventi almeno durante una fase del loro ciclo di sviluppo[36] in sé e nelle loro correlazioni.
L'ambiente si articola quindi in una pluralità di beni collettivi che corrispondono ad altrettanti valori del genere umano. In particolare l'acqua, quale componente essenziale dell'ecosistema, è ormai sentita come elemento fondamentale del sistema-ambiente, assurgendo alla funzione di risorsa, di realtà biotica complessa costituente uno dei presupposti esistenziali vitali della specie umana[37].
Il nesso che lega indissolubilmente ambiente e vita umana porta a configurare una sorta di "diritto fondamentale all'ambiente", da collocare sullo stesso piano di altri diritti di rango cosiddetto super-primario, quali quello alla vita o alla salute[38].
La salute, oltre ad essere a base dell'ambiente, è ammessa anche a tutela diretta come bene collettivo in sé nella sua oggettività, in aggiunta alla tutela come bene individuale, come prevede espressamente la Costituzione all'art.32.

6. Il paesaggio e la cultura.

L'ambiente si distingue da una nozione apparentemente simile che è quella di paesaggio, inteso come una parte del territorio nella percezione delle popolazioni, il cui aspetto può essere determinato da influssi naturali, seminaturali e antropici.
L'essere umano, con la sua percezione, identifica nel territorio il paesaggio e, con le sue attività, può influenzarne in modo decisivo l'evoluzione.
Il paesaggio, come aspetto formale del territorio, esprime la sintesi visibile del contesto naturale (sia fisico che biologico) delle attività dell'uomo (dalle eredità storiche, alle testimonianze artistiche, agli aspetti economici, alle condizioni sociali ecc.) e della loro collocazione in un ambito culturale[39].

---

comm., 1991, I, pag. 785, con nota di ALPA. V. anche: Cass. civ. sez. un. n. 3164/1975 (in *Foro it*. 1976, I, 385), Cass. civ. sez. un. n. 1463/1979 (*ivi* 1979, I, 939).

[36] ARDAJOZ, *Manuale di ecologia*, Milano, 1977, pag. 13, secondo cui l'ambiente si distingue nei seguenti fattori: climatici (temperatura, luce, umidità relativa, pioggia), fisici non climatici (ambienti acquatico ed adafico), alimentari, biotici (interazioni intraspecifiche e fra specie diverse).

[37] C. St. VI sez. sentenza n. 2001 del 13 gennaio – 11 aprile 2006.

[38] L. MEZZETTI, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001, 99 s; P. MADDALENA, *L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2007, 477 ss., L. RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2003, 9 ss..

[39] G.TERRACCIANO, *La tutela dei beni ambientali; la gestione dei vincoli paesaggistici*, in Gazzetta ambiente, 4/5 1995, 239.

ISSN 2036-7821

Analizzando tale definizione si rilevano due grandi categorie di beni del genere, cioè beni naturali ed urbanistici.
I beni paesaggistici naturali a loro volta si distinguono in beni assolutamente naturali consistenti in porzioni territoriali allo stato di natura, aventi carattere geografico o ecologico unitario e di rilevante interesse ai fini della storia naturale, come le aree naturali (quelle che presentano singolarità geologiche, come vette, rocce, rive, isole, vulcani, ecc.) e le aree ecologiche (aree di simbiosi florifaunistiche tipiche o singolari), nonché in beni relativamente naturali che documentano una civile trasformazione dell'ambiente naturale ad opera dell'uomo (cioè paesaggi artificiali creati per intervento dell'uomo nelle varie epoche e che rappresentano forme di raggiunto equilibrio tecnico-artistico).
Vi sono poi i beni urbanistici costituiti da strutture insediative di particolare pregio, in quanto testimonianze di civiltà nelle varie manifestazioni della storia umana, le quali a loro volta possono essere tipicamente urbane o non[40].
Il paesaggio viene sempre più percepito, quindi, come un bene culturale, o come un archivio storico, nel quale sono visibili le tracce della storia degli esseri umani e della natura.
Ma il paesaggio non esaurisce la considerazione dei beni culturali, che sono anche oggetto di autonoma considerazione da parte della legge anche per singoli mobili o immobili e per siti limitati, come i centri storici delle città d'arte che sono al limite tra costituire paesaggio urbano e bene culturale complesso[41].
La categoria del bene culturale — riconosciuta a livello legislativo dall'art. 148 del D.Lgs. 112/98 e dal D.Lgs. 42/2004 —, comprende quei beni che compongono il patrimonio storico, artistico, demo-etno-antropologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà così individuati in base alla legge.
A proposito di essi, è interessante osservare il tentativo di proporre una ricostruzione del complesso dei vincoli negativi e positivi gravanti su beni culturali utilizzando la nozione di «gestione» affidata al soggetto proprietario, cui si impone la conservazione ed a volte la fruibilità da parte della comunità attraverso apposite convenzioni[42].

[40] Definizioni tratte dalla XXXIV Dichiarazione in « *Per la salvezza dei beni culturali in Italia* », Roma, 1967, pag. 69 degli Atti e documenti della commissione istituita con legge 26 aprile 1964 n. 310.
[41] M. SCIASCIA, *Tutela del centro storico quale bene culturale innanzi alla Corte dei conti*, in *La questione dei centri storici*, Giuffrè, 1997.
[42] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, pagg. 199-200, che richiama Cons. Stato sez. VI n. 561/1996.

ISSN 2036-7821

7. La fruibilità ed il regime giuridico dei beni collettivi.

I beni collettivi per loro natura sono aperti alla diretta utilizzabilità ("*uti*") ed al godimento ("*frui*") generale, nel senso che di essi possono fruirne tutti i soggetti, rispettandone i limiti.

L'amministrazione, alla pari di ogni altro soggetto, deve astenersi da qualunque comportamento che possa ledere tali beni[43].

Ad essa ne è rimessa la gestione, nell'ambito di limitate funzioni di settore corrispondenti alle varie tipologie di tali beni, nel senso di consentire la fruibilità da parte di ogni componente la collettività attraverso l'accurata conservazione e valorizzazione dei beni collettivi, di provvedere alla predisposizione delle migliori modalità per il godimento comune di essi, nonché di prevenire e reprimere i comportamenti individuali lesivi, ripristinandone l'integrità.

Gli ordinamenti di settore aventi ad oggetto tali beni pongono le norme necessarie allo svolgimento delle suddette attività di gestione, senza però avere la possibilità di comprimerli o di limitarli in alcun modo, salvo le interferenze derivanti dall'esercizio di funzioni di amministrazione quali la sicurezza, l'ordine pubblico, la difesa, l'igiene, la salute, ecc.

Le posizioni giuridiche soggettive corrispondenti a tali beni, quali diritti di cui è direttamente titolare la comunità di afferenza sono infatti inalienabili, incedibili ed incomprimibili anche dalla legislazione ordinaria, essendo essi direttamente garantiti dalla Costituzione; sicché non si degradano a fronte dell'esercizio di potestà amministrative autoritative, per cui sono tutelate quanto al godimento innanzi al giudice ordinario e quanto alla integrità del loro contenuto economico innanzi alla Corte dei conti.

[43] E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2006.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Applicazioni affievolite del principio di effettività nei confronti del contribuente.

di Laura Letizia

(Ricercatrice di Diritto tributario presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. Il principio di effettività e i limiti di esplicazione in materia tributaria; 2. Fase ante provvedimento amministrativo-tributario: l'invito a comparire non è generalizzato; 3. Fase post provvedimento amministrativo-tributario: l'istituto del reclamo/mediazione esclude il contraddittorio; 4. Fase processual-tributaria: le dichiarazioni sostitutive di atti notori di terzi hanno limitata efficacia probatoria; 4.1. Misure di revisione del contenzioso: il contribuente-creditore non è sempre tutelato.

Abstract

Through application exercises, some tools are analyzed in the perspective of the action of the administration and the tax jurisdiction that denote a weakened remedial protection offered to the taxpayer in relation to the principle of effectiveness.

ISSN 2036-7821

1. Premessa. Il principio di effettività e i limiti di esplicazione in materia tributaria.

«L'origine dello Stato, di ogni istituzione, è un fatto e il diritto si ha quando questo fatto è compiuto»[1] in ragione di norme di sistema che gli assegnano un «valore» attribuendo il potere di realizzarlo al giudice e all'interprete[2].

Da qui, il principio di effettività[3], un antecedente essenziale per legittimare l'ordinamento giuridico e da cui consegue la sua esplicazione in senso sostanziale[4], concretizzandosi nel diritto di ciascuno a ricevere tutela, riconosciuto sin dalla Dichiarazione universale dei diritti umani ove è posto quale *effetto* dell'uguaglianza davanti alla legge (art. 7), in specie per quanto concerne gli enunciati costituzionali e legislativi incidenti su libertà e diritti fondamentali (art. 8), da salvaguardare di fronte a un tribunale indipendente e imparziale (art. 10).

L'effettività è, altresì, richiamata nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47, comma 1)[5], ampliandosi nella possibilità di "agire", ossia di proporre ricorso innanzi a un organo decidente imparziale, indipendente e precostituito per legge, che esamini la controversia equamente, pubblicamente e in

[1] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1945, p. 51, nonché ID., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 11, ove l'Autore individua il diritto solo dove esso ha avuto «la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo».

[2] Cfr. G. GAVAZZI, *Effettività* (*principio di*), in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 4.

[3] Sul principio, teorizzato da H. KELSEN, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000 (ed. 1934), p. 96 ss., e ripreso in *Il fondamento della validità del diritto*, in *Riv. dir. int.le*, vol. XL, 1957, p. 497 ss., sono molti gli interventi dottrinali dei diversi ambiti disciplinari. Tra gli Autori che se ne sono occupati si rinvia, in particolare, a P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, passim; ID., *Effettività* (*principio di*), in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 431 ss.; L. D'ANDREA, *Effettività*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 2118 ss.; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, passim; M.A. SANDULLI, *Principio di legalità ed effettività della tutela: spunti per una riflessione alla luce del magistero di Aldo Sandulli*, in *Dir. e. soc.*, 2015, p. 649 ss.; I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Annali enc. dir.*, vol. X, 2017, p. 355 ss.; G. TERRACCIANO, *Il principio di effettività e la natura sostanziale dell'atto sotteso all'actio iudicati*, in AA.VV., *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza plenaria pubblicate nel 2020*, IX ed., Roma, 2021, p. 723 ss. Per la dottrina processual-civilistica sul tema è fondamentale la riflessione di G. CHIOVENDA contenuta nel lavoro *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 99, secondo cui: «Il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva tutto quello e proprio quello che il diritto sostanziale riconosce», aggiungendo in *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, ristampa anastatica della II ed., Napoli, 1960, p. 39, che l'effettività è un principio così generale «che non è, né ha d'uopo d'essere, formulato in alcun luogo». Sull'evoluzione del canone in ambito europeo, cfr. S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, passim; N. TROCKER, *Dal "giusto processo" all'effettività dei rimedi. L'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in V. COLESANTI, C. CONSOLO, G. GAJA, F. TOMMASEO (a cura di), *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, Padova, 2009, p. 453.

[4] G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, p. 10. Al riguardo, A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 620 ss.; A. DI MAJO, *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, p. 361 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, passim.

[5] Sul punto N. TROCKER, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Milano, 2002, p. 389 ss.; M. ACCETTO, S. ZLEPRING, *The principle of effectiveness: rethinking its role in community law*, in *Eur. public law*, 2005, p. 375 ss.

ISSN 2036-7821

tempi ragionevoli, quando si ritenga pregiudicato dagli atti e/o dai comportamenti altrui un proprio interesse, protetto dal diritto positivo[6].

Di tutto ciò se ne ha conferma in disposizioni sovranazionali aggiuntive che dispongono l'accesso alla giustizia e il diritto a ottenere "correttivi" tangibili alle violazioni subite (artt. 6 e 13 Cedu)[7], da relazionare, tra l'altro, con il principio di sussidiarietà (art. 35 Cedu)[8] e con ogni norma declinante i "mezzi" a supporto di pretese sostenute in via giudiziale (parità delle parti; contraddittorio; diritto di difesa).

Per la Corte Edu, d'altronde, i diritti devono essere «concreti ed effettivi», piuttosto che «teorici e illusori»[9], ed essa sollecita gli Stati membri a realizzare *anche* la giustizia in questo senso, ovvero a individuare specifici «rimedi» negli ambiti disciplinati dal diritto unionale, affinché – attraverso il controllo della Corte di Lussemburgo[10] – essi affermino lo stato di diritto (art. 19, par. 1, comma 2, TUE)[11], altresì garantito da organi giudicanti indipendenti (comma 3).

Quanto al versante procedurale-amministrativo, la Carta di Nizza-Strasburgo prevede il diritto di ogni persona a essere "ascoltata" prima dell'adozione di un provvedimento che potenzialmente possa arrecargli un pregiudizio (art. 41, § 2, lett. *a*), nonché di accedere al proprio fascicolo, nel rispetto della riservatezza e del segreto professionale (lett. *b*)[12], ponendo sull'amministrazione l'obbligo di motivare le decisioni che assume (lett. *c*)[13].

Da questa visuale, il fondamento della tutela è rafforzato dall'interpretazione resa dai

---

[6] Nella decisione 15 maggio 1986, n. 222/84, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, la Corte di Giustizia ha sancito, per la prima volta, il diritto.

[7] L'art. 6 non si riferisce in modo palese al "diritto di accesso" a una Corte, ma indica i requisiti per un "equo processo" una volta adita affinché si salvaguardino diritti e libertà fondamentali dell'individuo. L'art. 13 , invece, prevede il *right to an effective remedy*.

[8] In deroga al canone, nell'ipotesi in cui manchi nell'ordinamento di uno Stato membro un rimedio effettivo e accessibile al titolare del diritto leso, è consentito accesso diretto alla Corte di Strasburgo. In tal senso, Corte Edu, 29 luglio 2004, C. 6813/97 (n. 1), *Scordino c. Italia*.

[9] Corte Edu 13 ottobre 1980, C-6694/74, *Artico v. Italia* (rispetto al diritto di difesa).

[10] La C.G.U.E., dalla sent. 19 novembre 1990, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich c. Italia*, ha affermato che i giudici interni hanno il compito di assicurare piena efficacia al diritto europeo, preservando i diritti dei singoli secondo i limiti posti dalle norme processuali interne, subordinate al *test* sovranazionale di "effettività", nonché di "equivalenza", rispetto ai mezzi di tutela esperibili.

[11] *Ex pluribus*, C.G.U.E. 29 marzo 2017, C-72/15, *Rosneft v. Her Majesty's Treasury et Alt.*

[12] Sulla tutela dei dati fiscali, sin troppo compromessi dalle attività istruttorie, cfr. A. CONTRINO, *Banche dati tributarie, scambio di informazioni tra autorità fiscali e "protezione dei dati personali": quali diritti e tutele per il contribuente?*, in *Riv. dir. trib.*, 2019, p. 7 ss.

[13] L'autonomia procedurale trova fondamento indiretto nel principio di "leale cooperazione" tra Stati membri e UE per realizzare gli obiettivi del Trattato. Sull'espletamento del canone nelle procedure extra-giudiziarie, si vedano R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 285 ss. Per una verifica dell'operatività della CEDU rispetto ai diritti del soggetto passivo d'imposta cfr., in specie, A. URICCHIO, *Efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano con particolare riguardo ai diritti del contribuente*, in AA.VV., *Dialoghi con Ugo Villani*, tomo II, Bari, 2017, p. 1045 ss.

ISSN 2036-7821

giudici di Strasburgo sull'art. 6 Cedu non limitata al solo *fair trial*, oltre a rilevare in ulteriori previsioni convenzionali, quali gli artt. 8 e 4, Prot. n. 7.

La prima norma indica, infatti, che le "ingerenze" di un'autorità pubblica nei diritti posti a tutela della vita privata e familiare, eccetto delimitate ipotesi, possono violare la Convenzione e ciò, ad esempio, potrebbe avvenire nel corso di un accertamento tributario finalizzato alla ricerca di prove[14]. Conseguentemente, mancando anticipate, effettive, verifiche dell'autorità giurisdizionale occorrono "contrappesi" *ex post* per riparare a eventuali irregolarità[15].

Quanto alla seconda norma, vi è il divieto da parte della giurisdizione di uno stesso Stato di perseguire o condannare due volte lo stesso soggetto per un medesimo reato[16].

L'effettività del diritto a tutela è, perciò, osservabile oggettivamente, nel senso di porsi in senso funzionale alla realizzazione degli intenti dell'Unione negli ambiti d'intervento, nonché soggettivamente, ossia per consolidare i diritti previsti dalle direttive in modo da rendere percepibile a ogni individuo la "giustezza" dell'azione svolta dai pubblici poteri[17].

Risulta, quindi, evidente l'estensione dell'effettività, la cui portata si espande maggiormente per i corollari applicativi che gli organi di giustizia interni ed esterni identificano per andare oltre gli ostacoli che s'interpongono al suo svolgimento, richiedendo di circoscrive l'indagine ad alcune sue "menomazioni" nei confronti del contribuente a partire dalla fase istruttoria-procedimentale, involgenti,

[14] Corte Edu, 27 settembre 2018, C-57278/11, *Brazzi v. Italia.*

[15] Appare di rilievo la decisione della Cass. civ., Sez. trib., 13 novembre 2018, n. 29132, sui controlli in sede di accertamento delle imposte sui redditi, ove si è statuito che l'irrituale acquisizione da parte degli organi di controllo di elementi rilevanti al fine non ne determina, di per sé, l'inutilizzabilità mancando una specifica previsione, salvo verificarne l'attendibilità e l'eventuale presenza di preclusioni. Trattandosi, perciò, di attività amministrativa non interviene l'art. 24 Cost., eccetto per i casi in cui rilevino diritti fondamentali di livello costituzionale, tra i quali l'inviolabilità della libertà personale e del domicilio. Per un orientamento conforme cfr., tra l'altro, le sentenze 3 febbraio 2003, n. 1543; 23 aprile, n. 9568; 27 febbraio 2015, n. 4066.

[16] Sul *ne bis in idem*, *ex pluribus*, di recente, Corte Edu, 16 aprile 2019, C-72098/14, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, mentre a livello interno, Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 4439. Il giudice di legittimità ha specificato che il "doppio binario" è giustificato dal rilievo degli interessi nazionali e dalla diversità dei fini perseguiti dalle procedure amministrative e penali. Le prime, infatti, sono volte «al recupero a tassazione delle imposte non versate», le seconde «alla prevenzione e repressione dei reati in materia tributaria». Per cui, la minaccia di una sanzione detentiva insieme a una amministrativa pecuniaria, persegue lo scopo «di esprimere la ferma riprovazione dell'ordinamento a fronte di condotte gravemente pregiudizievoli per gli interessi finanziari nazionali ed europei», nonché assicurare *ex post* «l'effettiva riscossione degli importi evasi grazie ai meccanismi premiali connessi all'integrale saldo del debito tributario». Da tanto, la Corte ha escluso il principio rispetto a una doppia sanzione su uno stesso fatto di dichiarazione infedele, richiamando la decisione della Consulta 15 luglio 2019, n. 222, quanto alla legittimità dell'art. 649 c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in riferimento all'art. 4, Prot. 7, cit.). Si veda, altresì, Corte cost., ord. 10 giugno 2021, n. 136. In dottrina, F. GALLO, *Il ne bis in idem in campo tributario: un esempio per riflettere sul ruolo delle "Alte" Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. trib.*, 2017, p. 915 ss.; F. PISTOLESI, *Il principio del ne bis in idem nella dialettica tra la Corte costituzionale, i giudici italiani e le Corti europee*, in *Rass. trib.*, 2018, p. 513.

[17] Cfr. M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Riv. AIC*, 2015, p. 7.

ISSN 2036-7821

eventualmente, anche quella '"intermedia" volta a evitare il contenzioso, sino a interessare la sede processuale, alla prima correlata qualora il provvedimento impositivo rappresenti il risultato del mancato perseguimento *ex ante* del fine di giustizia da parte dell'amministrazione finanziaria[18]. D'altro canto, la struttura e la finalità del diritto processuale tributario si manifestano, particolarmente, analizzandone le relazioni con il diritto sostanziale in materia, a loro volta espresse dai legami tra il contenzioso e il rapporto tributario; quest'ultimo, infatti, "reagisce" sul primo riflettendosi nel processo d'accertamento e realizzandosi in quello di esecuzione[19].

Il tutto tenendo ben presente la peculiarità del rapporto giuridico obbligatorio tributario che pone tra l'ente pubblico creditore e il contribuente debitore una relazione ove assume, contrariamente alla disciplina civilistica contemperante le esigenze di entrambe le parti in una logica negoziale e sinallagmatica, una posizione senz'altro prevalente il primo, emettendo anche atti esecutivi, supportati da "misure" veloci ed efficaci che, dì per loro, limitano i diritti del soggetto passivo.

Pur tuttavia, in una visione rinnovata, la ricerca di continui "equilibri" va sempre ricercata; del resto, l'indisponibilità del rapporto d'imposta appare ormai, almeno a livello legislativo, e in ragione di istituti che derogano alla concezione tradizionale, più sfumata[20].

Sulla scorta di queste brevi considerazioni, le note che seguono verificano, appunto, alcune fattispecie denotanti forme di tutela depotenziate del soggetto passivo del rapporto d'imposta a vantaggio dell'interesse fiscale e collegate, soprattutto, all'annoso problema dello svolgimento del contraddittorio nel procedimento e nel processo, come desumibili dal neo introdotto invito a comparire solo

---

[18] M. LOGOZZO, *L'amministrazione finanziaria come organo di giustizia*, in G. RAGUCCI (a cura di), *Il contributo di Enrico Allorio allo studio del diritto tributario*, Milano, 2015, p. 111. Per E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, V ed., Torino, 1969, p. 13, l'autorità fiscale può essere ritenuta un «organo di giustizia», individuando il «fine generico» verso cui imparzialmente indirizza la propria azione nei confronti dei contribuenti.

[19] E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1955, pp. 57 e 103. Sul legame procedimento/processo amministrativo, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, p. 313; F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 457 ss. Sull'indispensabilità del contraddittorio anticipato, quale elemento per garantire anche quello processuale e, sempre, nella visione della dottrina amministrativistica, soprattutto rispetto alla tutela dell'accesso agli atti, R GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1995, p. 981; F. BENVENUTI, *Istruzione (proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, p. 209 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1995, p. 393 ss. Sul rapporto norme/istituti processuali funzionali all'effettività, G. TERRACCIANO, *Il principio di effettività e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive negli appalti pubblici, in Il Foro amm. T.A.R., 2011, p. 3971 ss.*

[20] Sul punto G. MARINI, *L'accertamento: atti impositivi e tipologie di accertamento*, in ID., E. DELLA VALLE, V. FICARI (a cura di), *Fondamenti di diritto tributario*, Padova, 2020, p. 111 ss. Sull'indisponibilità dell'obbligazione tributaria cfr., in specie, A.D. GIANNINI, *Circa l'inderogabilità delle norme regolatrici dell'obbligazione tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1953, p. 291 ss.; G. FALSITTA, *Natura e funzione dell'imposta, con speciale riguardo al fondamento della sua "indisponibilità"*, in S. LA ROSA (a cura di), *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, Milano, 2008, p. 56 ss.; A. GUIDARA, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, Milano, 2010, p. 61; S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino, 2020, p. 239.

ISSN 2036-7821

apparentemente "generalizzato", dall'istituto del reclamo/mediazione e dall'esclusione della prova testimoniale, rivolgendo specifica attenzione alle dichiarazioni sostitutive di atti notori. Un accenno, infine, è ad alcuni casi di affievolita tutela in sede processuale del contribuente-creditore.

2. Fase ante provvedimento amministrativo-tributario: l'invito a comparire non è generalizzato.

Una persistente carenza applicativa del principio di effettività attiene alle regole che presiedono l'esercizio del potere amministrativo-tributario procedimentalizzato e determinata dai limiti di svolgimento del contraddittorio nella fase accertativa di fronte all'ente impositore.

Si tratta, come noto, di una facoltà temporalmente delimitata mediante la quale il destinatario degli effetti provvedimentali di un atto fiscale può "comunicare" con l'amministrazione finanziaria, esprimendo "osservazioni" sull'avviso di accertamento, ossia le proprie ragioni sui rilievi da questa espressi per l'adempimento della pretesa fiscale[21].

L'espressione "contraddittorio", del resto, origina da *contra dicere* implicando, quindi, un "confronto" tra la *pars publica* e quella *privata* affinché quest'ultima abbia le '"opportunità" per argomentare/provare diversamente dalle osservazioni/convinzioni dell'altra.

In sostanza, al soggetto passivo d'imposta devono o, perlomeno, dovrebbero essere riconosciute prerogative partecipative effettive sin dalla sede che precede, eventualmente, quella contenziosa, in modo da poter lì intervenire "scientemente".

Il modello di amministrazione partecipata si è affermato, in via generale, con la l. n. 241/1990[22] in quanto funzionale all'efficienza[23], all'imparzialità e al buon andamento dell'azione amministrativa, ma nel contesto delle nuove norme in materia di

[21] In dottrina, come noto, due interpretazioni sorreggono l'accezione da dare all'atto impositivo: una di esse sostiene che gli atti amministrativi di carattere fiscale hanno un'efficacia meramente dichiarativa di obbligazioni tributarie già sorte *ex lege*; un'altra ritiene che l'amministrazione finanziaria agisca attraverso provvedimenti aventi efficacia costitutiva. L'atto impositivo sarà, dunque, un mero atto che accerta un'obbligazione legale già nata con il manifestarsi del presupposto o un provvedimento emesso al termine del procedimento amministrativo di applicazione del tributo, costituendo appunto l'obbligazione tributaria. Così M. NUSSI (a cura di), *L'atto impositivo: i vizi*, in *giustiziatributaria.it*.

[22] Alla partecipazione procedimentale, la legge ha assegnato una funzione soggettiva e oggettiva. In una visione garantista, permettere al privato di tutelare la propria posizione giuridica ("partecipazione difensiva"), sì da far valere le proprie ragioni nel procedimento. In una visione collaborativa, perseguire una maggiore efficienza dell'azione della p.a., ovvero consentirle di meglio comparare gli interessi coinvolti e meglio perseguire l'interesse pubblico principale. Così, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 36. Si accenna, inoltre, che il codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010), all'art. 1 indica tra i «Principi generali» a presidio delle regole in materia, proprio il principio di effettività e pienezza della tutela.

[23] Sul punto A. MARCHESELLI, *Le mille contraddizioni del principio del contraddittorio*, in *Corr. trib.*, 2018, p. 178; L. NICOTINA, *Il contraddittorio tributario in funzione deflattiva: una "premessa-promessa" che non può essere tradita*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2014, p. 415.

ISSN 2036-7821

procedimento ha assunto un rilievo limitato per la materia tributaria[24]. Del resto, in quest'ultima, solo alla fine degli anni '80 s'iniziarono a prevedere le prime ipotesi per una partecipazione del contribuente in senso difensivo ("*partecipazione-contraddittorio*") e, quindi, non più a favore preminente dell'attività autoritativa d'indagine dell'amministrazione ("partecipazione-cooperazione")[25].
In seguito, la l. n. 212/2000 non ha previsto una disposizione generale in tale direzione[26], anche se il principio di collaborazione e buona fede, nel rispetto dell'art.

[24] Per i procedimenti tributari, infatti, il Capo III non ha trovato applicazione poiché, pur se *species* del procedimento amministrativo, essi se ne differenziano per il carattere vincolato dell'indisponibilità dell'obbligazione non preclusivo, però, di margini valutativi. Più nello specifico, gli artt. 13, comma 2, e 24, delle "Nuove norme in materia di provvedimento amministrativo" hanno escluso dal riferibile ambito applicativo gli istituti partecipativi difensivi per la materia tributaria (comunicazione dell'avvio del procedimento; intervento nel procedimento; diritto di accesso). In merito, S. LA ROSA, *Accesso agli atti dispositivi di verifiche fiscali e tutela del diritto alla riservatezza*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, II, pp. 1128 ss.; VIOTTO, *I poteri di indagine dell'amministrazione finanziaria nel quadro dei diritti inviolabili di libertà sanciti dalla Costituzione*, Milano, 2002, p. 318. Sull''immanenza" del principio del contraddittorio nel procedimento di accertamento tributario rispetto alla legge generale sull'azione amministrativa, F. MOSCHETTI, *Avviso di accertamento tributario e garanzie del cittadino*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, p. 1916 ss.; S. LA ROSA, *Amministrazione finanziaria e giustizia tributaria*, Torino, 2000, passim; M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela: lezioni sul processo tributario*, Torino, 2009, p. 200 ss. In giurisprudenza, Cass. SS.UU. civ., 18 dicembre 2009, n. 26635; 21 luglio 2013, n. 18184; 18 settembre 2014, n. 19667. Per un orientamento diverso, Cass., Sez. VI-T, 10 gennaio 2017, n. 380. Sulla decisione della Consulta 7 luglio 2015, n. 132, ove si statuisce che «l'attivazione del contraddittorio endoprocedimentale costituisce un principio fondamentale immanente nell'ordinamento, operante anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa, a pena di nullità dell'atto finale del procedimento, per violazione del diritto di partecipazione dell'interessato al procedimento stesso», cfr. G. RAGUCCI, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1217 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Anche su abuso ed elusione garanzie ineludibili, in Riv. giur. trib.*, 2015, p. 741 ss. Più ampiamente, sul "giusto procedimento" tributario, F. PICCIAREDDA, *Il contraddittorio anticipato nella fase procedimentale*, in A. BODRITO, A. CONTRINO, A. MARCHESELLI (a cura di), *Consenso, equità e imparzialità nello Statuto del contribuente. Studi in onore del prof. Gianni Marongiu*, 2012, p. 397 ss.; S. MULEO, *Il contraddittorio procedimentale e l'affidamento come principi immanenti*, ivi, p. 406 ss.; A. MARCHESELLI, *L'effettività del contraddittorio nel procedimento tributario tra Statuto del contribuente e principi comunitari*, ivi, p. 413 ss.; G. CORASANITI, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza nazionale e dell'Unione europea, in Dir. prat. trib.*, 2016, p. 1575 ss.; A. GIOVANNINI, *Il contraddittorio endoprocedimentale*, in *Rass. trib.*, 2017, p. 13 ss.; P. ACCORDINO, *Problematiche applicative del "contraddittorio" nei procedimenti tributari*, Milano, 2018; G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2019, p. 254 ss. Sul concetto di "partecipazione" in base ai canoni costituzionali previgenti, con largo anticipo, G. LICCARDO, *Il principio del contraddittorio nell'attività tributaria*, in *Riv. trib.*, 1955, p. 1 ss. Per una disamina degli attuali princìpi costituzionali ed europei, A. URICCHIO, P. PETTINE, L. SACCHETTI, *Il contraddittorio endoprocedimentale: esigenze di tutela del contribuente tra princìpi costituzionali e dell'UE*, in *Riv. Guardia fin.*, 2019, p. 1627 ss.

[25] Sul modello "concertativo", per la "condivisione" e per il "consenso" all'imposta, cfr. A. URICCHIO, *La partecipazione del contribuente alla verifica fiscale*, in V. UCKMAR, F. TUNDO (a cura di), *Codice delle ispezioni tributarie*, Piacenza, 2005, p. 247 ss.

[26] In merito, la COMMISSIONE INTERMINISTERIALE PER LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA TRIBUTARIA nella relazione conclusiva del 29 giugno 2021, ha proposto l'introduzione nello Statuto di una norma generale che riconosca il "diritto del contribuente al contraddittorio", ipotizzando l'introduzione di un art. 6-*bis*, il cui comma 1 prevede: «Il contribuente ha diritto di partecipare al procedimento amministrativo diretto alla emissione di un atto di accertamento o di riscossione dei tributi». Nel comma 2, è indicato: «L'atto emesso in violazione del comma precedente è nullo», escludendo, quindi, la "prova di resistenza" (art. 5-*ter*, comma 5, d.lgs. n. 218/1997, su cui *infra*).

ISSN 2036-7821

97 Cost., deve presiedere i rapporti privato/amministrazione, secondo quanto indicato nel suo art. 10 che s'indirizza a un migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva.

Nello Statuto dei diritti del contribuente, comunque, precipue disposizioni consentono l'espressione del contraddittorio. Tra queste, l'art. 6, comma 5, sul controllo formale della dichiarazione nei casi d'incertezze su suoi aspetti rilevanti e, particolarmente, l'art. 12, comma 7, ove è disposto che il soggetto passivo d'imposta – entro 60 giorni dal rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni di verifica – può comunicare proprie osservazioni e richieste all'ente impositore, tenuto a valutarle, a meno che una «particolare e motivata urgenza» prima dell'indicata scadenza permetta, comunque, di emanare l'avviso di accertamento[27].

Invero, è proprio su quest'ultima norma che la dottrina ha svolto approfondite considerazioni per sostenere, al di là dei casi tipizzati, che vi sia un diritto del privato a partecipare attivamente al contraddittorio preventivo, sebbene la Corte di Cassazione, inizialmente favorevole, l'abbia poi escluso[28].

In ogni caso, sono stati introdotti via via vari istituti partecipativi all'istruttoria tributaria, ma il sistema complessivo appare disorganico; nel mentre, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha più volte sostenuto la valenza del contraddittorio quale principio «immanente» dell'ordinamento sovranazionale[29].

---

[27] Richiamando il principio generale di buona fede nell'operato dell'amministrazione, le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno sancito che, in tema di diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali, l'art. 12 cit. va interpretato nel senso che l'inosservanza del termine dilatorio per l'emanazione dell'avviso di accertamento determina, di per sé, salvo specifiche ragioni d'urgenza, l'illegittimità dell'atto impositivo emesso *ante tempus*, in quanto il termine è a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio procedimentale, primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente e diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva. In questo senso, da ultimo, Cass., Sez. trib., 13 maggio 2021, n. 12372.

[28] L'intervento del contribuente, invero, è stato reputato anche «mera eventualità», ossia possibile solo se riconosciuto da specifiche norme di legge che prevedono e disciplinano lo specifico procedimento amministrativo, rappresentando un rapporto certamente non paritetico tra le parti, ma di supremazia/soggezione e, perciò, impeditivo dell'applicabilità delle garanzie ex art. 12, comma 7, l. 212/2000, alle verifiche "a tavolino". In tal senso, *ex pluribus*, Cass. civ., Sez. trib., 3 agosto 2012, n. 14026 e 12 febbraio 2014, n. 3142. Un diverso orientamento ha ampliato l'ambito di applicazione del contraddittorio a ogni procedimento tributario; le previsioni che indicano il coinvolgimento del soggetto passivo nella fase di accertamento non sono, quindi, esaustive ed esso va reputato un principio generale, immanente all'ordinamento, per garantire il contribuente e, nel contempo, assicurare il miglior svolgimento della potestà impositiva. Così., tra l'altro, Cass. SS.UU. civ., 29 luglio 2013, n. 18184; 18 settembre 2014, n. 19667; 7 marzo 2014, n. 5373; Cass., Sez. V., 14 gennaio 2015, n. 406. Nella decisione n. 24823 del 9 dicembre 2015, le SS.UU. rivedono, però, dette pronunce, sostenendo che un diritto generale al contraddittorio endoprocedimentale vi è solo nell'ordinamento UE; per cui, rispetto ai tributi "non armonizzati", esso può trovare applicazione solo se previsto espressamente, mentre per quelli "*armonizzati*" va applicato in ogni caso e l'omissione determina nullità dell'atto se il contribuente dimostra in giudizio che le ragioni che avrebbe voluto/potuto far valere non sono pretestuose. Per un commento, S.F. COCIANI, *Il contraddittorio endoprocedimentale nella giurisprudenza di legittimità: regola o principio?*, in *unipg.it*.

[29] *Ex pluribus*, 18 dicembre 2008, C-349/07, *Sopropè*; 3 luglio 2014, cause riunite C-129/13, *Kamino* e C 130/13,

ISSN 2036-7821

Tra le diverse occasioni "perse" per sopperire all'assenza di una norma che disponga un obbligo dell'Ufficio di "sentire" comunque il contribuente nel procedimento affinché si "tuteli", vi è l'art. 5-*ter*[30] che, nel giugno dello scorso anno, è stato inserito dal "decreto Crescita" nel d.lgs. n. 218/1997.

La norma, infatti, se non in insufficienti ipotesi, preclude quest'opportunità nell'accertamento con adesione, oltre a non delineare un assetto rivisto quanto alla distinzione tra i tributi armonizzati o meno[31].

In definitiva, essa – pur prevedendo un invito a comparire "generalizzato" affinché si realizzi un confronto anticipato tra le parti sull'avviso[32], anche per favorire l'adempimento spontaneo, verificata la correttezza della pretesa fiscale – esclude dal procedimento gli avvisi parziali e di rettifica[33], le fattispecie rispetto alle quali la fase pre-accertativa sia già prevista[34], le ipotesi in cui si ravvisino particolari e motivate urgenze o fondati pericoli per la riscossione e i casi ove gli organi di controllo rilascino copia del processo verbale di chiusura delle operazioni[35].

La disposizione, dunque, oltre a non far rientrare nel perimetro applicativo attività istruttorie che necessiterebbero del confronto tra le parti (dichiarazioni rese da terzi; controllo dei dati bancari)[36], non contempla molte altre fattispecie, quasi che il

---

Datema.

[30] Per una disamina del processo di approvazione della norma, introdotta dall'art. 4-*octies*, d.l. n. 34/2019, cfr. M. BEGHIN, *Aspetti critici della recente proposta di legge riguardante l'invito al contraddittorio endoprocedimentale*, in *Il fisco*, 2018, p. 4007 ss.; F. TUNDO, *L'invito al contraddittorio in un recente disegno di legge: quali conseguenze per il contribuente?*, in *Corr. trib.*, 2018, p. 2963 ss.

[31] Tra gli Autori che hanno espresso rilievi critici, F. TUNDO, *Semplificazioni fiscali: diritto al contraddittorio, con limiti, nell'accertamento con adesione*, in *il fisco*, 2019, p. 2107 ss.; A. GUIDARA, *Discrezionalità e vincolatezza nell'azione dell'amministrazione finanziaria*, in *Giur. imp.*, 2019, p. 13; C. GLENDI, *Si chiude per legge la parabola del contraddittorio preaccertativo*, in *Corr. trib.*, 2020, p. 26 ss. Sulla negazione dell'obbligo del contradditorio rispetto ad atti impositivi riferiti a tributi "non armonizzati" e non conseguenti ad accessi, ispezioni e verifiche in sede, S. MULEO, *Il contraddittorio procedimentale: un miraggio evanescente?*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, p. 233 ss.

[32] Nello specifico, accertamenti su atti in materia d'imposte sui redditi e relative addizionali, nonché riferiti a tributi previdenziali, ritenute, imposte sostitutive, Irap, Ivie, Ivafe, Iva.

[33] *Ex* artt. 41-*bis*, d.P.R. n. 600/1973, e 54, commi 3-4, d.P.R. n. 633/1972. Peraltro, vanno esclusi dalla previsione i procedimenti di liquidazione e controllo formale della dichiarazione regolati da norme alla stessa incompatibili. Si segnala al riguardo che la COMMISSIONE INTERMINISTERIALE PER LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA TRIBUTARIA, nella relazione finale, ha evidenziato l'opportunità d'intervenire sulla deroga all'obbligatorietà della notifica dell'invito per gli accertamenti parziali ai fini delle imposte sul reddito e dell'Iva, «riducendola al contenuto essenziale».

[34] Si pensi a quanto disposto agli artt. 10, comma 3-*bis*, l. n. 146/1998; 10-***bis***, commi 6-7, l. n. 212/2000; 38, comma 4 (per come applicabile ex comma 7), d.P.R. n. 600/1973; 9-***bis***, comma 16, d.l. n. 50/2017.

[35] Ipotesi sorretta dalla garanzia di cui all'art. 12, comma 7, dello Statuto dei diritti del contribuente, ricordando che non è ravvisabile come "legittima" urgenza l'imminente scadenza del termine di decadenza per notificare l'avviso di accertamento. La Cassazione nella decisione 23 gennaio 2019, n. 1778 ha, peraltro, "svuotato" il contenuto della norma: se il contribuente ha presentato memorie e osservazioni contro il p.v.c., l'atto impositivo va ritenuto comunque valido, pure se l'Ufficio non ha assunto alcuna "posizione", sicché il "silenzio" equivarrebbe a implicita valutazione. Per un commento, R. MICELI, *Diritti e garanzie del contribuente in sede di verifiche fiscali: si confermano le chiusure del giudice di legittimità*, in *Tax News*, 2019.

[36] In tema, P. LAROMA JEZZI, *Si fa presto a dire "diritto al contraddittorio"*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 3760 ss.

ISSN 2036-7821

legislatore ritenga il contraddittorio anticipato «un rallentamento» all'attività dell'amministrazione, «utile al solo contribuente»[37].

Da tanto, l'obiettivo verso cui la partecipazione dei soggetti passivi del rapporto d'imposta dovrebbe rivolgersi manca di "effettività" senza la notifica in questione. Questi, infatti, non possono rendere chiarimenti e/o esibire documenti all'ente procedente prima che emani l'atto impositivo finale, se non quando previsto specificamente; meglio, il procedimento definisce pretese sostanzialmente già determinate, rappresentando un metodo alternativo di risoluzione delle liti tributarie quando il privato aderisce[38]. In caso contrario, l'Ufficio gli notificherà l'avviso di accertamento che, in base a ciò che emergerà nel contraddittorio, potrà anche divergere dall'invito a comparire quanto alla pretesa impositiva e/o alla motivazione[39].

Tuttavia, mentre l'amministrazione potrà utilizzare gli elementi emersi nel corso dell'adesione preventiva, perfezionando i propri convincimenti nella motivazione "rafforzata" dell'atto (art. 5-*ter*, comma 3) – che, mancando, rende invalido l'avviso[40] – il contribuente non potrà avvalersi, se non risponde all'invito, dell'accertamento con adesione dopo la notifica dell'atto conseguente, ritrovandosi in una posizione senza dubbio di non pariteticità con il Fisco[41].

Quanto all'effetto del mancato contraddittorio, ovvero se l'Ufficio erroneamente abbia reputato di non adire anticipatamente il privato nei casi delineati, è quello della nullità dell'avviso se, in sede processuale, egli dimostra le ragioni che avrebbe potuto far valere nel caso in cui fosse stato attivato tempestivamente (comma 5). Dunque, si pone sul soggetto passivo l'onere di dimostrare ("prova di resistenza")[42] che l'assente invito ha influito negativamente sulla fondatezza della pretesa fiscale.

Per le modalità applicative dell'istituto, il riferimento è la circolare n. 17/E/2020 dell'Agenzia delle Entrate. Tra le criticità da evidenziare, a supporto delle già espresse, vi è – rispetto al "diritto di accesso" – l'indicazione che l'Ufficio con il

---

[37] F. PISTOLESI, *Il contraddittorio "generalizzato"*, in *Giur. imp.*, 2019, p. 152.

[38] *Ex* art. 9, comma 1, d.lgs. n. 218 cit., ossia se il contribuente versa, entro 20 giorni dalla redazione dell'atto di accertamento con adesione, quanto dovuto o la prima rata.

[39] F. PISTOLESI, *Il contraddittorio "generalizzato"*, cit., p. 156.

[40] Artt. 42, comma 3, d.P.R. n. 600/1973, e 56, comma 5, d.P.R. n. 633/1972.

[41] F. FARRI, *Considerazioni a "caldo" circa l'obbligo di invito al contraddittorio introdotto dal Decreto Crescita,* in *Riv. dir. trib. on line*, 2021. Della stessa opinione F. TUNDO, *Semplificazioni fiscali: diritto al contraddittorio, con limiti, nell'accertamento con adesione*, in *il fisco,* 2019, p. 2110. Diversamente F. PISTOLESI, *Il contraddittorio "generalizzato*, cit., secondo il quale il confronto può anche condurre alla rinuncia, in tutto o in parte, della pretesa impositiva, beneficiandone le ragioni del contribuente.

[42] Tranne per i casi di cui al comma 4, art. *5-ter*. Sul punto P. ACCORDINO, *Confini e contenuto della c.d. prova di resistenza al vaglio della Suprema Corte*, in *Riv. dir. trib. online*, 2019; A. COLLI VIGNARELLI, *Il contraddittorio endoprocedimentale, sua violazione e rilevanza della c.d. prova di resistenza,* ibidem, 2020. In giurisprudenza, *ex pluribus*, Cass. SS.UU. civ., 9 dicembre 2015, n. 24823, ove si puntualizza che il contraddittorio deve consentire al contribuente di addurre elementi «non fittizi e strumentali» e, quindi, non risolversi in sede contenziosa «in un mero simulacro».

ISSN 2036-7821

"confronto" aggiunge al materiale istruttorio gli elementi forniti dal contribuente per "valutare", ma per l'inverso non vi è alcuna indicazione.
La non "parità" tra le parti emerge anche quando il documento di prassi sottolinea che l'invito ha le finalità preparatorie usuali per instaurare il contraddittorio volto a definire l'accertamento (con riferibili riflessi anche extra-tributari)[43], ma se il "confronto" sugli esiti dell'istruttoria manca, il contribuente non può far altro che seguire le "condizioni" delineate dalla *pars publica* o avviare il contenzioso. Ancora, il procedimento può essere attivato su istanza del privato dopo la notifica dell'avviso di accertamento, ma solo se non preceduto dall'"invito", obbligatorio per l'amministrazione, a meno che non si tratti di accertamenti parziali in materia di Iva basati su elementi "certi e diretti" e, non implicanti, quindi, ricostruzioni induttive o richiedenti l'utilizzo di presunzioni. Per le imposte dirette, diversamente, il contraddittorio va attivato pure se la pretesa si fonda su elementi presuntivi. Più ampiamente, l'amministrazione deve valorizzare la partecipazione del contribuente al procedimento, ma non facendolo occorre richiamare, per dichiarare l'avviso di accertamento invalido, modalità assimilabili a quelle indicate nell'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990.
In definitiva, la norma di recente introduzione riprende concezioni risalenti sull'esercizio del potere dell'amministrazione finanziaria, seguendo il tradizionale modello impositivo basato su "autorità" e "sovranità", ossia caratterizzato da un esercizio del potere non "concertato", "unilaterale", ove il privato si ritrova in una posizione del tutto subordinata[44]: l'Ufficio individua la procedura, stabilendo discrezionalmente se debba o meno parteciparvi e dalla "revoca" degli atti che determina non conseguono, come detto, immediati effetti invalidanti[45].

3. Fase post provvedimento amministrativo-tributario: l'istituto del reclamo/mediazione esclude il contraddittorio.
Un'altra carenze applicativa dell'effettività emerge rispetto all'istituto del reclamo che, insieme alla mediazione[46], ha la notoria finalità di deflazionare il contenzioso

[43] Di cui alle circolari nn. 235/E/1997 e 65/E/2001.
[44] Ciò, appare, peraltro, in contraddizione con la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 4/E del 7 maggio 2021 ove, tra gli indirizzi operativi per lo svolgimento da parte degli Uffici delle loro principali attività, si segnala di promuovere l'adempimento spontaneo anche attraverso istituti volti a instaurare un'interlocuzione costante e preventiva con il contribuente.
[45] F. FARRI, *Per il contraddittorio endoprocedimentale occorre un nuovo art. 12-bis nello Statuto dei diritti del contribuente, non l'art. 5-ter del d.lgs. n. 218/1987*, in *Riv. dir. trib. on line*, 2020. P. SELICATO, ***Scambio di informazioni, contraddittorio e Statuto del contribuente***, in ***Rass. trib.***, 2012, p. 321 ss., ha ben segnalato come gli automatismi previsti nelle fasi procedimentali precontenziose rispondano unicamente o, comunque, preminentemente, a esigenze di celerità, non di legalità, per rimediare alle difficoltà che l'amministrazione può incontrare sia nell'accertamento, sia nella riscossione del tributo.
[46] L'istituto, introdotto dall'art. 39, commi 9-11, d.l. n. 98/2011, ha subito posto problemi di natura costituzionale analizzati, tra gli altri, da G. MARINI, *Profili costituzionali del reclamo e della mediazione*, in *Corr. trib.*, 2012, p. 853

ISSN 2036-7821

giurisdizionale, consistendo in un'istanza di autotutela anticipata con la quale il privato intende ottenere d'ufficio l'annullamento di un atto impositivo. In altri termini, con la procedura – che interviene per le controversie di valore non superiore ai 50 mila euro[47] – l'amministrazione finanziaria svolge una funzione di riesame giustiziale dell'atto impositivo oggetto, appunto, del reclamo[48].

Più nello specifico, il soggetto passivo "reclamando" contesta un'interpretazione dell'Ufficio su un atto a cui non ha partecipato quanto alla formazione[49], costituendo o, per lo meno, dovendo costituire, un'occasione per un confronto tra le parti del rapporto tributario nella prospettiva di soddisfare l'interesse del Fisco e, al contempo, tutelare il soggetto passivo.

Quanto alla presentazione dell'istanza, essa è un requisito di procedibilità del giudizio, non più di ammissibilità del ricorso[50], occorrendo il decorso di sessanta giorni dalla notifica dell'atto (o di novanta giorni nell'ipotesi di rifiuto tacito dell'atto richiesto), che rappresenta, per dottrina prevalente, un "filtro" amministrativo precedente l'azione giudiziaria[51]. Se il contribuente, però, non presenta l'istanza,

---

ss.; F. D'AYALA VALVA, ***La Corte costituzionale preannuncia le ragioni di illegittimità costituzionale della mediazione tributaria***, in ***Riv. dir. trib.***, 2013 p. 94 ss. Per un commento sul documento di prassi del 2012, C. BUCCICO, *La circolare n. 9/E del 19 marzo 2012: l'Agenzia delle Entrate detta le istruzioni operative per la mediazione tributaria*, in *Gazz. for.*, 2012, p. 117 ss. Quanto alla nuova disciplina (art. 17-*bis*), poi riformulata (prima dall'art. 9, comma 1, lett. *l*, d.lgs. n. 156/2015, poi dal d.l. n. 50/2017), si rinvia, in particolare, a M. LOGOZZO, *Profili critici del reclamo e della mediazione tributaria, in Boll. trib.*, 2012, p. 1505 ss.; F. PISTOLESI, ***Il reclamo e la mediazione nel processo tributario***, in ***Rass. trib.***, 2012, p. 65 ss.; G. INGRAO, *Il reclamo obbligatorio incrementa la possibilità di subire l'esecuzione coattiva per tributi provvisoriamente dovuti*, in *Dial. trib.*, 2012. Per un'analisi critico-ricostruttiva, cfr. A. CARINCI, *Corretta la disciplina di reclamo e mediazione tributaria: risolti i vecchi dubbi, se ne profilano altri*, in *Corr. trib.*, 2014, p. 274 ss.; C. GLENDI, *Il reclamo e la mediazione*, in ID., C. CONSOLO, A. CONTRINO (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016, p. 172 ss.; G. CORASANITI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della disciplina del reclamo della mediazione tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2017, p. 1442 ss. Per le differenze tra mediazione e reclamo si rinvia ad A. GUIDARA, *La mediazione tributaria: ai margini del reclamo ma con una propria identità*, in *Dir. prat. trib.* 2021, p. 99 ss. Sulla sostanziale assimilazione della mediazione alla conciliazione, S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino, 2012, p. 413; F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2013, p. 150. F. PISTOLESI, *Il reclamo e la mediazione nel processo tributario*, cit., p. 67, valorizza l'elemento negoziale riferendosi alla natura transattiva dell'istituto. Sulle divergenze tra il reclamo e l'autotutela, G. PIZZONIA, *Reclamo e mediazione tributaria: deflazione del contenzioso o inflazione di procedimenti?*, *in Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2013, p. 79.

[47] Il valore è determinabile ex art. 12, comma 5, d.lgs. n. 546/1992, indicante i criteri di determinazione dell'entità del tributo per l'assistenza tecnica obbligatoria.

[48] G. CORASANITI, *Il reclamo e la mediazione nel sistema tributario*, Padova, 2013, p. 46.

[49] A. MARCHESELLI, *Il contraddittorio va sempre applicato ma la sua omissione non può eccepirsi in modo pretestuoso*, in *Corr. trib.*, 2014, p. 2536 ss.

[50] Per opportuni approfondimenti, G. CORASANITI, Mediazione *e conciliazione nel processo tributario: lo stato dell'arte e le prospettive di riforma,* in A. GUIDARA (a cura di), *Accordi e azione amministrativa nel diritto tributario*, cit., p. 97 ss. Sul punto, la Consulta nella sent. n. 98/2014 ha dichiarato l'illegittimità del comma 2, art. 17-*bis,* in riferimento all'art. 24 Cost., laddove disponeva il previo esperimento di rimedi di carattere amministrativo per proporre ricorso.

[51] In questo senso, S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, cit., p. 413. Per D. STEVANATO, *Reclamo e "mediazione fiscale": lettere a un bambino mai nato*, in *Dial. trib.*, 2012, p. 99, si tratta di un ricorso in opposizione, mentre M. BASILAVECCHIA, *Dal reclamo al processo*, in *Corr. trib.* 2012, p. 841, propende *ab initio* per la natura

ISSN 2036-7821

ovvero si costituisce in giudizio prima dell'indicata scadenza, il giudice dichiarerà improcedibile il ricorso.

Quest'ultimo, a sua volta, pone in essere gli "effetti" del reclamo ed, eventualmente, il contribuente può inserirvi la propria proposta all'ente impositore, motivandola, per ottenere una nuova determinazione della pretesa fiscale (art. 17-*bis*, comma 1)[52]. L'Ufficio, a sua volta, potrà non accoglierla e, in tal caso, farne un'altra tenendo conto della "sostenibilità" rispetto al *quantum*, di eventuali incertezze su "questioni" riferite all'atto, dell'"economicità" dell'azione[53].

Venendo alle criticità dell'istituto rispetto al tema d'indagine, si evidenzia che: *i*) l'organo che verifica la proponibilità/ammissibilità dell'istanza (oltre l'impossibilità di annullare l'atto impugnato), non è "terzo" e "imparziale"[54] in quanto, pur se la riferibile gestione è assegnata ad altro Ufficio, ovvero non a quello che ha emesso l'atto, si tratta comunque di un appartenente alla medesima amministrazione[55]; *ii*) le parti non hanno alcun "confronto" se il reclamo è ritenuto, del tutto o parzialmente, da non accogliere e, del resto, la procedura può chiudersi con un "silenzio-rifiuto".

Quanto alla problematica sulle spese di lite da rapportare all'esplicazione effettiva del diritto di difesa e poste dalle Commissioni tributarie a carico del soccombente, con deroghe ben delineate per non risolversi in «mero arbitrio»[56], essa è stata risolta introducendo l'art. 15, comma 2-*septies*, nel d.lgs. n. 546/1992[57], che dispone: «*Nelle*

processuale dell'atto. A. GIOVANNINI, *Reclamo e mediazione tributaria*: *per una riflessione sistematica*, in *Rass. trib*, 2014, p. 55, pone, invece, l'atto tra la contestazione amministrativa e il gravame giurisdizionale. Per la Corte cost., 16 aprile 2014, n. 98, la fase del reclamo è un *procedimento pre-giurisdizionale*.

[52] Agenzia delle Entrate, circolare n. 38/E/2015. In senso critico, C. GLENDI, *Il reclamo e la mediazione*, cit., p. 175.

[53] Cfr. A. TURCHI, *Reclamo e mediazione nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2012, p. 898 ss.

[54] La mediazione tributaria, ispirata a quella civile (art. 10, d.lgs. n. 28/2010), ha caratteristiche amministrative e procedimentali quali, appunto, la presenza di un mediatore non "terzo" rispetto alle parti. Nella relazione illustrativa al d.lg. n. 156/2015 la mancata scelta di un organo terzo è stata reputata «opportuna», poiché il reclamo «è espressione dell'esercizio di un potere di autotutela dello stesso ente impositore» da incoraggiare «per indurre ogni amministrazione a rivedere i suoi errori prima dell'intervento del giudice».

[55] Cfr. A. CARINCI, *La mediazione funziona solo con un arbitro terzo*, in *Dir. prat. trib.*, 2017, p. 1101. Diversamente, P. ROSSI, *L'atto di accertamento*, in A. FANTOZZI (a cura di), *Diritto tributario*, Torino, 2012, p. 772 ss., che ritiene ammissibile l'assenza della terzietà per gli "oneri" che altrimenti andrebbero sostenuti. In merito la COMMISSIONE INTERMINISTERIALE PER LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA TRIBUTARIA ritine di confermare l'assetto dell'istituto rispetto a un organo "terzo" cui rimettere la mediazione. La posizione è condivisa da F. PISTOLESI, *Spunti per la riforma tributaria nella relazione della Commissione interministeriale del 30 giugno 2021*, in *giustiziainsieme.it*, 23 luglio 2021, sottolineano che, diversamente, si sarebbero creati più problemi rispetto a quelli che un'altra scelta avrebbe potuto risolvere. Ciò, in quanto, «si sarebbe spezzato l'essenziale nesso sussistente fra questo istituto e l'autotutela. Il reclamo non potrebbe essere accolto da un organo diverso dall'ente impositore poiché ciò ne lederebbe le prerogative, volte ad assicurare il rispetto dei principi di legalità nella materia tributaria e di capacità contributiva. Prerogative che devono, però, essere esercitate con massime equanimità e trasparenza, al fine di evitare inaccettabili disparità di trattamento fra i privati e perché si possa realizzare un efficace filtro all'accesso alla giustizia tributaria». L'Autore ritiene, tuttavia, necessario per le ridotte dimensioni organizzative di molti enti locali di creare consorzi o affidare le funzioni di accertamento, liquidazione e riscossione ai soggetti di cui all'art. 53, d.lgs. n. 446/1997, se dotati di ripartizioni autonome.

[56] Cass. SS.UU. civ., 30 luglio 2008, n. 20598.

[57] Il comma 1, art. 17-*bis* previgente disponeva, tranne nei casi di soccombenza reciproca, che le Commissioni

ISSN 2036-7821

controversie di cui all'art. 17-bis, le spese di giudizio di cui al comma 1 sono maggiorate del 50 per cento a titolo di rimborso delle maggiori spese del procedimento». In altri termini, se la fase di reclamo si conclude senza che sia accolto, l'accoglimento del ricorso implica l'incremento delle somma da sborsare anche per il Fisco, sebbene i giudici tributari continuino ad applicare nei confronti di quest'ultimo assai raramente la previsione.

4. Fase processual-tributaria: le dichiarazioni sostitutive di atti notori hanno una limitata efficacia probatoria.

Affinché la sede contenziosa sia "utile"[58] deve tendere all'accertamento dei fatti e, quindi, consentire anche lo svolgimento del diritto alla prova.

Eppure, un limite che ancora opera rispetto alla tutela del contribuente relativamente all'effettiva esplicazione della parità delle parti, del giusto processo e del diritto di difesa, con evidenti riflessi sul contraddittorio[59], è dato proprio dal divieto di prova testimoniale (e di giuramento), posto dall'art. 7, comma 4, d.lgs. n. 546/1992, norma rubricata, peraltro, "Poteri della Commissione tributaria"[60].

La parte privata, dunque, non può servirsene dimostrando, mediante tale strumento ciò che sostiene nel processo[61]; diversamente, l'amministrazione finanziaria può

---

tributarie non potevano disporre la compensazione delle spese, tranne in presenza di «validi motivi» (da riportare in motivazione), inducendo il soccombente a disattendere la proposta di mediazione con evidente deroga all'art. 92, comma 2, c.p.c.. Sul punto, invero, si è escluso che l'omessa presentazione dell'istanza del contribuente potesse giustificare la compensazione delle spese, poiché «l'opportunità di risolvere in via di autotutela le controversie al fine di evitare il proliferare di contenziosi e di lucrare sulle spese processuali è illogica ed erronea», risolvendosi «in una non consentita limitazione del diritto del cittadino di ricorrere in giudizio, con conseguente violazione dell'art. 24 Cost.». Così Cass., Sez. VI., 31 maggio 2016, n. 11222. Piuttosto di recente, la C.T.R. Emilia Romagna nella sent. 22 ottobre 2020, n. 1115, ha statuito che, qualora l'ente impositore o l'agente della riscossione nella fase del reclamo/mediazione annullino in autotutela l'avviso di accertamento tributario o di riscossione, sono tenuti a rimborsare al contribuente le spese legali necessarie per la proposizione del ricorso/reclamo.

[58] G. TERRACCIANO, *Il principio di effettività e la natura sostanziale dell'atto sotteso all'actio iudicati*, cit., p. 726. Definisce il processo "luogo dell'effettività", R. GRECO, *L'effettività della tutela nel giudizio di ottemperanza*, in *giustiziaamministrativa.it*, 13 febbraio 2019.

[59] Di cui all'art. 101 c.p.c. per effetto del rinvio alle norme del processo civile *ex* art. 1, d.lgs. n. 546/1992. Sul punto, F. BATISTONI FERRARA, *Processo tributario, riflessioni sulla prova*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, I, p. 1628 ss.; R. LUPI, *L'onere della prova nella dialettica del giudizio di fatto*, in A. AMATUCCI (diretto da), *Trattato di diritto tributario*, Padova, 1994, p. 281 ss.; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999, p. 480 ss.; ID., *Il divieto di prova testimoniale nel processo tributario: un residuato storico che resiste all'usura del tempo*, *in Rass. trib.*, 2000, p. 567 ss.; S. MULEO, *Contributo allo studio del sistema probatorio nel procedimento di accertamento*, Torino, 2000, p. 345 ss.; F. PAPARELLA, *Le dichiarazioni di terzi e la prova testimoniale. Profili sistematici*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, G. MARINI (a cura di), *Il processo tributario*, Padova, 2008, p. 213 ss.; A. COMELLI, *Le dichiarazioni di terzi sono elementi indiziari liberamente valutabili dal giudice tributario*, in *Corr. trib.* 2013, p. 637 ss.

[60] Anche questo comma è stato oggetto d'interesse della COMMISSIONE INTERMINISTERIALE PER LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA TRIBUTARIA proponendo di sostituirlo in tal modo: «Non è ammesso il giuramento. Su istanza del ricorrente il giudice può autorizzare la prova testimoniale assunta in forma scritta ai sensi del codice di procedura civile su circostanze oggetto di dichiarazioni di terzi contenute in atti istruttori».

[61] Come ha osservato F. TESAURO, *Sulla esclusione della testimonianza nel processo tributario*, in *Il fisco*, 2002, p. 23, il divieto di testimonianza «è estraneo alla tradizione normativa del processo tributario ed è stato sancito, per la

ISSN 2036-7821

chiedere informazioni a terzi sull'oggetto della controversia, assunte al di fuori dal processo utilizzandole, per l'appunto, ai fini processuali[62].

Sull'inammissibilità della prova testimoniale, la dottrina – sin dal momento dell'introduzione della norma che l'ha prevista – ne ha evidenziato l'illegittimità per violazione dei canoni prima enunciati (al momento vigenti), nonché e, tra l'altro, per l'eccesso di delega nel decreto che la disponeva[63].

La Consulta, tuttavia, intervenendo su questioni sollevate in merito, le dichiarava manifestamente infondate[64]: l'esclusione di un mezzo di prova, in linea di principio, non rappresenta di per sé una violazione del diritto di difesa poiché, ai fini della formazione del convincimento del giudice, il legislatore può regolarlo discrezionalmente in funzione delle peculiarità dei singoli procedimenti.

Il divieto, perciò, è stato ritenuto coerente con natura e disciplina del contenzioso tributario in quanto e, per lo più, non imperniato sull'oralità[65], sia pur non escludendo del tutto le acquisizioni scritte di terzi, una forma di testimonianza "atipica"[66] ad ausilio dell'attività di accertamento[67].

Sul versante dottrinale, comunque e, a più riprese, sono state ribadite le ragioni d'incostituzionalità della disposizione considerando, peraltro, il riformulato art. 111 Cost[68]., in specie quando solo con la testimonianza potrebbe essere data la "prova"[69]. Il precetto, d'altronde, individua il metodo dialettico quale strumento ordinario per ricercare la "verità" e un processo "giusto" deve rivolgersi a realizzare la giustizia in un senso *anche* sostanziale.

---

prima volta, dall'art. 23, d.P.R. n. 739/1981, inserito nell'art. 35, comma 5, d.P.R. n. 636/1972. Pertanto, la dottrina e la giurisprudenza si mostravano inclini a ritenere la testimonianza ammissibile nel processo proprio per l'assenza di una norma contraria e consideravano il rinvio alle norme processuali civili che lo consentivano e consentono». Per una puntuale disamina della disciplina prima della riforma, cfr. E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, V ed., Torino, 1969, p. 373 ss.; F. MAFFEZZONI, *La prova nel processo tributario*, in *Boll. trib.*, 1977, p. 1697 ss.

[62] Si tratta, soprattutto, dell'attività di verifica della Guardia di finanza che fa entrare nel processo, non ammettendo un'uguale prova contraria, le sommarie informazioni orali, riportate in documenti scritti, e che le Commissioni tributarie, spesso, valutano quali prove indiziarie (art. 37, comma 1, d.P.R. n. 600/1973).

[63] S. LA ROSA, *La fase istruttoria nel processo davanti alle commissioni tributarie*, in *Boll. trib.*, 1982, p. 1259 ss. Per osservazioni sugli aspetti incostituzionali delle limitazioni probatorie, cfr. G. BIZIOLI, *La prova testimoniale nel processo tributario: profili costituzionali*, in F. BILANCIA (a cura di) *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giustizia tributaria italiana*, Torino, 2014, p. 413 ss.

[64] Cfr. ord. 10 dicembre 1987, n. 506; 23 febbraio 1989, n. 76; 8-10 gennaio 1991, n. 6; 8 luglio 1992, n. 328.

[65] C. GLENDI, *L'istruttoria nel nuovo processo tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, p. 1126.

[66] C. GLENDI, *I poteri del giudice*, cit., p. 215.

[67] In questo senso, da ultimo, Cass., Sez. trib., 7 marzo 2019, n. 6616; 3 febbraio 2020, n. 2406.

[68] F. GALLO nell'audizione del 31 maggio 2021 presso la Commissione per la riforma della giustizia tributaria ha segnalato, per l'appunto, che la questione va guardata considerando il nuovo art. 111 Cost. «Il problema, infatti, non è più tanto verificare se è costituzionalmente legittimo, ex art. 3 Cost., il fatto che il giudice civile (ovvero, più recentemente, quello amministrativo), possa assumere direttamente testimonianze, mentre a quello tributario tale facoltà sia inibita. Il problema, invece, è considerare se il divieto probatorio non contrasti, direttamente e in modo inequivocabile, con la regola costituzionale di contraddittorio-parità tra le parti».

[69] Per F. TESAURO, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2017, p. 126, alla facoltà per la parte privata di produrre in giudizio dichiarazioni scritte di terzi va dato lo stesso valore delle dichiarazioni prodotte dalla parte pubblica.

ISSN 2036-7821

Di conseguenza, poiché il contraddittorio ha trovato riconoscimento a livello di fonte primaria, ove non vi è un'espressa previsione indicante mezzi "compensativi" a tutela dell'effettiva parità delle armi e della difesa, vanno ritenuti illegittimi i limiti posti all'esercizio del diritto alla prova[70].

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha dichiarato non manifestatamente infondata la questione relativamente alla violazione dell'art. 7, commi 1 e 4 cit. e in riferimento agli artt. 3, 24 e 53 Cost.[71], pur precisando riguardo al principio di uguaglianza e al diritto di difesa la non necessaria uniformità delle regole che devono presiedere le differenti tipologie di processo, nonché segnalando la «spiccata specificità» del rito tributario rispetto al processo civile e amministrativo per la natura della pretesa fatta valere dall'ente impositore e, soprattutto, per il suo modello istruttorio in larga parte scritto e documentale.

Rispetto, ancora, alla relazione tra la norma e il principio di capacità contributiva, la Consulta ha chiarito che essa non è incostituzionale poiché l'attitudine alla contribuzione è rivolta alla sola disciplina sostanziale dei tributi e che, del resto, non è vietato in modo assoluto che nel processo entrino dichiarazioni provenienti da terzi assumendo, come anticipato, il valore probatorio di elementi indiziari che partecipano alla formazione del libero convincimento del giudice.

Invero, è proprio su questo assunto che si delineerebbe la natura inquisitoria del rito tributario poiché la Commissione, nell'avvalersi dei mezzi istruttori di cui all'art. cit., non è condizionata da alcuna iniziativa di parte, diversamente da quanto accade nel processo civile[72]. Le dichiarazioni in questione, peraltro, assumono una rilevanza fiscale generale anche in definite norme procedimentali[73].

La Corte di Cassazione, a sua volta, ha riconosciuto con orientamento consolidato – per provare a riequilibrare le posizioni tra ricorrente e resistente – il diritto del

[70] L.P. COMOGLIO, *Atti di istruzione delegata e contraddittorio del contenzioso tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin*., 1973, p. 468 ss., segnalava, pur mancando un'espressa previsione normativa, che i principi del processo civile (tra cui quelli ex artt. 101 e 112 c.p.c.), erano da applicare al contenzioso tributario. In particolare, il contraddittorio in fase decisoria, se violato, doveva determinare la nullità della sentenza (artt. 132, 156, 161 c.p.c.). Altre garanzie processuali per il suo svolgimento erano desumibili dalle disposizioni ove il legislatore prevedeva notificazioni, preclusioni e decadenze. L'art. 35, comma 2, ultima parte, d.P.R. n. 636/1972, era "norma cardine" per la tutela del contraddittorio quanto a necessarie, tempestive, comunicazioni alle parti degli adempimenti istruttori richiesti dalle Commissioni e al diritto d'intervenire e verbalizzare loro richieste e deduzioni. Su tale aspetto, C. GLENDI, *I poteri del giudice nell'istruttoria del processo tributario*, in ID., S. PATTI, E. PICOZZA (a cura di), *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*, Torino, 1986, p. 175 ss.

[71] Sent. 21 gennaio 2000, n. 18. Per un commento critico sulla decisione, E. DE MITA, *La Consulta non interviene sull'esistente*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 gennaio 2000.

[72] C. GLENDI, *Prova testimoniale, principio dispositivo, onere della prova e oggetto del processo tributario*, in *Riv. giur. trib*., 2007, p. 9.

[73] Il riferimento è agli artt. 32, d.P.R. n. 600/1973 e 51, d.P.R. n. 633/1973. Sul punto A. COLLI VIGNARELLI, *Valore probatorio delle dichiarazioni del contribuente e dei terzi*, in *Riv. dir. trib. on line*, 2021. G. MARINI, *Note in tema di costituzione a mezzo posta nel processo tributario*, in *Rass. trib*., 2002, p. 2064, ha rilevato che l'assunzione di prove sostanzialmente testimoniali è presente in sede procedimentale poiché prevista dalle regole in materia di accertamento ai fini delle imposte dirette e dell'Iva, sebbene delimitando i soggetti escutibili.

ISSN 2036-7821

contribuente di produrre in giudizio le dichiarazioni scritte di terzi, attribuendogli il segnalato valore indiziario[74], ma rispetto allo strumento tipico attraverso cui egli fa pervenire in giudizio le dichiarazioni sostitutive di atti notori, ovvero atti a lui favorevoli, gli orientamenti divergono.

Alcune pronunce, infatti, hanno sostenuto che le stesse abbiano valore probatorio solo in alcune procedure amministrative e siano inefficaci in sede giurisdizionale, particolarmente in quella tributaria per il limite "insuperabile" posto dall'art. 7 cit. Diversamente, infatti, s'introdurrebbe un mezzo di prova, non solo corrispondente a quello vietato, ma costruito al di fuori del processo[75].

Un altro orientamento assegna, invece, ai detti atti il valore di elementi indiziari e quando presentano i caratteri di gravità, precisione e concordanza (art. 2729 c.c.), danno luogo a presunzioni semplici[76]. Cionostante, ciò che occorrerebbe è un effettivo contraddittorio tra le parti al momento della riferibile assunzione, oltre che consentire, più ampiamente, la tutela della posizione del contribuente riconoscendogli la possibilità di utilizzare ogni mezzo probatorio idoneo a dimostrare le proprie ragioni.

La Corte Edu, del resto, ha chiarito che *il divieto di prova testimoniale nel processo tributario* e *l'assenza della pubblica udienza sono compatibili con il principio del giusto processo solo se da esse non derivi* «*un grave pregiudizio della posizione processuale del ricorrente sul piano probatorio non altrimenti rimediabile*»[77].

4.1. Le misure per la revisione del contenzioso: il contribuente-creditore non è sempre tutelato.

In alcuni casi, il Fisco assume la posizione di debitore del contribuente, ma quest'ultimo non riceve un'effettiva tutela giurisdizionale.

Al proposito, occorre preliminarmente tener conto che con il d.lgs. n. 156/2015 è stata introdotta nel contenzioso tributario una disciplina specifica per la compensazione delle spese di lite, non più di rinvio all'art. 92, comma 2, c.p.c., sebbene riprenda la formulazione previgente per i casi di soccombenza reciproca e quando sussistano gravi ed eccezionali ragioni (da motivare)[78].

---

[74] Tra le prime decisioni, cfr. Cass., Sez. trib., 26 marzo 2003, n. 4423 e 14 maggio 2003, n. 7445. Nella recentissima ordinanza del 15 gennaio u.s. n. 592, il giudice di legittimità ha ribadito che ciò rappresenta attuazione dei principi del giusto processo, assicurando parità delle armi processuali e diritto di difesa.

[75] In questo senso, Cass., Sez. trib., 15 gennaio 2007, n. 703, nonché, tra le molte e più attuali, 3 gennaio 2017, n. 701.

[76] Di cui agli artt. 39, d.P.R. n. 600/1973 e 54/633. In merito, Cass., Sez. trib., 16 maggio 2019, n. 13174.

[77] Corte Edu, C 73053/0143, *Jussilla c. Finlandia*, e C 44759/1998, *Ferrazzini c. Italia*. Per un commento su quest'ultima decisione, M. GREGGI, *Giusto processo e diritto tributario europeo: applicazione e limiti del principio (il caso Ferrazzini)*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, p. 529 ss.

[78] Per una sintetica disamina della disciplina evolutiva della distribuzione tra le parti delle spese processuali, L. LETIZIA, *Brevi riflessioni sulla compensazione delle spese di lite nel processo tributario a margine di alcune pronunce della Corte di Cassazione*, in questa Rivista, 2016.

ISSN 2036-7821

Detto ciò, l'art. 69, comma 4, d.lgs. n. 546/1992, modificato dall'art. 9 del decreto n. 156 cit., dispone che il contribuente-creditore nell'ipotesi di sentenza non definitiva possa attivare il giudizio di ottemperanza (art. 70, d.lgs. n. 546 cit.), se l'Ufficio che deve versargli a qualsiasi titolo importi e relativi interessi non vi provveda entro novanta giorni dalla notifica della decisione[79].

L'effettività di tutela del privato in questo caso si realizza, dunque, incontrovertibilmente.

Per altre fattispecie, invece, ciò non avviene e, tra queste, quando un avviso di accertamento relativo a imposte sui redditi sia annullato dalla Commissione tributaria provinciale e impugnato dall'Agenzia delle Entrate. Prima della decisione, infatti, l'Ufficio ne aveva affidato la riscossione all'Agente per un importo pari a 1/3 dell'imposta dovuta, oltre a interessi e, quindi, l'effettività in esame implicherebbe il ritiro dell'atto di riscossione; diversamente, il titolo esecutivo permane ed, eventualmente, si determinano misure cautelari, con compromissione del diritto del privato a far sue somme che deve ricevere.

Anche un'altra ipotesi denota una tutela affievolita del contribuente ed essa desumibile dagli artt. 63 e 68 del decreto: in caso di sentenza di Cassazione di annullamento con rinvio, il tributo va riscosso provvisoriamente in pendenza del giudizio di prime cure nell'ammontare pari 1/3 delle imposte accertate e relativi interessi[80]. In sede di rinvio, invece, il riferimento è alle disposizioni di cui al procedimento dinanzi alla Commissione tributaria.

Il detto ammontare in pendenza di giudizio, tuttavia, riguarda un periodo che va dalla proposizione del ricorso al deposito della sentenza. Per cui, se nel corso di questo tempo è emessa un'ordinanza che sospende l'esecuzione dell'atto impositivo e, perciò, nessuna somma doveva essere richiesta al contribuente, altrettanto dovrebbe avvenire a seguito di riassunzione[81].

Ancora, poiché il giudizio di rinvio si svolge, di regola, davanti alla Commissione tributaria regionale seguendo, come anticipato, le norme del riferibile procedimento, l'art. 52 prevede che il contribuente può chiedere la sospensione dell'esecuzione dell'atto se dalla stessa potrebbe ricevere un danno grave e irreparabile. Solo in tal caso e, se l'istanza è accolta, egli può non effettuare il pagamento dell'atto fiscale attendendo la sentenza di conclusione del giudizio di rinvio; se, però, il giudice di

[79] Ciò in quanto le sentenze a favore del contribuente sono immediatamente esecutive (art. 69, comma 1), a meno che la Commissione non abbia richiesto idonea garanzia per le somme superiori a 1000 euro delle spese di lite e, in tal caso, il termine decorre dalla sua presentazione. Sul punto F. RANDAZZO, *Con l'immediata esecutività delle sentenze non ancora in giudicato cambia il giudizio di ottemperanza*, in *Corr. trib.*, 2016, p. 1971 ss.

[80] Art. 15, comma 1, d.P.R. n. 602/1973.

[81] Prima della riforma, il principio della provvisoria esecutività della sentenza, anche delle spese (art. 282 c.p.c.), non vi era. L'azione esecutiva, quindi, poteva essere promossa solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza e, in particolare, l'ente impositore poteva procedervi mediante iscrizione a ruolo a titolo definitivo, mentre il contribuente-creditore avviare l'espropriazione forzata o esperire il giudizio di ottemperanza.

ISSN 2036-7821

secondo grado dichiara inammissibile l'istanza, il principio di effettività è leso.
Infine, gli artt. 48 e 48-*bis*, dispongono che la conciliazione giudiziale può riguardare controversie che hanno a oggetto il versamento di somme che il privato deve all'ente impositore o quest'ultimo al primo, perfezionandosi nel «titolo» per la riscossione, ovvero la sottoscrizione di un accordo (o la redazione del processo verbale), estintivo della pretesa tributaria originaria.
Il contribuente dovrà, dunque, versare la rata, unica o prima (con garanzia), entro venti giorni dalla data di adesione, altrimenti interviene una sanzione del 30 per cento sul dovuto, aumentata della metà[82]; ma se è l'ente a essere debitore del contribuente, nulla è contemplato se lo stesso non provvede[83].
Il giudizio di ottemperanza, infatti, esclude le sentenze di condanna al rimborso, prevedendo una sentenza di cessazione della materia del contendere ("conciliazione in udienza") oppure un'ordinanza ("conciliazione fuori udienza")[84], oltre a terminare per inattività dell'Ufficio.
Il contribuente, in definitiva, dovrà rivolgersi al giudice ordinario con mancata esplicazione dell'effettività della tutela giurisdizionale in sede tributaria[85].

[82] Art. 13, d.lgs. n. 471/1997.

[83] Per approfondimenti, C. BUCCICO, *Gli istituti deflativi del contenzioso con particolare riferimento alla conciliazione giudiziale*, in C. GLENDI, G. CORASANITI, C. CORRADO OLIVA, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario, Atti del Convegno per i 90 anni di Diritto e pratica tributaria*, tomo II, Milano, 2019, p. 1257 ss.

[84] Sulla classificazione in due categorie, cfr. L. TOSI, ***La conciliazione giudiziale***, in F. TESAURO (a cura di) ***Il processo tributario***, in ***Giur. sist. dir. trib.***, Torino, 1998.

[85] Per le considerazioni espresse, si veda S. SAMMARTINO, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, seminario di aggiornamento per i magistrati della regione Sicilia, in *giustiziatributaria.it*.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Una lettura giuspubblicistica del dibattito civilistico sulla patrimonializzazione dei dati personali.

di Nicoletta Pica

(Assegnista di ricerca Università degli Studi del Sannio)

Sommario

1. Note introduttive; 2. La patrimonializzazione dei dati personali; 2.1 La "doppia" natura del diritto alla protezione dei dati personali nella normativa europea; 2.2 Il contributo proveniente dal dibattito sulla patrimonializzazione dei diritti della personalità; 3. I dati personali come nuova "moneta di scambio" negli orientamenti dell'AGCM e della giurisprudenza amministrativa per la tutela del "consumatore"; 3.1 Il quadro normativo europeo: la direttiva 2019/770/UE relativa ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali; 3.2 La posizione del Garante per la protezione dei dati personali; 3.3 Gli spunti ricostruttivi offerti dal GDPR; 3.4 Le coordinate interpretative emerse nel dibattito civilistico; 4. Le implicazioni giuspubblicistiche della data economy; 4.1 Dalla tutela individuale del "consumatore" alla necessità di politiche pubbliche per la tutela della "persona" come nucleo essenziale della società

Abstract

The article describes the phenomenon of personal data capitalization and examines the recent judgments that establish the protection of digital services users is articulated on a dual level and is based on both privacy and consumer protection regulations. Starting from this introduction, the article proposes some considerations on the collective effects resulting from the exploitation of personal data, questioning the need for public policies that, going beyond the consumer protection, are able to cope with the consequences produced by the data economy.

ISSN 2036-7821

1. Note introduttive.

Lo scritto trae spunto dagli esiti interpretativi emersi nel dibattito civilistico che, perseguendo l'obiettivo dell'ampliamento delle tutele, ha ricercato nella normativa consumieristica meccanismi di protezione degli utenti dei servizi digitali ulteriori e complementari rispetto a quelli delineati dalla disciplina sulla *privacy*.

L'esigenza di indagarne i contenuti e gli scopi sorge dalle implicazioni applicative che ne sono derivate, rinvenibili nelle recenti affermazioni della giurisprudenza amministrativa secondo cui, come meglio si vedrà in seguito, sussiste l' "esigenza di garantire "tutele multilivello" che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia "sfruttato" a fini commerciali"[1].

Tali statuizioni, oltre a sollecitare una preliminare riflessione sulle cause sottese alla patrimonializzazione dei dati personali nonché sulle argomentazioni che hanno condotto alla loro configurabilità come controprestazione contrattuale di natura non pecuniaria, si rivelano di particolare interesse soprattutto nella misura in cui perseguono l'apprezzabile intento di riequilibrare il rapporto, evidentemente asimmetrico, tra i giganti del web e gli utenti dei servizi digitali.

La direzione intrapresa, peraltro condivisa con l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, produce indiscutibili vantaggi, rivelandosi, d'altro canto, realisticamente al passo con uno scenario economico dominato dallo sfruttamento dei dati personali. Cionondimeno, occorre forse chiedersi se l'odierno quadro delle tutele sia sufficiente ad arginare le implicazioni insite in modelli di mercato che si espandono a detrimento di diritti fondamentali involgenti non solo la dimensione individuale dell'utente che disponga del dato come "merce di scambio", ma soprattutto quella collettiva, atteso che la determinazione di ciascuno in ordine al trattamento dei propri dati produce rilevanti conseguenze sociali e finanche politiche.

2. La patrimonializzazione dei dati personali.

Preliminarmente, è bene rilevare come la dottrina abbia espresso posizioni divergenti in ordine alla patrimonializzazione dei dati personali, sebbene dal contesto socio-economico odierno paia potersene chiaramente desumere – per usare le parole della Commissione UE - il "valore economico *de facto*"[2] conseguente all'affermazione dei nuovi modelli di business.

[1] Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 29 marzo 2021 n. 2631, in www.giustizia-amministrativa.it.

[2] Documento di lavoro dei servizi della Commissione. *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali* che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa* - 25 maggio 2016, reperibile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52016SC0163.

ISSN 2036-7821

Per meglio comprendere tale assunto, sotto il profilo eziologico, non si può prescindere dal considerare che ogni aspetto della vita personale risulta ormai investito dalla digitalizzazione[3], alimentata con l'utilizzo intensivo e sistematico dei dati[4] disseminati nel web, talvolta inconsapevolmente, dagli utenti dei servizi on line[5]; ed è così che tali fattori - digitalizzazione della società e crescente diffusione dei dati - combinandosi tra loro, hanno concorso a connotare la nostra società come "*digital society*", il cui "fondamento ed essenza sono costituiti dai dati e dalle informazioni"[6].

Ed infatti, le tecnologie informatiche rappresentano ormai più di un mero sostegno alle attività umane, assurgendo a fattore capace di incidere profondamente sulle relazioni sociali, sulla partecipazione alla vita pubblica così come sul progresso economico.

A quest'ultimo proposito, la dottrina ha però rilevato come l'informazione costituisca da sempre il "motore dell'economia", sicché ciò che nel contesto attuale fa la differenza è il Volume, la Varietà, la Velocità, la Veracità e il Valore economico dell'informazione, in quanto "con l'avvento dell'economia digitale diviene possibile inferire statisticamente con grande rapidità e con relativo poco impegno economico una vasta quantità di informazioni dall'elevato valore commerciale da una massa gigantesca di dati forniti dagli utilizzatori di internet, semplicemente registrando le loro operazioni in rete"[7].

Siffatte considerazioni conducono evidentemente a confrontarsi con il fenomeno dei big data.

Pur in assenza di univoca definizione, in buona sostanza si tratta di enormi quantitativi di dati, eterogenei quanto a tipologia, formato e fonti, suscettibili di rapida acquisizione ed analisi: "i big data si connotano quindi per "grande" volume, "grande" velocità e "grande" varietà"[8].

Muovendo dall'ottica economica, parte della letteratura li ha descritti aggiungendo le due ulteriori "V" di "veridicità" (*veracity*) e, soprattutto, di "valore" (*value*), con cui si

[3] E. CARLONI, M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in Diritto pubblico, 2017, 3, p. 732 osservano che il "nuovo scenario digitale" è "l'ambiente nel quale le persone non solo sono poste in pericolo dalla circolazione di informazioni, ma grazie a questa stessa circolazione di informazioni operano, comunicano, si esprimono, realizzano se stesse e le proprie potenzialità".

[4] P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in Rivista AIC, 2015, 1, p. 3.

[5] E. LUCCHINI GUASTALLA, *Privacy e data protection: principi generali*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale*, Milano, 2019, p. 61.

[6] F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela del diritto nell'era digitale*, Milano, 2019, p. 4; V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datification e la sua giuridicizzazione*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2017, 3 parla di *datification* per descrivere quel processo in cui "tutto è riconducibile all'informazione e dove la dittatura degli algoritmi rappresenta come scientifiche ed oggettive scelte prodotte da modelli matematico-finanziari".

[7] F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, in Concorrenza e Mercato, 2016, vol. 23, p. 5.

[8] F. FAINI, *Data society* cit., p. 167.

ISSN 2036-7821

intende rispettivamente fare riferimento all'accuratezza dei dati e alla loro capacità di produrre valore economico[9] grazie ad algoritmi che, consentendo risultati predittivi, estraggono valore dai dati[10] e li trasformano nel nuovo *asset* delle imprese operanti in rete[11], in un vantaggio competitivo che aumenta con il crescere dei dati disponibili e della loro qualità[12].

A tal proposito, è opportuno sottolineare che "la chiave per estrarre valore dai dati è avere idee innovative su come utilizzarli e sviluppare *software* e sistemi di intelligenza artificiale efficaci per ricavarne le informazioni utili"[13]. Il valore economico risiede, cioè, nell'informazione tratta dall'aggregazione dei dati[14]; come è stato efficacemente rilevato, l'informazione è un "dato arricchito da una prospettiva di rilevanza e finalizzazione"[15].

Ed infatti, sovente accade che nelle cd. *two-sided platforms* un'impresa fornitrice di servizi digitali, sul primo versante, acquisisca i dati degli utenti per poi per rivendere, sul secondo versante, spazi pubblicitari, il cui valore economico è proporzionale alla probabilità che, grazie alla capacità predittiva dell'algoritmo, il messaggio veicolato colga nel segno incontrando le preferenze dell'utente.

Talvolta, l'attività imprenditoriale può altresì consistere nella rivendita dei dati, grezzi o già raffinati dagli algoritmi.

---

[9] G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy, protezione dei dati personali e big data*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale* cit., p. 449; C. BUZZACCHI, *La politica europea per i big data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza?*, in Concorrenza e Mercato, 2016, vol. 23, p. 156.

[10] Sul punto, E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, in Law and Media Working Paper Series, 2017, 6, p. 2: "Il valore delle informazioni non è dunque intrinseco, ma dato dalla capacità di organizzarle, analizzarle, misurarle e conseguentemente ricavarne fattori e decisioni. Ciò significa che le attività di analisi dei Big Data riposano su due piani: software e algoritmi per l'analisi, da un lato, e l'insieme dei dati raccolti e aggregati, dall'altro".

[11] G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in Diritto pubblico, 2019, 1, p. 90. Anche le Istituzioni europee hanno mostrato consapevolezza di quanto l'analisi dei dati possa essere importate per gli operato economici: si veda in tal senso la Comunicazione della Commissione europea *Verso una florida economia basata sui dati*, COM (2014) 442 final del 2 luglio 2014 (in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0442&from=EN). Ulteriori documenti rilevanti in materia sono le seguenti comunicazioni della Commissione: *Iniziativa europea per il cloud computing - Costruire un'economia competitiva dei dati e della conoscenza in Europa* COM(2016) 178 final del 19 aprile 2016 (in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2016:178:FIN), *Costruire un'economia dei dati europea* COM (2017) 9 final del 10 gennaio 2017 (in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:9:FIN), *Verso una spazio comune europeo dei dati* COM (2018) 232 final del 25 aprile 2018 (in https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2018)232&lang=it).

[12] F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data* cit., p. 9.

[13] G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 2015, 4-5, p. 909 ss.

[14] *Il Valore dei dati: una ricchezza da governare tra privatizzazione e interesse pubblico*. Report dell' Osservatorio Cybersecurity Eurispes, in https://eurispes.eu/news/eurispes-osservatorio-cybersecurity-il-valore-dei-dati-una-ricchezza-da-governare.

[15] V. GUGGINO, B.BANORRI, *L'advertising ai tempi dell'intelligenza artificiale: algoritmi e marketing personalizzato*, in G. ALPA, A. BARBERA, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, Milano, 2020, p. 628 richiama, sul punto, F. DRUCKER, *Management challenges for the 21th Century*, New York, 1999.

ISSN 2036-7821

Risulta, dunque, evidente, quanto negli ultimi anni il regime di utilizzo dei dati si sia ampliato, avendo "superato la mera funzione di volano delle strategie commerciali (si pensi alle preferenze d'acquisto desumibili dal cd. *profiling* e alle proposte individuali effettuabili attraverso il *behaviour advertising*): sono i dati stessi l'oggetto principale dell'attività imprenditoriale. Il dato — sia esso personale che anonimo — viene captato, veicolato, trattato e nella maggior parte dei casi conservato ed accumulato, rappresentando una forma di "capitale" diverso e alternativo al plusvalore ottenuto dalla vendita dei servizi o degli spazi pubblicitari"[16].

Significative, a tal proposito, si rivelano le stime dell'Osservatorio Cybersecurity Eurispes. In particolare, nel report "Il Valore dei dati: una ricchezza da governare tra privatizzazione e interesse pubblico" si richiama il caso di Facebook come paradigmatico esempio del valore assunto dalla *digital economy*: la valutazione di mercato della società è cresciuta esponenzialmente, passando da 6,3 miliardi nel 2011 a 104 miliardi di dollari odierni, proprio per effetto del contributo apportato dai dati ricadenti nella disponibilità dell'azienda[17].

Quanto brevemente esposto consente di comprendere il quadro eziologico sotteso alla patrimonializzazione dei dati personali, per vero negata dalla dottrina secondo cui non vi è "consapevolezza nella coscienza sociale sul fatto che la produzione dei dati personali avvenga in funzione del loro carattere di merce, né tantomeno questa è la prospettiva assunta dalla normativa sul trattamento dei dati personali, che non disciplina il fenomeno della cessione di informazioni personali, né a titolo gratuito, né a titolo oneroso (…)"[18].

---

[16] G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa* cit., p. 909 ss.

[17] Parimenti rilevante è il caso di Apple, che in un decennio ha ricavato oltre 40 miliardi di dollari applicando agli sviluppatori di applicazioni una commissione del 30% sulle vendite in cambio dell'accesso ai dati sui consumatori. Per valutare l'impatto della *digital economy* sulle economie nazionali, è interessante prestare attenzione a taluni dati: già nel 2017, essa rappresentava il 6,9% del PIL, pari a 1351,3 miliardi di dollari. Nell'UE il valore della *data economy* era di 258 miliardi di euro nel 2015 e, secondo le stime svolte dalla Commissione europea nel 2017, era destinato a raggiungere i 739 miliardi nel 2020. I dati sono tratti dal Report dell'Osservatorio Eurispes, che cita i seguenti documenti: K. Barefoot, D. Curtis, W. A. Jolliff, J. R. Nicholson,R. Omohundro, "Research Spotlight Measuring the Digital Economy", Survey of Current Business, Bureau of Economic Analysis, Maggio 2019; IDC, Open Evidence, "European Data Market study", SMART 2013/0063, 1 febbraio 2017. Lo studio evidenzia il valore delle informazioni sui clienti anche attraverso il caso dell'acquisizione di Linkedin da parte di Microsoft: "Il valore delle informazioni riguardanti i clienti si mostra pienamente anche in recenti acquisizioni avvenute nel mondo della *digital economy* come, ad esempio, nel caso dell'acquisto di LinkedIn da parte di Microsoft, avvenuto nel 2016 per la cifra di 26,2 miliardi di dollari. Un valore notevolmente più alto rispetto a quello costituito dagli *asset* tangibili di LinkedIn. Se volessimo proporzionare l'investimento effettuato con gli utenti del *social network* (circa 100 milioni di utenti attivi, all'epoca), potremmo dire che Microsoft ha investito circa 260 dollari per utente attivo acquisito. Non è chiaro se il valore acquisito con questa operazione valesse l'investimento fatto, tanto che all'epoca le valutazioni delle agenzie di *rating* furono differenti. Moody's scelse di abbassare il *rating* di Microsoft a causa dell'operazione, ritenuta eccessivamente onerosa e non proporzionata al debito accumulato per finanziarla. Al contrario, la valutazione di Standard & Poor's fu positiva, con una previsione di prospettiva finanziaria stabile, anche all'esito dell'operazione LinkedIn".

[18] A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in Europa e Diritto privato, 2018, 1. L'A. soggiunge: "Né la negazione del valore di bene giuridico delle informazioni contraddice il ruolo da queste

ISSN 2036-7821

L'esposto indirizzo interpretativo sembrerebbe collocarsi nel solco tracciato dalla dottrina tradizionale, che per lungo tempo è parsa orientarsi in senso diametralmente opposto alla possibilità di attribuire valore economico ai dati personali, stante l'afferenza del diritto alla loro protezione al novero dei diritti della personalità, ontologicamente assoluti, imprescrittibili, indisponibili, intrasmissibili.
Nondimeno, siffatto approccio ha prestato il fianco alle critiche di chi[19] ne ha rilevato l'obsolescenza in una realtà economica sempre più incentrata sullo sfruttamento dei dati personali, dotati di un "valore economico *de facto*"[20].
Sicché, se, alla stregua dell'accezione oggettiva[21], la "patrimonialità" di una prestazione ricorre allorché "in un dato ambiente giuridico-sociale, i soggetti siano disposti ad un sacrificio economico per godere i vantaggi di quella prestazione" (purché "ciò possa avvenire senza offendere i principi della morale e del costume sociale, oltre, beninteso, la legge")[22], può senza dubbio ritenersi che – acclarata la

---

assunto nell'attuale processo di valorizzazione capitalistica ma, anzi, ne spiega meglio il carattere estrattivo (…). Si tratta infatti di un capitalismo che (…) sfrutta la capacità produttiva senza bisogno della mediazione classica rappresentata dal contratto di scambio, in stretta continuità con quell'ulteriore trasformazione che si va radicando e che è sintetizzabile nella formula del trapasso dalla proprietà al godimento".

[19] V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 2018, 4-5, p. 26. L'A. osserva che: "il tema dell'operazione economica e della sua disciplina in termini di fenomeno negoziale-contrattuale e di definizione e regolazione di un mercato è rimasto assente o sullo sfondo nelle riflessioni della dottrina italiana, che ha continuato ad interrogarsi sul nuovo fenomeno economico dei dati personali ancora - e solo – in termini di diritti soggetti assoluti, di tutela risarcitoria extracontrattuale, di modelli rimediali di protezione della persona sul terreno della responsabilità civile, di danno non patrimoniale, ecc.". Secondo l'A., siffatto contesto culturale ha profondamente condizionato il formante normativo, che sin dalla L. n. 675/1996 ha mostrato una certa ritrosia nei confronti della prospettiva patrimonialistica, in antitesi con la stessa Direttiva 46/95/CEE che la citata legge si apprestava a recepire. Ed infatti, emergono "già nella prima normativa comunitaria, indici del fatto che, a ben vedere, oggetto della disciplina comunitaria sia stata sin dagli inizi un'attività (il più delle volte di natura economica) per la quale il legislatore si era preoccupato di dettare principi di bilanciamento con i diritti fondamentali della persona eventualmente coinvolti; un'attività idonea a tradursi, dunque, dal punto di vista civilistico, nella stipula di contratti funzionali alla realizzazione degli effetti di circolazione del dato. Oltre al chiaro e già citato richiamo di cui all'art. 1 della Direttiva al tema della circolazione del dato personale, non va trascurato che la normativa comunitaria in materia di trattamento dei dati personali è stata concepita avuto riguardo alle «attività di uno stabilimento» del responsabile del trattamento (art. 4 Direttiva 46/95 CE). Il collegamento è dunque posto con riferimento al concetto che, nel diritto comunitario, esprime la sede di un soggetto che in regime di libero mercato svolge – in uno Stato membro diverso dal proprio – un'attività non salariata e, segnatamente, di impresa: quello di stabilimento (artt. 49 ss. TFUE, ex artt. 43 ss. TCE)".

[20] Documento di lavoro dei servizi della Commissione. *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali* che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa* - 25 maggio 2016, reperibile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52016SC0163.

[21] Secondo la diversa concezione soggettiva, "ha valore patrimoniale anche la prestazione che lo riceva dalla natura della controprestazione ovvero dalla valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene la clausola penale" (in termini, Relazione del Ministro Guardasigilli al Libro "Delle Obbligazioni" del Codice Civile).

[22] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Catania, 1945, p. 38

ISSN 2036-7821

crescente attitudine delle imprese allo sfruttamento economico dei dati personali, nonché la loro predisposizione ad ottenerli anche mediante la fornitura di servizi digitali apparentemente gratuiti - il processo di "patrimonializzazione" sia ormai in atto.

2.1 La "doppia" natura del diritto alla protezione dei dati personali nella normativa europea.
Ove ciò non bastasse, occorre altresì considerare che la configurazione del diritto alla protezione dei dati personali delineata dalla normativa europea non rifiuta la prospettiva economica. Come è stato detto, sia la direttiva del 1996 che il regolamento del 2016 sottendono la consapevolezza e il riconoscimento del "valore di risorsa che possono assumere i dati personali, quali informazioni necessarie al funzionamento della vita economica e sociale degli Stati membri" [23].
Anzi, secondo parte della dottrina, nella direttiva 95/46/CE, non a caso intitolata "Direttiva relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati"[24], sarebbe persino possibile riconoscere come prevalente la dimensione economico-funzionale della tutela dei dati personali, una tutela che si inquadra nell'ottica del buon funzionamento del mercato interno[25].
Conferma di siffatto approccio si rinviene nel GDPR, il cui sesto considerando recita: "(…) 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 li riguardano. La tecnologia

[23] A. RICCI, *Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali*, in Contratto e impresa, 2017, vol. 33, 2, p. 591.

[24] In tal senso, il considerando 8 qualificava espressamente come obiettivo fondamentale per il mercato interno l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei dati personali e l'art. 1 inseriva la libera circolazione dei dati personali nell'oggetto della direttiva.

[25] G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy* cit., p. 461. Secondo F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti?*, in Giur. merito, 2012, 12, p. 2555 ss., "a ben vedere, fin dalla sua origine, la materia del trattamento dei dati personali ha evidenziato uno stretto parallelismo con il fenomeno economico, dal quale, per molti versi, ha tratto impulso la matrice normativa comunitaria: si ricorderà, al riguardo, la Direttiva 1995/46/CE del 24 ottobre 1995, dove si sanciva l'esigenza di ravvicinare le normative nazionali, con l'espresso intento di favorire, in particolar modo, il progresso degli scambi e del mercato interno, mediante la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e per ciò che qui più interessa dei dati personali, fermo restando il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.
Il principio in argomento, per il vero, era stato in parte già anticipato dalla Convenzione di Strasburgo n. 108 del 28 gennaio 1981, a comprova di una sensibilità ben più risalente sulla materia. Più di recente, dopo il riconoscimento del diritto alla protezione dei dati intervenuto con l'art. 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, sempre in sede continentale si segnalano gli ulteriori richiami alla necessità, in questa materia, di un approccio che bilanci l'esigenza di incremento degli scambi con la tutela della persona da possibili abusi commessi con l'utilizzo dei suoi dati personali: a tale proposito, appare di rilievo la Conferenza internazionale delle Autorità di protezione dei dati tenutasi a Strasburgo dal 15 al 17 ottobre 2008 e, in particolare, la risoluzione adottata per la definizione di standard internazionali sulla tutela della *privacy*".

ISSN 2036-7821

ha trasformato l'economica 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"; ancora, a mente dell'art. 1, par. 3: "La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali".

Le disposizioni sopra citate parrebbero inequivocabilmente confermare quanto colto dalla dottrina secondo cui "il sistema che si è andato costruendo in questi anni è indirizzato ad una disciplina che abbandona l'idea della protezione esclusiva, della 'prerogativa assoluta', e intende coniugare l'esigenza di tutela della persona con l'inevitabile realtà della circolazione dei dati personali"[26].

Sulla scorta di ciò, si è anche giunti a reputare che l'intento del regolamento sia quello di "portare a maggior compimento una normativa sulla *privacy* che, più che occuparsi di riservatezza, tenda a regolare *in primis* la libera circolazione dei dati (e dunque la loro protezione), di pari passo con la libera circolazione dei diritti, delle merci e delle persone all'interno dell'Unione"[27].

D'altro canto, in tal senso parrebbero evidentemente deporre le parole della Commissione UE, secondo cui: "Le preoccupazioni relative alla *privacy* sono legittime, ma non devono essere utilizzate dalle amministrazioni pubbliche come motivo per limitare il libero flusso dei dati in modo ingiustificato. (…) Il regolamento promuove la fiducia necessaria al trattamento dei dati e costituisce la base per la libera circolazione dei dati personali nell'UE. Vieta le restrizioni alla libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione allorché si fondano su motivi connessi alla protezione dei dati personali"[28].

---

[26] V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati*, in Contratto e impresa, 2018, vol. 24, 3, p. 12-13. In tal senso, anche G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione delle finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario di big data*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2018, 6: "il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (UE) 2016/679 ("General Data Protection Regulation" o "GDPR"), non ha come obiettivo quello di vietare l'uso di dati personali ma di bilanciare due interessi ugualmente meritevoli di tutela: la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, e la tutela del mercato, la libera circolazione di tali dati e quindi l'incentivo alle più innovative attività di impresa".

[27] L. DURST, *Oggetto e finalità: un nuovo statuto giuridico dei dati personali*, in L. DURST, R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al GDPR, Regolamento EU n. 679/2016 e al d.lgs. n. 101/2018*, Milano, 2019, p. 59.

[28] In termini, Comunicazione della Commissione *Costruire un'economia dei dati europea* COM(2017) 9 final, del 10 gennaio 2017, p. 5-6 (in https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2017:0009:FIN:IT:PDF); v. altresì Comunicazione della Commissione europea *Verso uno spazio comune europeo dei dati* COM(2018) 232 final, del 25 aprile 2018 (in https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-232-F1-ITMAIN-PART-1.PDF).

ISSN 2036-7821

Ad ogni buon conto, non può sottacersi quanto il GDPR sia altrettanto inequivocabile nel qualificare[29] il diritto alla protezione dei dati personali in termini di diritto fondamentale, sicché pare di poter condividere la prospettiva secondo cui la protezione dei dati personali si articola su un duplice livello: quello inerente all'identità personale, quale diritto fondamentale, e quello economico[30].
La soluzione per rendere compatibili i due piani non può che essere quella del bilanciamento[31], un bilanciamento che parrebbe suggerito dallo stesso legislatore europeo[32] nel considerando 4 del Regolamento ("Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità"[33]), interpretato dalla dottrina nel senso di ritenere che: "i dati personali rivestono una duplice valenza: sono componenti della sfera identitaria della persona e, sotto questo aspetto, è garantito a chiunque il diritto di protezione che nel controllo trova il nucleo fondante la pretesa; possono essere informazioni necessarie o comunque strumentali al funzionamento della vita economica e sociale e, sotto questo aspetto, risulta possibile, nel necessario bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali parimenti tutelate, introdurre restrizioni alla pretesa del singolo"[34].
Siffatto condivisibile esito interpretativo viene desunto dalla espressa qualificazione del diritto alla protezione dei dati personali come diritto "non assoluto" suscettibile di assolvere ad una "funzione sociale".
Segnatamente, secondo la dottrina sopra citata, la prima espressione – "non assoluto" –andrebbe riferita non al diritto, che verrebbe altrimenti ad essere inteso come diritto inopponibile *erga omnes* secondo la tradizionale distinzione civilistica tra diritti assoluti efficaci *erga omnes* (ad es. i diritti reali) e diritti relativi efficaci *inter partes* (ad es. i diritti di credito)[35], bensì al contenuto del diritto, che: "è relativo in quanto i

[29] V. considerando 1: "La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale".
[30] L. DURST, *Oggetto e finalità* cit., p. 60.
[31] *Ibidem*.
[32] La soluzione del bilanciamento parrebbe essere prospettata anche dalla Direttiva 95/46/CE che, nel considerando 3, affermava: "Considerando che l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, nel quale, conformemente all'articolo 7A del Trattato, è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, esigono non solo che i dati personali possano circolare liberamente da uno Stato membro all'altro, ma che siano altresì salvaguardati i diritti fondamentali della persona".
[33] A. RICCI, *La "funzione sociale"* cit. p. 604: "la previsione del considerando conferma l'impianto descritto sin dalla direttiva 95/46/CE che (…) muovendo dal presupposto che la libera circolazione delle informazioni è interesse connaturale al progresso economico e sociale, fonda la disciplina del trattamento dei dati personali sul bilanciamento tra la legittima pretesa individuale di protezione e il corretto funzionamento del mercato".
[34] *Ivi*, p. 609.
[35] F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in Enc. Dir., XII, 1964.

ISSN 2036-7821

poteri del titolare possono subire delle limitazioni, conseguenti alla necessaria operazione di bilanciamento tra interessi individuali e interessi collettivi"[36].

In altri termini, il carattere "non assoluto" del diritto alla protezione dei dati personali evoca l'assunto, peraltro consolidato nella giurisprudenza costituzionale e altresì desumibile dall'ordinamento europeo[37] , secondo cui i diritti fondamentali della persona sono comprimibili in sede di bilanciamento[38], purché ne resti impregiudicato il nucleo essenziale[39].

E dunque, acclarato che, alla luce del quadro normativo europeo, il diritto alla protezione dei dati personali è suscettibile di limitazione ogniqualvolta il sacrificio consegua al bilanciamento con un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico e che tale interesse ben può consistere nella libera circolazione dei dati per la realizzazione del mercato interno, sembra che il nodo interpretativo risieda nell'individuazione del nucleo fondamentale e incomprimibile del diritto alla protezione dei dati personali.

Rinviando alle pagine che seguono il tentativo di offrire una risposta a siffatto interrogativo, può sin d'ora anticiparsi che il diritto in parola risulta strumentale alla tutela di beni giuridici di rilevanza costituzionale, sia individuali, come l'identità

---

[36] A. RICCI, *Sulla "funzione sociale"* cit., p. 600. Parimenti, applicando le coordinate ermeneutiche relative all'art. 42 Cost., che impongono di riferire la funzione sociale non al diritto in quanto tale bensì all'oggetto del diritto, e così di ammettere possibili limitazioni al suo contenuto, si è condivisibilmente concluso che la "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali "va[da] riferita alle informazioni oggetto della pretesa individuale", con la conseguenza che "se il dato ha uno scopo esterno alla sfera individuale dell'interessato, se il dato incide sulla sfera dei diritti fondamentali di altri individui ovvero il suo trattamento è strumentale a bisogni sociali, la pienezza delle pretese può subire una restrizione. In sintesi, se il dato personale è funzionale al soddisfacimento di un interesse che supera i confini della sfera individuale dell'interessato, legittima e necessaria è la limitazione della prerogativa sul medesimo dato" p. 604.

[37] L. CASTELLI, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le corti*, in Rivista AIC, 2021, 1, p. 460: "Il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali, infatti, (…) è un elemento costitutivo della nostra tradizione costituzionale e come tale viene immesso nell'ordinamento europeo per il tramite della Corte costituzionale. Al tempo stesso, è un sintagma codificato dall'art. 52, par. 1, della Carta [dei diritti fondamentali UE] e ricostruito in modo autonomo dalla Corte di giustizia. Nel prisma del «contenuto essenziale», insomma, può cogliersi appieno quell'attitudine delle tradizioni costituzionali comuni a fungere da «cerniera ordinamentale in grado di far transitare senza sosta materiali normativi e giurisprudenziali dalla dimensione nazionale a quella sovranazionale, e viceversa»".

[38] Si pensi alle note pronunce della Corte Costituzionale in tema di diritto alla salute, tra cui Corte Cost. sentenza 2 dicembre 2005 n. 432 (in http://www.giurcost.org/decisioni/2005/0432s-05.html): "il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana". Per un'approfondita ricognizione della giurisprudenza costituzionale sull'argomento, v., di recente, L. CASTELLI, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le corti* cit.

[39] Sicché, vi è chi (L. DELLI PRISCOLI, *Liberalizzazioni e diritti fondamentali*, Vicalvi, 2016, p. 105) giunge persino a dubitare che, nell'ambito dei diritti costituzionalmente protetti, abbia ancora senso distinguere i diritti fondamentali, in quanto la teoria del bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e della conservazione del nucleo indissolubile dei diritti dimostrerebbe che tutti i diritti costituzionalmente rilevanti, anche quelli ritenuti "fondamentali", sono suscettibili di bilanciamento e di compressione.

ISSN 2036-7821

personale, che - specie nell'odierno contesto della *digital economy* - collettivi, come la dignità sociale (art. 3 Cost.), il pluralismo informativo (art. 21Cost.), la sovranità popolare (art. 1 Cost.), la partecipazione alla vita politica e sociale (art. 3 Cost.); sicché, l'individuazione della soglia di comprimibilità del diritto alla protezione dei dati personali implica inevitabilmente che ci si chieda fino a che punto l'ordinamento possa tollerare la riduzione dei suddetti valori costituzionali.

2.2 Il contributo proveniente dal dibattito sulla patrimonializzazione dei diritti della personalità.

La prospettiva incline ad ammettere l'avvenuta patrimonializzazione dei dati personali trova sostegno anche nell'evoluzione interpretativa che ha riguardato i diritti della personalità[40].

Invero, questi ultimi, cui afferisce anche il diritto alla protezione dei dati personali, si sono progressivamente configurati come "diritti bifronti"[41] - cioè "finalizzati (o quanto meno atti) non solo alla tutela di interessi esistenziali, ma anche alla protezione di interessi economici"[42] - per effetto della tendenza del sistema di

[40] Secondo G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2007, 6, p. 1043 ss.: "Con tale espressione si suole individuare "una particolare tipologia di diritti soggettivi, aventi ad oggetto attributi della personalità fisica ed immateriale e connotati, sul piano del regime giuridico, da caratteri antitetici rispetto a quelli tipici dei diritti patrimoniali (inalienabilità, irrinunziabilità, ecc.)". Tuttavia, l'evoluzione del sistema socio-economico e della prassi commerciale spingono nella direzione esattamente opposta, finendo per minare l'effettiva consistenza operazionale di tali affermazioni". In generale, sull'argomento, v. G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2006, p. 114 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità* (*diritti della*), in Enc. giur. Treccani, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità* (*diritti della*), in Dig. disc. priv., Sez. civ., XIII, 1995, p. 430 ss.; M. FERRARA SANTAMARIA, *Persona* (*Diritti della*), in Nuovo dig. ital., IX, Torino, 1939, p. 915 ss.; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975; N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in Riv. dir. civ., 1996, 1, p. 413 ss.; L. LONARDO, *Diritti della personalità*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea - Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 175 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità* (*diritti della*), in Enc. dir., XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; M. CICORIA, *Persona, corpo, personalità: riflessioni metastoriche sui diritti fondamentali*, in Giust. civ., 2012, 9, p. 383 ss.; F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939. In merito ai diritti della personalità, è interessa osservare come, secondo la concezione monista, "non esistono diritti della personalità; esiste il diritto della personalità: un diritto unico, a contenuto indefinito e vario, che non si identifica con la somma delle molteplici sue esplicazioni singolarmente protette da norme particolari" (G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della personalità*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p. 466). Per una ricognizione delle posizioni in materia, v. G. CASSANO, *I diritti della personalità e le aporie logico-dogmatiche di dottrina e giurisprudenza*, in Dir. famiglia, 2000, 3-4, p. 1401 ss.

[41] G. RESTA, "*Così è (se vi ap-pare)*": *identificabilità della persona celebre e sfruttamento economico della notorietà*, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 1997, p. 561-562-563. Sicché, con un ragionamento che ha riguardato in particolare il diritto all'immagine, ma estendibile anche ad altri diritti della personalità, si è parlato di diritti "personal-patrimoniali", comprensivi "tanto della facoltà 'positiva' di sfruttamento commerciale del 'valore simbolico' insito nei vari segni distintivi della persona (si pensi alla concessione di licenze o alla stipulazione di contratti merchandising), quanto della facoltà 'negativa' di reazione a comportamenti lesivi provenienti da terzi ed atti ad incidere ora sul lato personale (…) ora su quello patrimoniale del diritto medesimo".

[42] G. RESTA, *Diritti della personalità e 'diritti patrimoniali sull'identità della persona'*, in G. ALPA (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, Torino, 2000, p. 177.

ISSN 2036-7821

produzione capitalistico alla *commodification*, ovvero alla trasformazione di una determinata entità in merce (*commodity*).

Come è stato osservato, ciò che è accaduto sul "piano pre-giuridico", soprattutto per effetto dello sviluppo tecnologico e delle nuove tecniche pubblicitarie e di comunicazione di massa, ha determinato inevitabili riflessi sul sistema giuridico[43], "chiamato a confrontarsi innanzitutto con un problema di qualificazione ed attribuzione di una categoria di "risorse" dotate di un elevato valore economico, ma al contempo connotate da un peculiare grado di inerenza alla persona"[44].

Ad ogni buon conto, è bene precisare che il fenomeno in parola ha coinvolto esclusivamente gli attributi della personalità morale, in quanto mentre per il corpo e le sue parti[45] il regime di circolazione è indiscutibilmente improntato al principio di gratuità, per gli attributi immateriali[46] si è affermata la logica della circolazione di

[43] A. DE VITA, *Art. 10,* in F. GALGANO (a cura di) *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Vol. *Delle persone fisiche*, Roma, 1988, p. 610: "la libertà della persona di autorizzare l'uso dei suoi attributi per creare valore o vendere un prodotto non preoccupa più come segno di decadimento morale, è anzi incoraggiata come un incentivo all'iniziativa economica. I problemi sorgono allora sul piano della regolamentazione giuridica, sui confini, le conseguenze e le caratteristiche del fenomeno stesso".

[44] G. RESTA, *Diritti della personalità e i "diritti patrimoniali sull'identità della persona"* cit., p. 177-178.

[45] Non a caso, il principio di gratuità rappresenta in *fil rouge* che accomuna le diverse normative in materia di trapianti: art. 2 della l. n. 458 del 1967 con riguardo alla donazione del rene; art. 1 del d.lgs. 24 giugno 2003 n. 211 in materia di sperimentazione clinica; art. 4 l. 21 ottobre 2005 n. 219 in materia di donazione di sangue; art. 4 l. 6 marzo 2001 n. 52 relativa alla donazione di midollo. B. GUIDI, L. NOCCO, M. DI PAOLO, *Il trapianto di rene e la donazione altruistica, dal buon samaritano al compenso pecuniario kidney transplantation involving altruistic*, in Riv. it. medicina legale, 2010, 4-5, p. 593 ss. osserva che: "Per [giustificare] la donazione di organi da vivente, il principio terapeutico deve concordarsi con il principio di solidarietà e socialità. Il requisito essenziale è quello della gratuità dell'atto di disposizione (secondo il modello della *market inalienability*)"; C.M. MAZZONI, *Etica del dono e donazione di* organi, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, p. 39 *ss.*; M. C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in Dir. famiglia, 2001, 2, p. 295 ss. Commentando la legge del 1967 con cui si è autorizzato il trapianto del rene a scopo di trapianto, R. ROMBOLI, *Art. 5*, in F. GALGANO (a cura di) *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* cit., p. 315 osserva, infatti, che: "con riguardo al fine che muove il donatore ci si è voluti garantire che questo risponda a criteri di solidarietà umana e non sia invece motivato da fini speculativi e da interessi economici che potrebbero, tra l'altro, esercitare una indebita pressione rendendo non più libero e spontaneo il consenso; per questo è stato stabilito il carattere assolutamente gratuito dell'atto di disposizione". L'A, infatti, invoca con urgenza la modifica della legge sulla donazione di sangue n. 592/1967, che, contemplando la figura dei donatori professionali, prevedeva la possibilità di un corrispettivo per il donatore. C.M. D'ARRIGO, *Trapianto di fegato: una legge inutile e nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi fra persone viventi*, in Dir. famiglia, 2001, 3, p. 1184 ss.: "La gratuità costituisce tratto essenziale dell'atto di disposizione anche nella legge n. 458/1967, in quanto «la pattuizione di un corrispettivo altererebbe, invero, la finalità caratteristica dell'atto di disposizione, facendo venir meno la sua legittimazione nell'ambito dei principi di solidarietà sociale, i quali, soli, giustificano la incisione del proprio corpo». La regola, inoltre, risulta posta a salvaguardia della dignità del donante e della assoluta libertà ed attualità del consenso"; A. ZIINO, *Trapianti di organi e principi costituzionali di solidarietà sociale*, in Dir. famiglia, 2000, 3-4, p. 1409 ss.

[46] A livello normativo, conferma di siffatta dicotomia è stata desunta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, mentre afferma il "divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro" (art. 3), non pone il medesimo espresso divieto per gli attributi immateriali della personalità. V., sul punto, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in Riv. dir. civ., 2002, 6, p. 808. A ben guardare, il tenore letterale della Carta di Nizza, come della Convenzione di Oviedo, lasciano evincere che il corpo e le sue parti non sono caratterizzati da assoluta indisponibilità, bensì dalla

ISSN 2036-7821

mercato[47]. La *ratio* sottesa a tale scelta ordinamentale può rinvenirsi, non solo nel principio di dignità e di solidarietà sociale, ma anche nel principio di uguaglianza, ovvero nella necessità di evitare che le scelte suscettibili di incidere sulla persona in modo così significativo siano influenzate da fattori reddituali ed economici che le renderebbero non pienamente libere e spontanee[48].

Uno dei primi ordinamenti in cui è emersa la consapevolezza della dimensione, anche patrimoniale, dei diritti della personalità è quello statunitense, laddove, già a partire dal 1953, la giurisprudenza, delineando l'istituto del *right of publicity* (ovvero il "*right of a person to control the commercial use of his or her identity*"[49]), riconobbe il diritto della persona sul *publicity value* del proprio ritratto, diritto commerciabile e tutelabile a fronte dell'abusivo sfruttamento commerciale da parte di terzi[50].

Nel nostro ordinamento l'affermazione della ambivalente natura dei diritti della personalità è stata più lenta[51] e, tuttavia, è ormai indubbio che attributi della persona

---

"inalienabilità a titolo oneroso": è possibile disporne, ma solo a titolo gratuito. Ed infatti, G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del corpo*, in A. GALASSO, S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 328 osserva che il concetto di "disponibilità" non afferisce solo ad una logica di scambio e di mercato, potendo rientrarvi anche gli atti di destinazione solidali.

[47] G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 808.

[48] In particolare, secondo G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del corpo* cit., p. 330 il principio di dignità esclude la commerciabilità di parti o elementi del corpo e quello di solidarietà sociale mira a consentire l'accesso gratuito da parti chi ne ha bisogno alle parti del corpo destinate ad essere utilizzate in campo medico e biologico. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 811-816 evidenzia che: "una completa delega al mercato potrebbe determinare, in questi casi, effetti discriminatori sia dal lato della domanda, poiché l'accesso alla risorsa verrebbe regolato prevalentemente sulla base del livello di reddito individuale, sia soprattutto dal lato dell'offerta, poiché è oltremodo evidente che questa verrebbe rappresentata esclusivamente dai soggetti più poveri, gli unici veramente incentivati ad entrare in mercati di questo tipo".

[49] G. RESTA, *Diritti della personalità e i "diritti patrimoniali sull'identità della persona"* cit., p. 178. L'A. soggiunge che: "sono così venute a delinearsi le due diverse aree, contrapposte per interessi tutelati e disciplina applicabile, della *privacy* e della *publicity*; la prima ispirata alla protezione degli interessi in senso stretto esistenziale del soggetto e connotata dalle incisive restrizioni imposte all'esplicazione dell'autonomia privata, la seconda dominata dalla prevalenza di logiche ricostruttive e modelli di regolamentazione a carattere prettamente proprietario".

[50] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 1998, p. 6 osserva che il *right of publicity* "doveva servire a proteggere contro lo sfruttamento commerciale del nome o immagine delle celebrità: queste, infatti, non avrebbero potuto lamentare la lesione del loro *right of privacy*, dato che, almeno per quanto attiene alle azioni e ai fatti svoltisi in pubblico, si doveva ritenere che fosse intervenuta, da parte loro, una rinuncia all'esercizio del diritto a vedere circondata da riserbo la propria esistenza".

[51] Più nel dettaglio, la qualificazione del diritto al nome è stata ampiamente dibattuta dalla dottrina a partire dai primi decenni del '900, allorquando si manifestò la tendenza a ricostruirlo sul modello del diritto di proprietà con lo scopo di connotarlo in termini di "assolutezza" e "inviolabilità". Siffatta impostazione fu soggetta alle critiche di quanti evidenziarono come non fosse possibile parlare di un diritto di proprietà sul nome, che non costituisce un bene autonomo esterno alla persona, bensì identifica la persona stessa e riceve tutela proprio in virtù di siffatta funzione. Muovendo da tale premessa, si giunse a configurare il diritto al nome come diritto della personalità che, in quanto volto a identificare la persona, ne rappresenta una tutela ulteriore: "se il valore primario dell'ordinamento è quello della tutela della personalità umana nella sua interezza, anche il nome è destinato a svolgere il suo ruolo di identificazione nei confronti della persona umana integralmente considerata. Il nome, quindi, in questo ordine di idee, vale a distinguere i singoli uomini in relazione al complesso della loro

ISSN 2036-7821

personalità morale, intellettuale, sociale"; ne consegue che "la tutela accordata dall'ordinamento al nome sarebbe, dunque, un aspetto particolarmente importante della tutela dell'identità personale"(in tal senso v. C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica* cit., p. 22. L'A. osserva anche che ad essere tutelato è "l'interesse della persona ad essere individuo tra gli altri, contraddistinto dal proprio patrimonio morale, ideologico, ecc.". Sul punto, v. altresì U. BRECCIA, *Art. 6. Diritto al nome*, in F. GALGANO (a cura di) *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, cit., p. 386, secondo cui: "l'attributo della personalità che è compendiato nella tutela giuridica del nome attiene soprattutto all'identificazione del soggetto quale persona singola e, almeno di norma, quale membro di un gruppo familiare; ma ben può notarsi, più in generale, come i valori che l'ordinamento intende difendere trovino il loro primo fondamento in quel "diritto di essere se stessi e nient'altro che se stessi", che costituirebbe il presupposto e quasi il tessuto connettivo di ogni altra espressione della personalità". Per A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. IV, Milano, 1982, II ed., p. 425-430: "il diritto al nome si inquadra nel diritto all'identità personale (…) ha per oggetto questo stesso bene inerente alla persona, questa stessa qualità morale che consiste nel distinguersi di fronte agli altri, nell'affermarsi per quello che si è". Occorre evidenziare come la ricostruzione sin qui esposta, sebbene condivisibile, si sia rivelata non risolutiva proprio laddove ha omesso di considerare l'ormai ampia casistica in cui il nome, specie delle persone celebri, è oggetto di sfruttamento commerciale che, se non autorizzato, comporta non la lesione dell'identità personale o - alla stregua della dottrina che amplia la funzione del nome fino a considerarlo simbolo della personalità intera e dei suoi diversi aspetti (onore, decoro, dignità umana) - la lesione dell'onore, della reputazione o della dignità dell'individuo, bensì un danno patrimoniale, pari al corrispettivo che il titolare avrebbe ricevuto dall'utilizzatore per lo sfruttamento commerciale del nome; invero, il nome, nella misura in cui identifica una persona fornita di particolari qualità, viene in considerazione come "bene economico capace di godimento" (v. S. GATTI, *Il "diritto" alla utilizzazione economica della propria personalità*, in Riv. dir. comm., 1988, 1, p. 363; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica* cit., p. 24-25). L'attenzione sul profilo patrimoniale dei diritti della personalità è emersa indagando il problema della quantificazione del danno conseguente all'abusivo sfruttamento commerciale del nome e dell'immagine. Invero, nell'affrontare la questione delle conseguenze risarcitorie derivanti dall'illecito utilizzo degli attributi della personalità da parte di terzi non autorizzati, la giurisprudenza ha utilizzato la tecnica del cd. prezzo del consenso, liquidandolo in misura pari al corrispettivo che il soggetto leso avrebbe ricevuto qualora avesse autorizzato lo sfruttamento commerciale. A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in Riv. crit. dir. priv., 1991, p. 918 osserva criticamente come i giudici italiani si limitassero a riscontrare la lesione dei diritti della personalità anche nei casi in cui l'utilizzazione da parte di terzi dovesse essere valutata con maggiore attenzione al dato economico emergente dalla realtà sociale di riferimento. Tuttavia, un cambiamento di passo si registra con le pronunce Trib. Monza, sentenza 26 marzo 1990, in Foro it., 1991, I, 2962 ss.; Corte Cass. sentenza 2 maggio 1991 n. 4785, in Foro it., 1992, I, 831 ss. A tal proposito, C. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sul danno da illecita utilizzazione economica dell'immagine altrui*. Nota a Corte App. Milano 16 maggio 1989, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 1991, p. 590 - nel commentare la sentenza, che si inserisce nell'indirizzo giurisprudenziale incline a quantificare il danno in misura pari al corrispettivo che la persona avrebbe richiesto per consentire la pubblicazione della propria immagine - individua come precedenti significativi Trib. Torino, sentenza 7 aprile 1954, Trib. Roma, sentenza 14 settembre 1953. V. METAFORA, *Il mito di Narciso e la giurisprudenza: a proposito del diritto sul proprio ritratto*, in Riv. crit. Dir. priv., 1991, p. 882 (nota 20) rileva come, a ben guardare, già dagli anni '30 la giurisprudenza, allorché chiamata a risolvere problemi attinenti allo sfruttamento commerciale del ritratto, avesse evidenziato il contenuto patrimoniale del diritto all'immagine (ad es. Corte App. Milano, 11 luglio 1936, Trib. Torino, sentenza 6 luglio 1938, Trib. Milano, sentenza 10 dicembre 1938.). Secondo S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Ledizioni, 2018, p. 90, la giurisprudenza, percorrendo tale soluzione, ha evidentemente dato per presupposta la liceità della commercializzazione degli attributi della personalità: "difatti è chiaro che non sarebbe possibile risarcire i danni dovuti alla mancata possibilità per l'interessato di commercializzare egli stesso i propri attributi personali se tale utilizzo fosse illecito".

ISSN 2036-7821

come il nome e l'immagine possano essere dotati di valore economico, ad esempio quando, appartenendo a persone note, il loro accostamento a determinati prodotti induca il consumatore all'acquisto[52].

Non potendosi in questa sede ricostruire nel dettaglio l'*iter* ermeneutico percorso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, occorre quantomeno darne brevemente atto sì da poter rilevare se e in che misura le coordinate tracciate siano suscettibili di estensione ai dati personali.

Segnatamente, per conciliare la duplice valenza del diritto al nome – diritto della personalità e bene suscettibile di sfruttamento commerciale[53] – si è ritenuto che in esso coesistano due situazioni giuridiche soggettive: "da un lato, vi è il diritto a godere del nome nella sua qualità di segno identificatore della persona: diritto che ha il suo punto di riferimento oggettivo nella persona stessa, considerata *a parte obiecti* e così come è individuata dal nome. Dall'altro, il diritto a fare proprie le utilità economiche che un determinato nome è suscettibile di produrre: qui, il nome viene in considerazione come autonomo bene immateriale[54], proprio in quanto in esso è insito un certo valore"[55].

Il medesimo approccio ha riguardato il diritto all'immagine[56], per il quale i mutamenti intervenuti nella coscienza sociale[57] hanno dato la stura ad un percorso

---

[52] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica* cit., p. 3.

[53] A ben guardare, dal panorama normativo non sono desumibili argomenti contrari allo sfruttamento commerciale del nome; basti all'art. 8 del D.lgs. n. 30/2005, in forza del quale è consentito concedere a terzi l'utilizzazione del proprio nome come marchio (Art. 8: "1. I ritratti di persone non possono essere registrati come marchi senza il consenso delle medesime e, dopo la loro morte, senza il consenso del coniuge e dei figli; in loro mancanza o dopo la loro morte, dei genitori e degli altri ascendenti, e, in mancanza o dopo la morte anche di questi ultimi, dei parenti fino al quarto grado incluso. 2. I nomi di persona diversi da quelli di chi chiede la registrazione possono essere registrati come marchi, purché il loro uso non sia tale da ledere la fama, il credito o il decoro di chi ha diritto di portare tali nomi. L'Ufficio italiano brevetti e marchi ha tuttavia la facoltà di subordinare la registrazione al consenso stabilito al comma 1. In ogni caso, la registrazione non impedirà a chi abbia diritto al nome di farne uso nella ditta da lui prescelta, sussistendo presupposti di cui all'articolo 21, comma 1. 3. Se notori, possono essere registrati o usati come marchio solo dall'avente diritto, o con il consenso di questi, o dei soggetti di cui al comma 1: i nomi di persona, i segni usati in campo artistico, letterario, scientifico, politico o sportivo, le immagini che riproducono trofei, le denominazioni e sigle di manifestazioni e quelli di enti ed associazioni non aventi finalità economiche, nonché gli emblemi caratteristici di questi").

[54] Secondo V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 1993, p. 561, allorché, il negozio mira a consentire l'utilizzo del nome del titolare attraverso l'abbinamento ad un prodotto o iniziativa oppure attraverso l'attribuzione al nome del valore di marchio, è più corretto ritenere che oggetto del negozio non sia l'attributo della personalità, bensì la licenza al suo uso.

[55] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione* cit., p. 26.

[56] M. RICOLFI, *Questioni in tema di regime giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1992, I, p. 52 osserva infatti che: "al reperimento di una disciplina adeguata al fenomeno dell'utilizzazione commerciale dell'immagine si sono frapposti gli ostacoli derivanti dalla circostanza che la tutela dell'immagine contro impieghi inautorizzati aveva trovato la propria originaria collocazione in ambiti personalistici, collegati alla tutela dell'onore e della reputazione o, in una scansione ulteriore, della riservatezza (*right of privacy*)". Si concentra sulla prospettiva personalista G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, p. 162 ss.

ISSN 2036-7821

ermeneutico volto a rintracciare le basi concettuali dello sfruttamento commerciale[58] analogo a quello già visto per il diritto al nome. Si è, infatti, parlato di un diritto della personalità affiancato da un diritto su un bene giuridico immateriale, il "valore del bene-ritratto", da intendersi, quest'ultimo, non come valore del supporto materiale su cui è impresso il ritratto[59] o del ritratto quale raffigurazione artistica o fotografica del soggetto, bensì come valore insito nell'immagine della persona, per la notorietà che la connota o per le sue caratteristiche peculiari[60].

Per un esame della più recente giurisprudenza, v. F. AMICUCCI, A. CARTA, *Il diritto all'immagine delle celebrità: ultimi orientamenti giurisprudenziali*, in Dir. aut., 2019, 1-2, p. 138 ss.

[57] M. RICOLFI, *Questioni in tema di regime giuridico* cit., p. 54.

[58] Anche per il diritto all'immagine, come per il diritto al nome, taluni indici normativi convergono nella direzione dell'utilizzabilità commerciale; in tal senso è inequivocabile il tenore letterale dell'art. 96 della legge sul diritto d'autore (L. 22 aprile 1941 n. 633) che fa espresso riferimento alla possibilità, condizionata al consenso dell'interessato, di mettere in commercio il proprio ritratto e cui l'art. 10 c.c., nel definire le modalità di tutela del diritto all'immagine, opera implicito rinvio per individuare i casi in cui l'esposizione o la pubblicazione dell'immagine non è consentita. Dal combinato disposto delle citate norme si è desunto che ciascuno può controllare, attraverso il consenso, l'esposizione, la riproduzione e la messa in commercio del proprio ritratto e, al contempo, reagire all'esposizione o alla pubblicazione avvenuta al di fuori dei casi consentiti dalla legge o con pregiudizio al decoro o alla reputazione. Nondimeno, la dottrina ha osservato che "la disciplina positiva non si interessa espressamente del "lato attivo" del rapporto fra soggetto ed immagine", in quanto non si occupa di regolare le forme e le condizioni di validità degli atti dispositivi, concentrandosi sugli strumenti che l'ordinamento assicura al soggetto avverso i comportamenti dei terzi, mentre, ad esempio, nell'ordinamento statunitense è frequente la presenza di norme espressamente attributive di un vero e proprio potere di godimento e di disposizione (v. G. RESTA, *Il cd. diritto all'utilizzazione economica dell'immagine*, in La nuova giur. civ. comm., 1997, p. 722. L'A. osserva che: "mentre l'art. 10 c.c. fissa il criterio generale di protezione dall'abuso per le ipotesi di pubblicazione ed esposizione dell'immagine fuori dai casi consentiti dalla legge, negli artt. 96 e 97 l. aut., l'interesse del soggetto al controllo delle informazioni "visive" che lo riguardano si pone come elemento delimitativo dell'altrui attività creativa; nell'art. 21 l. marchi il riferimento all'immagine è teso a circoscrivere l'attività di impresa dei terzi, *sub specie* di utilizzazione dell'immagine del soggetto quale segno distintivo dei prodotti messi in commercio dall'imprenditore". Si tratta di "norme che individuano l'immagine – o meglio l'interesse soggettivo su di essa incidente – come limite, come soglia al di là della quale l'attività giuridica dei terzi non può spingersi, pena la qualificazione di illiceità della condotta").

[59] V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali* cit., p. 557 evidenzia a tal proposito che: "se per oggetto del negozio intendiamo l'elemento materiale su cui cade la manifestazione di volontà del titolare o delle parti, in molti di questi esempi riterremo che l'oggetto consiste nel *corpus mechanicum* la cui utilizzazione è consentita all'altra parte; ma laddove questo non esista prima del negozio, bensì è il negozio che deve consentire la realizzazione del ritratto, spesso con una materiale e attiva collaborazione del titolare (come nel caso del film), l'oggetto consisterà o nella prestazione o nella licenza a ritrarre e riprodurre le altrui fattezze". La distinzione tra diritto all'immagine e diritto sul ritratto è ben descritta da P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959.

[60] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica* cit., p. 32: "ogni persona avrà quindi il potere di controllare l'utilizzazione economica del ritratto: anche l'immagine di persone estranee alla cerchia delle celebrità può talvolta assumere un valore economico, anche cospicuo, come nel caso della ragazza avvenente o dell'uomo prestante e anche tali persone potranno, alla stregua della costruzione proposta, disporre di siffatto valore". Sul punto, v. altresì G. FACCI, *Il diritto all'immagine del noto campione sportivo tra esigenze di pubblica informazione e finalità commerciali*, in Resp. civ. prev., 2015, 5, p. 1618 ss. La prospettiva volta ad affermare l'autonomia della dimensione patrimoniale del diritto all'immagine si riscontra anche in G. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, I, *Le sponsorizzazioni*, Padova, 1988, p. 156 ss.; F. ANSALONE, *Il diritto all'immagine*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1992, I, p. 64. V. anche, in generale, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1982, p. 215 ss..

ISSN 2036-7821

Riannodando le fila del discorso, sia per il diritto al nome che per quello all'immagine può rinvenirsi una doppia situazione giuridica - l'una di carattere personale, l'altra di carattere patrimoniale[61] suscettibile di atti dispositivi[62] - sebbene, secondo una diversa ricostruzione, parimenti significativa ai fini della presente analisi e peraltro accolta dalla prima giurisprudenza in materia[63], che si tratti del nome, dell'immagine o, come nel nostro caso, dei dati personali, a venire in rilievo sarebbe un'unica situazione soggettiva, ricostruibile "in chiave personalistica quando la pretesa si rivolga esternamente e si rivolga alla proibizione dei comportamenti altrui, lesivi della propria riservatezza e, al contempo, in una chiave patrimoniale quando, invece, il soggetto eserciti in positivo le facoltà concernenti la raffigurazione del proprio ritratto e, nel fare così, svolga attività suscettibili di valutazione patrimoniale"[64].

---

[61] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione* cit., p. 34. In tal senso, v. anche P. VERCELLONE, *Diritti della personalità e "rights of publicity"*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1995, p. 1167, secondo cui "accanto allo *jus excludendi* tradizionalmente riconosciuto, con cui si attua essenzialmente la tutela della personalità, sta un diritto esclusivo alla utilizzazione economica del nome e del ritratto, diritto a contenuto patrimoniale: ove il nome ed il ritratto appaiono come beni immateriali, oggetto appunto di tali diritti".

[62] Ad ogni buon conto, è bene precisare che, sebbene molteplici ed eterogenee siano le ipotesi di sfruttamento commerciale dell'immagine, ciò che appare accomunarle è che a venire in considerazione non sono "negozi di cessione del diritto all'immagine", bensì cessione di singole riproduzioni o attribuzione del diritto ad utilizzarle; invero, se si attribuisse il diritto di utilizzare e sfruttare in via esclusiva ogni immagine del cedente, "potrebbe porsi un profilo di liceità di una siffatta abdicazione così omnicomprensiva avente ad oggetto il vero e proprio diritto all'immagine del soggetto". Peraltro, alle medesime conclusioni è pervenuta la dottrina con riguardo al diritto al nome che "può dunque legittimamente essere oggetto di disposizione limitatamente al suo aspetto di diritto all'uso esclusivo del proprio nome (…). Indisponibile, invece, è il diritto ad essere identificato col proprio nome e cognome: un ipotetico contratto di cessione del nome a titolo oneroso avrà causa contraria all'ordine pubblico (per il valore di identificazione, socialmente utile, che il nome riveste), al buon costume (ripugna vendere il nome della propria famiglia per denaro) e anche a nome imperative (il nome è un aspetto della dignità umana tutela dagli artt. 2 e 3 Cost., e dovrebbe essere sottratto alla disponibilità di chi, in momento di indigenza economica, potrebbe essere disposto a venderlo)" (in tal senso v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali* cit., p. 559. Sull'argomento v. altresì Z. CAVALLA, *Osservazioni sulla commerciabilità dei diritti della perso*nalità, in Contr. Impr., 2010, 3, p. 654 ss.

[63] Pret. Roma, 18 febbraio 1986, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 1986, p. 550 ss.; Pret. Roma, 6 luglio 1987, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 1987, p. 1042 ss.

[64] M. RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Giuffré, 1991, p. 417. Secondo G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2007, 6, p. 1043 ss., la tesi preferibile è quella che configura i diritti della personalità come diritti a contenuto misto, in cui convergono facoltà di natura personale e di natura patrimoniale (queste ultime prive di autonoma attitudine traslativa), in quanto "si rivela la più aderente ai dati positivi del sistema, la più congruente al modo in cui la categoria è andata storicamente delineandosi, nonché quella in grado di offrire le risposte più equilibrate al problema della commercializzazione della persona". Per completezza, occorre sinteticamente segnalare anche una terza impostazione, volta ad attribuire all'intera categoria dei diritti della personalità un contenuto ambivalente e comprensivo, da un lato, dei valori essenziali della persona e, dall'altro, delle sue estrinsecazioni fisiche o immateriali: quando a venire in considerazione sono gli attributi materiali della persona, il diritto alla vita e all'integrità fisica rappresentano il valore essenziale della persona, mentre il corpo ne è l'estrinsecazione materiale, la cui disciplina relativa agli atti di disposizione mira a preservare proprio i valori essenziali della vita e dell'integrità fisica; allo stesso modo, con riguardo però agli attributi immateriali, "si può configurare il rapporto tra onore, riservatezza e identità personale, da un lato, e nome, immagine e dati personali, dall'altro: i primi sono

ISSN 2036-7821

Sulla base del panorama sin qui descritto[65], non può revocarsi in dubbio che, anche alla luce della prassi negoziale poi sviluppatasi[66], il nome e l'immagine, quali beni immateriali dotati di possibile valore economico, siano suscettibili di assurgere a oggetto di contratti[67] con cui si attribuisca a terzi il diritto di sfruttamento commerciale[68], fermo restando che l'ambivalente natura – personale e patrimoniale – dei diritti in parola inevitabilmente permea il vaglio di conformità dell'operazione negoziale all'ordine pubblico e al buon costume, più attento e rigoroso[69], anche sotto il profilo della durata del vincolo[70].

---

valori di carattere personale, i secondi, estrinsecazioni immateriali della persona dotate anche di contenuto economico (…) si ammette la commerciabilità delle estrinsecazioni immateriali della persona fino a che tale commercializzazione non incida su onore, decoro o reputazione, che, per l'appunto, costituiscono valori essenziali, non suscettibili di valutazione economica" (v. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto* cit., p. 16 – 92).

[65] Ad ogni modo, che si accolga l'una o l'altra opzione ermeneutica, il riconoscimento del connotato anche patrimoniale dei diritti della personalità produce conseguenze pratiche di non poco momento; segnatamente, consente di superare quell'impostazione che, valorizzando il carattere indisponibile dei diritti della personalità, nei casi di sfruttamento commerciale del nome o dell'immagine rinveniva – secondo lo schema del consenso dell'avente diritto - un mero atto di rinuncia, sempre revocabile, all'esercizio del diritto, preordinato al mero *pati* dell'altrui attività (in tal senso v. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, I, 1993, p. 165; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità* cit., p. 94. In giurisprudenza, Pret. Roma, ord. 28 marzo 1956, in Dir. aut., 1956, p. 385; Trib. Roma 7 ottobre 1988 in Dir. inf., 1989, p. 172; Pret. Montebelluna, ord. 11 agosto 1984 in Foro pad., 1989, p. 272. I citati riferimenti dottrinari e giurisprudenziali sono analizzati da G. RESTA, *Diritti della personalità e diritti patrimoniali sull'identità della persona* cit.). Sull'argomento v. altresì V. DI NICOLA, *L'atto di disposizione del diritto all'immagine ha, dunque, natura non patrimoniale*, in Contratto e impresa, 2005, p. 464. G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *idem*, Persona e formalismo giuridico, Rimini, 1985, p. 350 ss.; G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale* cit., p. 164.

[66] Basti pensare alle varie tipologie di contratti con cui si utilizzano gli attributi immateriali della persona per promuovere beni, servizi o un terzo soggetto (ad es. i contratti di sponsorizzazione, *merchandising*, *testimonial*, *endorsement*). Ed infatti, la giurisprudenza, onde evitare l'inevitabile precarietà di un atto sempre revocabile, ha superato il modello del consenso dell'avente diritto, per arrivare a sancire "l'ingresso del contratto nell'area dei diritti della persona", muovendo dal duplice assunto secondo cui: (i) la "commercializzazione del nome e dell'immagine personale si è affermata nel costume sociale, fino a divenire una possibilità commerciale del tutto normale"; (ii)"codesti negozi sono diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (in tal senso, Corte Cass., sentenza 11 ottobre 1997 n. 9880, Corte Cass. sentenza 16 aprile 1991 n. 4031 citate da G. RESTA, *I diritti della personalità* cit., p.195). Secondo Z. CAVALLA, *Osservazioni sulla commerciabilità dei diritti della personalità*, in Contr. Impr., 2010, 3, p. 651, il precedente orientamento non poteva più essere condiviso perché "legato ad una concezione sacrale dei diritti della personalità non più adeguata alla sensibilità del tempo".

[67] A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, in Riv. crit. Dir. priv., 1991, p. 919; P. VERCELLONE, *Diritti della personalità e "rights of publicity"*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1995, p. 1166; M. RICOLFI, *Questioni in tema di regime giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1992, I, p. 58.

[68] V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità* cit., p. 553.

[69] S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto* cit., p. 92-93: "La giurisprudenza, laddove apertamente ammette la contrattualizzazione dei diritti della personalità, esclude tuttavia la validità di tali negozi nel caso in cui l'utilizzo dell'attributo immateriale della persona sia lesivo dell'onore, della reputazione o del decoro dell'interessato. (…) Lo stesso interessato non può dunque utilizzare e commercializzare gli attributi immateriali della propria persona in una maniera tale che gliene derivi una lesione dell'onore, del decoro o della reputazione. Si noti come qui vengano in considerazione i diritti della personalità intesi come valori: si ammette la commerciabilità delle estrinsecazioni immateriali della persona fino a che tale commercializzazione non incida su

ISSN 2036-7821

Ricostruite, senza alcuna pretesa di esaustività, le coordinate interpretative tracciate da dottrina e giurisprudenza in ordine al nome e all'immagine[71], sembra ben possibile estenderle ai dati personali.

D'altro canto, è significativo che, già più di vent'anni fa, la dottrina con lungimiranza evidenziasse la "necessità di ripensare il fenomeno dell'emersione dei profili patrimoniali all'interno della categoria [dei diritti della personalità] in modo sistematico e di non circoscrivere l'analisi alle ipotesi tradizionalmente indagate[72] (diritto al nome e all'immagine delle persone notorie)", in quanto - si osservava - "un fertile, quanto inesplorato, terreno d'indagine potrebbe rivelarsi, a tal proposito, quello segnato dal neodisciplinato diritto al controllo delle informazioni personali (….) se si considera che le ordinarie dinamiche dell'economia "post-industriale" attribuiscono alle informazioni personali (così come all'immagine) un marcato rilievo

onore, decoro o reputazione, che, per l'appunto, costituiscono valori essenziali, questi sì, non suscettibili di valutazione economica. Piuttosto che parlare di decoro, onore e reputazione, attualmente parte della dottrina preferisce fare riferimento al concetto di dignità come principio di ordine pubblico che non può essere derogato dall'autonomia privata. Qualunque utilizzo si faccia degli attributi immateriali della propria personalità, non è in ogni caso lecito acconsentire alla lesione della propria dignità. Talvolta non si fa direttamente riferimento al concetto di dignità, ma si parla di integrità morale o di "valore morale, etico e sociale della persona" ".

[70] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine* cit., p. 40; G. RESTA, *Diritti della personalità* cit., p. 1043 ss.: "i contratti sui diritti della personalità si caratterizzano per l'applicazione di un regime maggiormente protettivo rispetto a quello ordinario, volto a conciliare le esigenze di certezza e stabilità dello scambio con i precetti costituzionali di tutela della dignità e dell'autodeterminazione dell'individuo. I riflessi più rilevanti di tale impostazione attengono ai profili del sindacato sulla determinatezza dell'oggetto, delle regole di interpretazione, nonché dell'efficacia vincolante del contratto (segnatamente in ordine ai problemi del recesso). Inoltre, qualsiasi negozio avente ad oggetto attributi della persona sarà soggetto al rispetto dei limiti di compatibilità con l'ordine pubblico e il buon costume (clausole generali da concretizzare alla luce del più specifico precetto di tutela della dignità umana) e non potrà validamente realizzare alcun fenomeno di alienazione traslativa delle situazioni coinvolte".

[71] G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il), 2020, 3, p. 634 ss., inoltre, evidenzia la possibile analogia con il diritto d'autore, per il quale si distingue tra diritti "morali" — come quello al riconoscimento della paternità dell'opera, che sottendono un collegamento quasi spirituale tra l'opera e il suo creatore — e diritti "di sfruttamento economico dell'opera" — quali la possibilità di fare copie o riprodurre l'opera stessa (…)".

[72] Ed infatti, si è rilevato come mentre nell'ordinamento statunitense l'oggetto del *right of publicity* non abbia avuto ad oggetto i singoli segni distintivi della personalità, ma, più in generale, la complessiva identità della persona; viceversa, almeno in un primo momento, la giurisprudenza italiana ha limitato la tutela patrimoniale degli attributi della personalità al nome e all'immagine. Sicché, solo successivamente la tutela patrimoniale è stata estesa a "qualsiasi dato evocativo della personalità", come potrebbe essere, ad esempio, la voce; condividendo siffatto ampliamento di prospettiva, si è affermato che "se la finalità è quella di garantire la libertà del soggetto di determinare autonomamente modalità e condizioni della circolazione lucrativa della propria identità, la tutela non potrà che essere estesa a tutti quegli elementi della personalità capaci di produrre un univoco effetto evocativo" (così, G. RESTA, *Diritti della personalità* cit., p. 190. L'A. riporta uno dei casi giudiziari più noti e significativi in tal senso, ovvero quello riguardante la riproduzione dello zucchetto e degli occhiali abitualmente indossati dal cantante Lucio Dalla per la pubblicità di un'autoradio. I giudici giungono a riconoscere la tutela per l'indebito sfruttamento di quelli che vengono considerati elementi univocamente suscettibili di richiamare l'identità dell'artista (Pret. Roma, ord. 18 aprile 1984)).

ISSN 2036-7821

commerciale, capace di suscitare legittime rivendicazioni di carattere (anche) patrimoniale da parte del *data subject* (….)"[73].

Ad ogni buon conto, non può non rilevarsi che i contratti volti allo sfruttamento commerciale dei dati personali perseguono finalità peculiari rispetto a quelli aventi ad oggetto il nome o l'immagine, ponendo specifiche problematiche di ordine giuridico.

Invero, come è stato rilevato, si tratta di una "tipologia di contratti che ha come scopo non di mostrare la persona all'esterno, ma di consentire ad un soggetto terzo di utilizzare per così dire internamente gli attributi immateriali della controparte per altre finalità. (...) In questo caso la controparte è interessata ad acquisire i dati personali non per diffonderli presso il pubblico ed esporre così l'interessato, ma per ricavarne informazioni che le possano essere utili o cederli a sua volta a terzi" [74].

Ebbene, la causa di tali contratti, descritta dalla dottrina civilistica nei termini anzidetti, è pregna di implicazioni sotto il profilo giuspubblicistico; invero, come meglio si vedrà nelle pagine seguenti, la patrimonializzazione dei dati personali - più di quanto non accada per altri attributi della personalità - involge valori costituzionali che non afferiscono solo alla sfera individuale, bensì impattano sulla persona soprattutto in quanto componente della società quale luogo in cui, ai sensi dell'art. 2 Cost., si svolge la personalità umana, potendo finanche vulnerare il carattere democratico del nostro ordinamento.

Sicché, il limite all'espansione del *business model* reso possibile dalla capitalizzazione dei dati personali non potrà che essere rintracciato nel principio personalista sotteso all'impianto costituzionale, che delinea una gerarchia di valori finalizzata alla preminenza delle situazioni "esistenziali" su quelle patrimoniali[75].

Non v'è dubbio infatti – e lo si vedrà meglio in seguito - che l'argine all' "incedere inerziale di qualunque dinamica mercantile"[76] sia costituito dal valore della dignità, che, in quanto suscettibile di contemperare libertà individuale e principio di solidarietà sociale, assurge a imprescindibile garanzia di tutela della persona nel contesto sociale[77].

---

[73] G. RESTA, *Il cd. diritto all'utilizzazione economica dell'immagine tra autonomia negoziale e diritto della concorrenza*. Nota a Autorità garante della concorrenza e del mercato 31 ottobre 1996, in Nuova giur. civ. comm., 1997, p. 726. L'A. soggiungeva che: "Allora è probabile che, di fronte ai prevedibili sviluppi della pratica, venga a riproporsi il consueto problema ricostruttivo di una situazione soggettiva tecnicamente definibile come diritto della personalità (diritto al controllo delle informazioni personali), ma non per questo meno idonea alla tutela di interessi più specificamente patrimoniali".

[74] S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto* cit., p. 24.

[75] C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine* cit., p. 2.

[76] L. ANZANI, *Identità personale e "atti di disposizione della persona"*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2008, 7-8, p. 219.

[77] *Ivi*, p. 212.

ISSN 2036-7821

3. I dati personali come nuova "moneta di scambio" negli orientamenti dell'AGCM e della giurisprudenza amministrativa per la tutela del "consumatore".

Le criticità indotte dallo sfruttamento economico dei dati personali hanno spinto la dottrina civilistica, ma anche l'AGCM e la giurisprudenza amministrativa, ad ampliare il quadro delle tutele fruibili dagli utenti dei servizi digitali, considerati non solo come "interessati" al trattamento dei dati personali, ma altresì come "consumatori" nel rapporto contrattuale intercorrente con l'impresa fornitrice del servizio.

Tale impostazione muove da un chiaro, seppur discusso, presupposto teorico: i dati personali costituiscono una nuova "moneta di scambio", la controprestazione non pecuniaria offerta dagli utenti per l'accesso ai servizi web[78], apparentemente gratuiti[79] ma in realtà remunerati con la cessione dei dati personali; si tratta della cd. "trappola del dono"[80], esplicata con la nota affermazione "quando qualche cosa è gratis il prodotto sei tu".

---

[78] G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2018, 2, p. 411 ss. ne individua molteplici: "*i.* Il servizio che consente di ricercare sulla rete (il c.d. *browser*); *ii.* Il servizio di posta elettronica; *iii.* una piattaforma c.d. di *social media* attraverso la quale l'utente comunica ed è il destinatario di comunicazioni; *iv.* siti di archiviazione (generalmente di materiali visivi o audiovisivi) per uso personale, per condivisione con una cerchia ristretta, per la pubblica fruizione; *v.* siti che offrono servizi propri o di terze parti diversi da quelli prima elencati. La caratteristica di tutti questi servizi è quella di essere forniti senza la richiesta di un corrispettivo monetario. Il che ha fatto sostenere - per lungo tempo e chiudendo gli occhi alla realtà - che si trattasse di servizi « gratuiti »".

[79] La gratuità solo "apparente" viene spiegata in chiave critica da G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete* cit., p. 411 ss.: "Da un lato la storia del diritto, dai suoi albori al presente, ci offre infiniti casi in cui il corrispettivo di una prestazione non ha una natura monetaria, dalla permuta, al comodato, ai *fringe benefits*. Dall'altro la teoria economica ci fornisce tutti gli strumenti concettuali per distinguere fra attività effettivamente gratuite (tipicamente la beneficenza posta in essere da soggetti che non hanno scopi di lucro) e attività poste in essere da una impresa per finalità che non hanno un immediato ritorno monetario, ma che ne accrescono il valore (la pubblicità istituzionale, la distribuzione di campioni gratuiti, le attività benefiche). La scienza economica ha poi indagato a fondo, negli ultimi trent'anni, i c.d. « mercati a due versanti » in cui un intermediario opera su entrambi i lati generando utilità per sé stesso e per le altre parti . L'esempio classico è quello delle radio e delle televisioni commerciali che « vendono » agli inserzionisti pubblicitari il pubblico che esse riescono a conquistare con programmi di successo. In questo modello di *business* l'ampliamento del parco degli utenti da un lato del mercato aumenta simmetricamente il valore prodotto nell'altro segmento di mercato, per via degli effetti di rete coinvolti; pertanto è ben comprensibile che il ricorso alla tecnica della (apparente) gratuità è uno strumento utilizzato al fine di attrarre un maggior numero di clienti e dunque indirettamente incrementare il rilievo economico della partecipazione al mercato dal lato dell'offerta". V. anche G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali* cit., p. 634 ss.: "Gran parte dei servizi digitali è offerto "gratuitamente", nel senso che alla prestazione del servizio non segue una controprestazione in denaro. Ciò non vuol dire però che non vi sia una controprestazione da parte dell'utente, anzi questa consiste proprio nella cessione di un flusso costante di dati personali di diverso tipo per tutta (o anche oltre) la durata del servizio. Questa corresponsione, pur non avendo la forma di una prestazione in moneta avente corso legale, potrebbe comunque portare a considerare il contratto di scambio come oneroso. In altre parole, a fronte dell'utilizzo del servizio digitale, l'impresa ottiene dall'utente i suoi dati ossia l'elemento basilare per sostenere il proprio business, monetizzare le informazioni in possesso e ottenerne un profitto".

[80] *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

Segnatamente, secondo la dottrina, i dati personali ceduti dagli utenti assurgono a controprestazione non pecuniaria per l'accesso ai servizi digitali in almeno un duplice ordine di ipotesi:

- quando l'utente acconsente a che i dati forniti per l'esecuzione del contratto siano utilizzati per finalità ulteriori rispetto all'erogazione del servizio, sovente per finalità di marketing;
- allorché l'utente fornisca dati ulteriori rispetto a quelli necessari per l'esecuzione del contratto[81].

Siffatta ricostruzione ha trovato concreta applicazione nel provvedimento del 29 novembre 2018, n. 27432[82], con cui l'AGCM, nel sanzionare Facebook Ireland Ltd. e Facebook Inc per aver posto in essere pratiche commerciali "aggressive" e "ingannevoli", ha affermato la sussistenza di un rapporto di consumo tra Facebook e i suoi utenti in virtù dell'assunto secondo cui: "il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di FB, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di marketing, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente che utilizza i servizi di FB[83] (…). La natura di controprestazione non pecuniaria dei dati degli utenti dei *social media* è ribadita, oltre che in sede di tutela del consumatore, anche nell'ambito della valutazione delle concentrazioni tra imprese"[84].

---

[81] *Ibidem*: "La conclusione è che l'utente fornisce un numero di dati superiore a quelli strettamente necessari al trattamento e, astrattamente parlando, questo *surplus* di dati potrebbe essere inteso come una forma di retribuzione del servizio del titolare da parte dell'interessato. Oppure, ma l'esito è il medesimo, i dati forniti in quanto necessari per l'esecuzione della prestazione sono poi usati anche per ulteriori finalità commerciali. In entrambi i casi, il servizio può essere "a prezzo zero" ma comunque non sarà "gratuito". Al contrario è oneroso nella misura in cui preveda un "sacrificio" che l'interessato deve sostenere per accedere al bene o servizio. La distinzione tra queste attività parallele è sintomatica dell'evolversi dei tempi. Mentre originariamente il trattamento dei dati personali era un fenomeno accessorio ancorché intrinseco all'attività principale, come la vendita e consegna di un bene fisico, l'accesso a un servizio, ecc., oggi è sempre più l'elemento centrale del rapporto negoziale. In altre parole, si è passati da un trattamento dei dati quale mezzo per svolgere una certa attività, al trattamento finalizzato ad ottenere i dati stessi. Il trattamento è così diretto a sfruttare i dati e non sarebbe conseguenza necessaria dello svolgimento di altre attività".

[82] Con il provvedimento Facebook – condivisione dati con terzi, 29 novembre 2018, n. 27432. Successivamente, l'AGCM, con provvedimento n. 28562 del 9 febbraio 2021, ha sanzionato Facebook Ireland Ltd. e Facebook Inc. per non aver ottemperato alla diffida di rimuovere la pratica scorretta sull'utilizzo dei dati degli utenti e non aver pubblicato la dichiarazione rettificativa richiesta dall'Autorità (https://service.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/2/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/51DCC0E70C20183EC1258684005A842A/$File/p28562.pdf).

[83] L'AGCM evidenzia che: "il *business model* del gruppo FB si fonda proprio sulla raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi configurandosi, pertanto, tali dati come contro-prestazione del servizio offerto dal social network, in quanto dotati di valore commerciale. In particolare, i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e il 98% del fatturato di Facebook Inc".

[84] La medesima impostazione si riscontra nel Provv. 11 maggio 2017 n. 26596, laddove l'AGCM osserva che: "In merito all'affermazione della Parte sulla gratuità dell'app WM (Whatsapp-Messanger), si osserva che, ai fini della

ISSN 2036-7821

A supporto di siffatta impostazione, l'Antitrust richiama il "consolidato orientamento della Commissione europea volto a riconoscere la natura di controprestazione non pecuniaria dei dati degli utenti del social media (…) valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto tra il Professionista e l'utente"[85].

La prospettiva dell'AGCM è stata integralmente confermata dalla giurisprudenza amministrativa, in particolare dalla sezione I del T.A.R Lazio con la pronuncia n. 261 del 2020 e, successivamente, dal Consiglio di Stato con sentenza 29 marzo 2021 n. 2631[86].

La fattispecie oggetto del giudizio riguardava le condotte poste in essere da Facebook Inc e Facebook Ireland Ltd, qualificate dall'AGCM come pratiche commerciali "ingannevoli" e "aggressive" e per questo sanzionate con il provvedimento oggetto dell'impugnativa.

Segnatamente, l'Antitrust contestava a Facebook un duplice ordine di condotte[87]: "la prima pratica, ritenuta "ingannevole" (…) consisteva nell'aver adottato, nella fase di prima registrazione dell'utente nella Piattaforma Facebook (sito "web" e "app"),

---

qualificazione come contrattuale del rapporto che si instaura tra WhatsApp e il consumatore e della valutazione dei profili di vessatorietà delle relative clausole, ai sensi del CdC, non assume alcun rilievo che la prestazione dei servizi sia erogata in assenza di corrispettivo monetario. In ogni caso, si rappresenta che "i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico *de facto* e vengono venduti a terzi" " (reperibile in http://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2022/5/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/1F8AED4BECD2BD6DC12581220024AE61/$File/p26596.pdf). In dottrina, G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2017, 2, p. 418 ss. osserva che: "Letti sotto la prospettiva di una progressiva convergenza delle tutele dei diritti fondamentali degli utenti, i provvedimenti prescrivono ed incentivano l'adozione di condizioni generali d'uso maggiormente chiare, trasparenti ed equilibrate da parte dei *social network*, irradiando i propri effetti su condotte potenzialmente pregiudizievoli, ma che ad esempio non ricadono nell'ambito della protezione dei dati personali. La doppia valenza dei dati personali come beni informazionali di preminente natura personale, aventi un valore d'uso suscettibile di una valutazione economica, garantisce infatti in astratto di intervenire sulle attività di raccolta, accumulo e trattamento multiplo idonee a consolidare posizioni dominanti e precludere lo sviluppo e l'accesso a servizi maggiormente sensibili ai profili della privacy digitale, anche nelle ipotesi in cui il trattamento sia lecito, ad esempio poiché i dati sono stati sottoposti in via preventiva a procedure di pseudonimizzazione conformi ai principi di trattamento lecito e prevenzione del rischio introdotti dall'art. 6, n. 4 del nuovo regolamento UE n. 679/2016".

[85] Provv. 11 maggio 2017 n. 26596 cit.

[86] V. sul punto le recenti osservazioni di V. MOLASCHI, *Algoritmi e nuove schiavitù*, Federalismi, 2021, 18, p. 222 ss.

[87] L'AGCM specifica che: "le condotte sono distinte in quanto riguardano: (i) due diverse fasi temporali del rapporto tra FB e utente, da un lato quella della registrazione del nuovo utente a FB, dall'altro quella dell'utilizzo del servizio da parte di un utente già registrato; (ii) due diversi momenti relativi all'attività commerciale di FB, da un lato, la fornitura del servizio di social network all'interno della Piattaforma FB con la condivisione di dati all'interno della medesima, dall'altro, l'erogazione di un servizio potenziato tramite l'integrazione delle funzionalità di FB con altre piattaforme e la conseguente estensione della condivisione dei dati dell'utente a terzi operatori; (iii) due distinte modalità d'azione, la prima basata sulla carenza informativa, la seconda basata sul condizionamento tramite preimpostazioni e disincentivi a modificare le stesse".

ISSN 2036-7821

un'informativa ritenuta da Agcm priva di immediatezza, chiarezza e completezza, in riferimento all'attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati degli utenti"[88]; la seconda, qualificata come "aggressiva", "si concretizzava nella applicazione, in relazione agli utenti registrati sulla piattaforma, di un meccanismo che, secondo la ricostruzione dell'Autorità, comportava la trasmissione dei dati degli utenti dalla Piattaforma del social network, ai siti "web/app" di terzi e viceversa, senza preventivo consenso espresso dell'interessato, per l'uso degli stessi a fini di profilazione e commerciali"[89].

Disattendendo le prospettazioni della parte resistente, secondo cui "non si tratta di pratiche commerciali in mancanza di un corrispettivo patrimoniale", il T.A.R. – ed è questo il profilo che più interessa in questa sede – ha invece concluso che: "tale approccio sconta una visione parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un "*asset*" disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di "controprestazione" in senso tecnico di un contratto. A fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio, sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati. Il fenomeno della "patrimonializzazione" del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un

[88] In sentenza si legge che: "La prima pratica riguarda la fase di registrazione dell'utente nella Piattaforma FB (sito "web" e "app") e consiste nel rilascio di un'informativa ritenuta poco chiara e incompleta. Nello specifico, l'Autorità rilevava che 'Sino al 15 aprile 2018, l'utente che accedeva alla homepage di FB per registrarsi sulla Piattaforma (sito web e app), a fronte di un claim sulla gratuità del servizio offerto "Iscriviti E' gratis e lo sarà per sempre", non trovava un altrettanto evidente e chiaro richiamo sulla raccolta e uso a fini commerciali dei propri dati da parte di FB" (cfr. par. 18 del provvedimento). L'informazione era ritenuta non veritiera e fuorviante in quanto la raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi si configurava come contro-prestazione del servizio offerto dal social network, in quanto dotati di valore commerciale'. In particolare, osservava Agcm, 'i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e il 98% del fatturato di Facebook Inc.' ".

[89] Si legge nella citata sentenza: "La seconda pratica concerne il meccanismo che comporta la trasmissione dei dati degli utenti dalla Piattaforma (sito "web/app") del "social network" ai siti "web/app" di terzi e viceversa. Agcm ha ritenuto che tale trasmissione avvenisse con modalità insistenti e tali da condizionare le scelte del consumatore. Nello specifico, rilevava che la Piattaforma "risultava (…) automaticamente attivata con validità autorizzativa generale, senza alcun preventivo consenso espresso da parte dell'utente in quanto la relativa opzione risultava preselezionata da FB, residuando, in capo al soggetto interessato, una mera facoltà di opt-out" (par. 59). Osservava anche che "l'utente veniva indotto a credere che, in caso di disattivazione della Piattaforma, le limitazioni sarebbero state ben più ampie e pervasive rispetto a quanto realmente previsto e tecnicamente necessario", con l'effetto di indurlo a non modificare la scelta operata dalla società".

ISSN 2036-7821

contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network"[90].

La pronuncia in esame si rivela di particolare interesse non solo nella misura in cui espressamente sancisce l'avvenuta "patrimonializzazione" dei dati personali, ma soprattutto laddove - in antitesi con il consolidato orientamento del Garante per la protezione dei dati personali, ma conformemente a quanto sostenuto dall'AGCM[91] - qualifica i dati come "possibile oggetto di una compravendita".

Le conclusioni rassegnate dal giudice di *prime cure* sono state sostanzialmente confermate dal Collegio di secondo grado[92], che, prudentemente, non ha definito i dati l'"oggetto di una compravendita", ma ne ha comunque rilevato l'avvenuta patrimonializzazione in virtù del loro utilizzo per finalità commerciali da parte di Facebook[93].

---

[90] In virtù di siffatte premesse, il Collegio giudicante ha confermato il carattere "ingannevole" della prima condotta sanzionata, atteso che "il valore economico dei dati dell'utente impone al professionista di comunicare al consumatore che le informazioni ricavabili da tali dati saranno usate per finalità commerciali che vanno al di là della utilizzazione del social network: in assenza di adeguate informazioni, ovvero nel caso di affermazioni fuorvianti, la pratica posta in essere può quindi qualificarsi come ingannevole". Con riguardo, invece, alla condotta integrante, secondo l'AGCM, una pratica commerciale aggressiva, avente ad oggetto il meccanismo di trasmissione dei dati degli utenti registrati a Facebook dalla Piattaforma (sito "web/app") del "social network" ai siti "web/app" di terzi, il Collegio ha concluso che: "il provvedimento dell'Autorità, quanto alla condotta descritta alla lettera sub b), si palesa illegittimo in ragione dei denunciati vizi di cattiva ricostruzione del funzionamento della integrazione delle piattaforme e dell'assenza di elementi sufficienti a dimostrare l'esistenza di una condotta idonea a condizionare le scelte del consumatore. In conclusione, limitatamente all'accertamento dell'illegittimità della condotta sub b) e alle conseguenze - sanzionatorie, inibitorie e di adozione di una dichiarazione rettificativa – imposte dall'Autorità, il provvedimento impugnato deve essere annullato, dovendosene invece confermare la legittimità per la restante parte".

[91] In dottrina si è osservato che l'apparente contrasto tra la posizione del Garante e quella dell'AGCM potrebbe essere composto nel seguente modo: "da un lato la normativa in materia di protezione di dati personali limita la raccolta dei dati e la possibilità di subordinare l'accesso a un bene o servizio alla prestazione del consenso al trattamento. Dall'altro, invece, la normativa in tema di protezione dei consumatori tende a riconoscere nella misura più ampia possibile il nesso sinallagmatico instaurato tra servizi e dati personali al fine di tutelare la trasparenza delle operazioni di mercato", sicché "per mitigare la contraddittorietà occorre differenziare i diversi piani su cui si pongono le normative in questione. (…) mentre la disciplina sui dati regola in via sostanziale il mercato dei dati personali, stabilendo se e quando il loro scambio è ammesso, la disciplina a tutela dei consumatori regola le modalità di tale scambio, garantendone la trasparenza e accordando ai consumatori determinati rimedi, a prescindere dalla liceità dello scambio" (in termini, S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in Medialaw Rivista di diritto dei media, 2019, 3, p. 146).

[92] Si legge in sentenza che: "ciò che emerge dall'attività [Pratica a)- ingannevole] messa in campo dalle due società è lo sfruttamento, inconsapevolmente per l'utente, dei dati da costui offerti al momento dell'iscrizione (…)A fronte dunque della promessa gratuità del servizio l'utente era indotto ad accedere per ottenere i vantaggi "immateriali" costituiti dalla adesione e coinvolgimento in un *social network* in seguito all'iscrizione nella piattaforma mettendo a disposizione i propri dati personali, che venivano dunque coinvolti nella profilazione a fini commerciali senza che l'utente fosse stato reso edotto in modo efficace dell'esatta portata di tale utilizzo". Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado anche nella parte in cui ha ritenuto il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM illegittimo per aver qualificato come "aggressivo" il comportamento definito come Pratica b).

[93] Precisa il Consiglio di Stato: "seppure si volesse aderire alla tesi della odierna parte appellante secondo la quale il dato personale costituisce una *res extra commercium*, la patrimonializzazione del dato personale, che nel

ISSN 2036-7821

È necessario puntualizzare che la condotta dell'impresa censurata, prima, da AGCM e, poi, dalla giurisprudenza amministrativa non consiste nell'aver compresso la libertà del consenso inducendo od obbligando l'utente ad acconsentire al trattamento dei dati personali per finalità commerciali, bensì nel non aver adeguatamente[94] reso chiaro che i dati, in quanto sfruttati economicamente, incidono sulla reale entità dell'operazione commerciale, rappresentando la controprestazione sottesa ad un rapporto del tipo "Professionista-Consumatore".
Si spiega così l'intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, secondo cui, nel caso di specie, la violazione del diritto ad una corretta informazione non investe il diritto alla protezione dei dati personali, bensì il consumatore, che – inconsapevolmente - fornisce al professionista un bene dotato di valore economico.
D'altra parte, come evidenziato dal Consiglio di Stato, "ferma la riconosciuta "centralità" della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della privacy adottati dai Paesi membri (…) deve comunque ritenersi che allorquando il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, quale è

caso di specie avviene inconsapevolmente (ad avviso dell'Autorità nel momento in cui accusa una informazione ingannevole nell'esercizio della pratica in questione), costituisce il frutto dell'intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell'utente – a fini commerciali".

[94] Nel provvedimento si evidenzia che: "Nello specifico, la registrazione alla Piattaforma FB, la cui gratuità è esaltata dal claim sopra citato, si effettuava cliccando sul pulsante "Crea account", preceduto dal seguente testo che conteneva i link alla normativa FB: "*Cliccando su Crea account, accetti le nostre Condizioni [link]e confermi di aver letto la nostra Normativa sui dati [link], inclusa la Normativa sull'uso dei cookie [link].* [...]". Tali documenti, accessibili tramite link, contenevano, tra le altre numerose informazioni di varia natura, anche indicazioni sulla raccolta e l'utilizzo dei dati degli utenti ma erano di consultazione meramente eventuale prima della registrazione. Peraltro, i medesimi documenti, dilungandosi in complesse e articolate precisazioni tecniche, riportavano le suddette indicazioni, in modo poco chiaro e disorganico, in quanto frammentate in sezioni e paragrafi diversi delle varie normative, senza adeguata evidenziazione dell'utilizzo commerciale dei dati, con innumerevoli rimandi ad approfondimenti non immediatamente accessibili, senza alcuna evidenza a favore del consumatore il quale non poteva, quindi, avvalersi di un quadro informativo unitario completo e agevolmente fruibile"; inoltre, "Facebook non informa l'utente con chiarezza e immediatezza in merito alla raccolta e all'utilizzo, a fini remunerativi, dei dati dell'utente da parte del Professionista e, conseguentemente, dell'intento commerciale perseguito, volto alla monetizzazione dei medesimi. Le informazioni fornite risultano generiche ed incomplete senza adeguatamente distinguere tra, da un lato, l'utilizzo dei dati funzionale alla personalizzazione del servizio con l'obiettivo di facilitare la socializzazione con altri utenti "consumatori", dall'altro, l'utilizzo dei dati per realizzare campagne pubblicitarie mirate. L'ingannevolezza risulta, peraltro, aggravata dalla circostanza che, nell'uso di FB, le finalità commerciali si prestano ad essere confuse con le finalità sociali e culturali, tipiche di un social network. Nella pagina di registrazione a FB, a fronte del claim "Facebook ti aiuta a connetterti e rimanere in contatto con le persone della tua vita", rileva, dunque, l'assenza di un adeguato alert che informi gli utenti, con immediatezza ed efficacia, in merito alla centralità del valore commerciale dei propri dati rispetto al servizio di social network offerto, limitandosi FB a sottolineare come l'iscrizione sia gratuita per sempre. (…) Può, infatti, comunque verificarsi che l'utente crei l'account FB senza alcuna consapevolezza del valore economico di cui la società beneficia in conseguenza della sua registrazione al social network, in quanto solo qualora decida di cliccare su tali link ne verrebbe, eventualmente, informato".

ISSN 2036-7821

quella, per il caso che qui interessa, della tutela del consumatore, riduca le tutele garantite alle persone fisiche". Peraltro – chiarisce il Collegio – l' "esigenza di garantire "tutele multilivello" che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche" sussiste anche quando l'utente-consumatore non sia consapevole – come nel caso di specie – dello sfruttamento economico dei propri dati, indi, della loro patrimonializzazione, che, come pocanzi visto, secondo i Giudici non discende da un atto di volontà del consumatore, bensì dall'utilizzo per finalità commerciali che ne faccia l'azienda[95].

3.1 Il quadro normativo europeo: la direttiva 2019/770/UE relativa ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali.

Nel dibattito sin qui descritto, non si può trascurare la rilevanza della recente direttiva UE 2019/770 sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali, che parrebbe avallare la configurazione dei dati personali come nuova "moneta di scambio".

Essa, infatti, nel delineare il proprio ambito applicativo, richiama non solo i contratti in cui il consumatore, in cambio del contenuto o del servizio digitale, corrisponde o si impegna a corrispondere un prezzo, ma anche quelli in cui fornisce o si impegna a fornire dati personali, fatto salvo il caso in cui questi ultimi siano trattati esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto o servizio digitale o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico, senza che questi possa trattare i dati per scopi diversi.

Vengono così delineati due modelli contrattuali di fornitura:

(i) nel primo la fornitura di contenuti o servizi digitali è posta in relazione di corrispettività con il pagamento di un prezzo a carico del consumatore, sicché il modello è quello del contratto oneroso a prestazioni corrispettive;

(ii) nel secondo, che la Direttiva fa ricadere nel suo ambito di applicazione ma, a differenza del primo, non definisce "contratto", facendo piuttosto ricorso al generico termine "caso", il consumatore non paga un prezzo, bensì "fornisce o si impegna a fornire" dati personali.

Ai fini del discorso che si sta conducendo, è interessante rilevare la peculiarità della seconda definizione che, come rilevato dalla dottrina, evita di porre in relazione formale di corrispettività le due forniture (dei dati e dei servizi), preferendo qualificare come "caso", anziché come "contratto", il rapporto tra la prestazione dei

[95] "Nell'appena descritta accezione non viene in emersione la commercializzazione del dato personale da parte dell'interessato, ma lo sfruttamento del dato personale reso disponibile dall'interessato in favore di un terzo soggetto che lo utilizzerà a fini commerciali, senza che di tale destino l'interessato conosca in modo compiuto le dinamiche, fuorviato peraltro dalle indicazioni che derivano dalla lettura delle condizioni di utilizzo (come nel caso di specie) di una "piattaforma informatica" ".

ISSN 2036-7821

contenuti o servizi digitali da parte dell'operatore economico e la fornitura dei dati personali da parte del consumatore[96].

L'accoglimento di tale opzione testuale, peraltro valorizzata ai fini della ricostruzione strutturale dell'operazione negoziale[97], sottende una precisa scelta del legislatore europeo, di cui si rivela esplicativo il considerando 24 della Direttiva, a tenore del quale: "la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e (…) tali dati non possono dunque essere considerati una merce"[98].

---

[96] C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in Giust. civ., 2019, 3, p. 499 ss. Sul punto, v. le osservazioni di V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 2018, 4-5, p. 26.

[97] Sulla scorta di ciò, in dottrina si è proposto di interpretare le disposizioni della direttiva nel seguente modo: nel caso in cui il consumatore non esegua una controprestazione pecuniaria, ma si limiti a fornire dati personali si può configurare un duplice modello, il primo dei quali è quello qui in discussione: 1. "forniture contrattuali a titolo, o meglio a struttura gratuita alle quali si affianca – ma non in funzione corrispettiva – un atto dispositivo mediante il quale il consumatore cede al fornitore suoi dati personali, suscettibili di trattamento e verosimilmente trattati in relazione a scopi diversi da quelli contrattuali"; 2. "forniture contrattuali del tutto gratuite, nell'ambito delle quali i dati sono trattati esclusivamente ai fini della fornitura del servizio e mai per altri scopi diversi da quelli previsti: per questi contratti la protezione del consumatore rispetto ai difetti di conformità non si applica (…)", non rientrando nel perimetro della direttiva. Segnatamente, "la prima tipologia di contratti gratuiti rientrerebbe nel modello della cosiddetta gratuità interessata, nel quale la struttura priva di controprestazione del contratto non esclude, bensì postula in capo al contraente che effettua la prestazione l'acquisizione di un vantaggio economico che ne giustifica l'erogazione e dà pertanto fondamento – nella specifica ottica di questa Direttiva – anche alla protezione contrattuale del consumatore non pagante". Ne consegue che, nella prima ipotesi, stante l'espressa negazione del carattere corrispettivo dei dati, verrebbe a delinearsi un modello contrattuale caratterizzato da un doppio procedimento formale e da un doppio consenso da parte dell'utente: "il procedimento e il relativo consenso concernenti la conclusione del contratto di fornitura (sottoposto alle ordinarie regole contrattuali); e poi il procedimento concernente la raccolta del consenso informato e l'esplicazione analitica delle finalità del trattamento, sottoposto alle puntuali e rigorose regole del GDPR" (C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770* cit., p. 499 ss.). Secondo la diversa ricostruzione di G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in A. M. GAMBINO, A. STAZI (a cura di), *La circolazione dei dati*, Pisa, 2020, p. 74 ss., viene in rilievo un'operazione economicamente unitaria, tuttavia il contratto, che regola gli aspetti patrimoniali, può prevedere l'accesso a servizi o contenuti digitali in cambio della fornitura di dati personali. Segnatamente, si configura un duplice consenso: "il consenso al trattamento e il contratto di accesso al servizio", che "rappresentano due atti distinti e sottoposti ciascuno a una specifica disciplina". "Il contratto di fornitura di servizi e contenuti digitali opera a valle rispetto al consenso, il quale costituisce il presupposto indispensabile, l'elemento legittimante 'a monte', perché possa aversi un lecito trattamento dei dati personali (…). La distinzione in oggetto (…) è giuridicamente rilevante da un duplice punto di vista. Innanzitutto, ne discende l'esigenza di un trattamento differenziato dei due atti giuridici coinvolti: (…) il consenso è soggetto alla disciplina del Regolamento (…) mentre il contratto è soggetto alle diverse regole derivanti dal diritto interno e dalle fonti europee. (…) In secondo luogo dall'assenza di una struttura negoziale unitaria discende l'impossibilità giuridica di configurare l'atto giuridico di consenso, in quanto tale, elemento costitutivo del sinallagma contrattuale. Essa non esclude, però, che tra il consenso unilaterale al trattamento e il contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali intercorra uno specifico collegamento. (…) Dalla sussistenza di un collegamento negoziale discende, in particolare, che l'eventuale declaratoria di invalidità del consenso per contrasto con i requisiti descritti dall'art. 7 del Regolamento (…) possa astrattamente determinare lo scioglimento del vincolo (…). Soprattutto il nesso funzionale tra i due atti giuridici fa sì che, in caso di revoca del consenso, anche il vincolo contrattuale sia destinato a venir meno (…)".

[98] L'intero considerando recita: "La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. Tali modelli

ISSN 2036-7821

Il legislatore europeo si mostra pienamente consapevole dell'ampia diffusione delle operazioni "servizi contro dati" e, pertanto, decide di disciplinarle con lo scopo di estendere la tutela prevista dalla direttiva per i difetti di conformità del servizio ricevuto anche al caso in cui il consumatore non corrisponda una prestazione pecuniaria; al contempo, però, si preoccupa di negare, almeno nominalmente, la mercificazione dei dati personali.

Conferma del suddetto approccio può essere tratta dalle differenze intercorrenti tra il testo attuale della direttiva e l'originario tenore letterale della proposta di direttiva[99] che, laddove (art. 3) qualificava i dati come "controprestazione pecuniaria" suscettibile di corresponsione in luogo del prezzo[100], si è esposto alle aspre censure del Garante europeo per la protezione dei dati personali, netto nell'affermare che i

commerciali sono utilizzati in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali. La presente direttiva dovrebbe pertanto applicarsi ai contratti in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o servizi digitali al consumatore e in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali. I dati personali potrebbero essere forniti all'operatore economico al momento della conclusione del contratto o successivamente, ad esempio nel caso in cui il consumatore acconsente a che l'operatore economico utilizzi gli eventuali dati personali caricati o creati dal consumatore utilizzando il contenuto digitale o il servizio digitale. Il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali prevede un elenco esaustivo di fondamenti giuridici per il trattamento lecito dei dati personali. La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai contratti in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali all'operatore economico. Ad esempio, la presente direttiva dovrebbe applicarsi nel caso in cui il nome e l'indirizzo email forniti da un consumatore al momento della creazione di un account sui social media siano utilizzati per scopi diversi dalla mera fornitura di contenuti digitali o servizi digitali o non conformi agli obblighi di legge. La presente direttiva dovrebbe altresì applicarsi nel caso in cui il consumatore acconsenta a che il materiale che caricherà e che contiene dati personali, come fotografie o post, sia trattato a fini commerciali dall'operatore economico. Gli Stati membri dovrebbero tuttavia mantenere la facoltà di decidere in merito al soddisfacimento dei requisiti in materia di formazione, esistenza e validità di un contratto a norma del diritto nazionale".

[99] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale COM(2015) 634 final – 19.12.2015 (in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52015PC0634).

[100] Inoltre, nel considerando 13 si leggeva che: "Nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati (…)". A tal proposito, G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete* cit., p, 41 ss.: "La proposta di direttiva si connota per un approccio dichiaratamente realistico. Essa non ignora, ed è questo uno dei suoi pregi più evidenti, l'evoluzione dei rapporti di mercato e lo straordinario valore che i dati personali hanno assunto nel contesto dell'economia dell'informazione. In particolare, essa muove dalla constatazione che in vasti segmenti di mercato, e in particolare in presenza di mercati « a più dimensioni », la logica della gratuità ha una profonda razionalità economica: non è certo per spirito di liberalità o per disinteressata generosità che molti servizi, che pure hanno un costo economico, sono offerti *for free*; la realtà è invece che essi sono remunerati adeguatamente — sebbene in maniera alquanto opaca — attraverso il flusso dei dati personali connesso alla singola transizione o alla serie di transazioni rese possibili dall'attivazione del servizio. Di qui l'esigenza di sottoporre tali rapporti ad una disciplina non divergente da quella ordinaria, in particolare per quanto concerne i profili di tutela del consumatore".

ISSN 2036-7821

dati personali, in quanto attributi della persona, "non possono essere considerati una merce" [101].

Rinviando al prossimo paragrafo le osservazioni relative alle probabili ragioni di tale presa di posizione, peraltro riscontrabile anche nei provvedimenti del Garante italiano, può sin d'ora condividersi l'opinione secondo cui la scelta del legislatore, almeno formalmente in linea con i moniti del Garante europeo, sia volta a "dare riconoscimento in una forma accettabile ad un fenomeno che evidentemente si fa fatica ad accettare come tale, ma che non può più essere ignorato né esorcizzato: il mercato dei dati personali, prospero e ricco a dispetto della diffusa cultura personalistica che da tempo qualifica i dati come un inalienabile attributo fondamentale della persona umana"[102].

3.2 La posizione del Garante per la protezione dei dati personali.

Come sopra accennato, anche il Garante privacy italiano da sempre esprime contrarietà alla qualificazione dei dati personali in termini di controprestazione contrattuale.

È infatti ricorrente nei suoi provvedimenti[103] l'affermazione secondo cui "non può definirsi "libero", e risulta indebitamente necessitato, il consenso a ulteriori trattamenti di dati personali che l'interessato debba prestare quale condizione per conseguire una prestazione richiesta (…)"[104].

Escludendo che la fornitura di un servizio possa essere condizionata al consenso al trattamento di dati ulteriori rispetto a quelli necessari per l'erogazione del servizio (ad esempio, invio di pubblicità mirata, elaborazione di statistiche e indagini di mercato), il Garante mira a impedire che i dati personali possano trasformarsi in una

[101] EDP, *Opinion on the proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, n. 4/2017: "The EDPS welcomes the intention of the legislator to make sure that the so-called "free services" are subject to same protection for the consumers when they do not pay a price for a service or content. However, personal data cannot be compared to a price, or money. Personal information is related to a fundamental right and cannot be considered as a commodity" (in https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf).

[102] C. CAMARDI, *Prime osservazioni* cit.

[103] R. FRAU, *Profili del consenso al trattamento dei dati personali per fini economici nell'esperienza italiana. Raffronti con la normativa spagnola*, in Resp. civ. e prev., 2010, 12, p. 259 ss.

[104] Invio di messaggi promozionali senza aver fornito l'informativa - 9 gennaio 2014 [2904350]. In tal senso v. anche Provvedimento inibitorio e prescrittivo nei confronti di AdSpray S.r.l. - 25 settembre 2014 [3457687]; Acquisizione del consenso per servizi on-line - 21 novembre 2013 [2830611]; Invio di messaggi promozionali via posta elettronica, in assenza di un consenso libero, specifico e documentato – 7 marzo 2013 [2406175]; E-mail promozionali: illecite senza consenso - 19 maggio 2011 [1823148]; Biglietti on line e marketing - 12 ottobre 2005 [1179604]; Telepass e libero consenso per finalità di marketing – 3 novembre 2005 [1195215]; Trattamenti di dati personali relativi a candidati al lavoro effettuati da un sito web - 5 dicembre 2013 [2865637], laddove si legge che "non si può ritenere libero il consenso reso in relazione allo svolgimento di attività di natura promozionale (da parte della società o di terzi) come pure per il tracciamento della navigazione dei soggetti registrati nel sito, considerato che a detto consenso la società ha subordinato la conclusione del procedimento di registrazione preordinato alla fruizione dei servizi resi".

ISSN 2036-7821

controprestazione contrattuale; ed infatti, come è stato osservato, "i provvedimenti [del Garante] riguardano sia casi in cui il servizio offerto all'interessato era gratuito, sia casi in cui invece il servizio era prestato a titolo oneroso. Nei casi di servizi a titolo gratuito, è particolarmente evidente che escludere che si possa richiedere il consenso per fini ulteriori significa negare che il consenso possa costituire una controprestazione. Il discorso non cambia in caso di servizi forniti a titolo oneroso, in cui pure la prestazione del consenso al trattamento dei dati potrebbe intendersi come componente di una controprestazione mista"[105].

Il suddetto orientamento, delineatosi già qualche decennio fa[106], parrebbe inserirsi nel solco tracciato dalla dottrina tradizionale, che, come innanzi visto (v. par. 2), per lungo tempo ha opposto resistenza al riconoscimento del valore economico dei dati personali, privilegiando una lettura incline ad esaltarne l'appartenenza ai diritti della personalità.

Nondimeno, è senza dubbio da escludere che la posizione del Garante prescinda da una nitida consapevolezza dell'avvenuta patrimonializzazione dei dati personali, anzi, verosimilmente, è proprio tale consapevolezza ad aver indotto interventi limitativi, preordinati ad evitare che, sdoganato lo sfruttamento economico dei dati personali nell'ambito dell'attività di impresa, possa aprirsi la strada anche alla loro conclamata mercificazione, che inevitabilmente conseguirebbe all'utilizzabilità dei dati personali come controprestazione per l'accesso ai servizi digitali.

In altri termini, se l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale relativa alla patrimonializzazione degli attributi della personalità non osta - anche da un punto di vista teorico - a che dei dati si possa disporre quale *asset* di impresa, la costituzione di un vero e proprio mercato dei dati personali in cui questi ultimi vengono utilizzati come nuova moneta di pagamento apre scenari ben più critici, non fosse altro perché - anche senza considerare l'incidenza, pure preoccupante, della condizione reddituale sulla scelta di tutela della *privacy* – si moltiplicherebbero esponenzialmente le esternalità negative di un modello economico profondamente impattante sui valori costituzionali.

Ed infatti, non è forse un caso che il Consiglio di Stato, nella pronuncia innanzi esaminata (Sez. VI, 29 marzo 2021 n. 2631), pur accogliendo la prospettazione dell'AGCM, si astenga - a differenza del giudice di primo grado - dal definire i dati personali come "possibile oggetto di compravendita", limitandosi a rinvenire la genesi della loro patrimonializzazione nello sfruttamento a fini commerciali da parte dell'azienda; si legge testualmente nella sentenza: "seppure si volesse aderire alla tesi

[105] S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in Europa e Diritto privato, 2016, 2, p. 513 ss.

[106] V. provv. 22 febbraio 2007, doc. web n. 1388590; provv. 12 ottobre 2005, doc. web n. 1179604; provv. 3 novembre 2005, doc. web n. 1195215; provv. 15 luglio 2010, doc. web n. 1741998, provv. 19 maggio 2011, doc. web n. 1823148.

ISSN 2036-7821

della odierna parte appellante secondo la quale il dato personale costituisce una *res extra commercium*, la patrimonializzazione del dato personale, che nel caso di specie avviene inconsapevolmente (…), costituisce il frutto dell'intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell'utente – a fini commerciali".
Ben più radicale appare la posizione dell'AGCM, che, come si è visto, nel qualificare i dati in termini "controprestazione non pecuniaria", sembra porsi in netta antitesi con l'indirizzo del Garante.
Le ragioni del divergente approccio vanno forse ricercate negli scopi di tutela perseguiti, eterogenei ma complementari.
Invero, nella ricostruzione dell'AGCM, il riconoscimento della "mercificazione" del dato personale non si configura tanto come la rassegnata presa d'atto di una realtà ormai inarrestabile, quanto, piuttosto, come l'imprescindibile presupposto per l'ampliamento dei rimedi a tutela degli utenti, estesi a quelli propri della normativa consumieristica.
Analogamente, anche il più rigoroso orientamento del Garante mira - seppure nel proprio perimetro di competenza - al potenziamento della tutela, essendo volto ad evitare che la scongiurata configurazione del dato personale come nuova "merce di scambio" possa pregiudicare la libertà del consenso al trattamento; lo si legge chiaramente nei suoi provvedimenti: "non può definirsi "libero", e risulta indebitamente necessitato, il consenso a ulteriori trattamenti di dati personali che l'interessato debba prestare quale condizione per conseguire una prestazione richiesta (…)"[107].
Ebbene, come si vedrà, un punto di convergenza tra le due impostazioni apparentemente inconciliabili, sembra possa essere colto nella normativa europea, segnatamente nel Regolamento europeo per la protezione dei dati personali, che, a certe condizioni, ammette lo scambio "servizi contro dati".

3.3 Gli spunti ricostruttivi offerti dal GDPR.
Invero, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 4 del GDPR: "nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali non necessari all'esecuzione del contratto"; sicché - con un approccio meno rigoroso di quello adottato dal Garante per la privacy, per il quale – lo si è visto - condizionare la fornitura di un servizio al consenso al trattamento dei dati personali per finalità ulteriori esclude la libertà del consenso - il GDPR non preclude l'operazione

[107] Invio di messaggi promozionali senza aver fornito l'informativa - 9 gennaio 2014 [2904350] cit. V. anche Trattamenti di dati personali relativi a candidati al lavoro effettuati da un sito web - 5 dicembre 2013 [2865637] cit.

ISSN 2036-7821

negoziale "servizio contro dati", purché venga salvaguardata la libertà del consenso[108].

E così, diviene dirimente accertare in presenza di quali condizioni possa dirsi libero il consenso prestato per l'accesso ad un servizio digitale, allorché avente ad oggetto dati personali ulteriori rispetto a quelli necessari per la fruizione del servizio medesimo.

La questione è stata recentemente indagata dalla dottrina, secondo cui potrebbe attribuirsi rilievo a "parametri come l'esistenza o meno di condizioni di concorrenza nel settore di riferimento, la fungibilità del bene o del servizio offerto e la strumentalità rispetto all'esercizio di diritti fondamentali, la funzione di intrattenimento o professionale del servizio, l'impiego di condizioni generali di contratto senza negoziazione individuale delle clausole, ecc."[109].

In altri termini, qualora l'operatore economico subordini la fornitura di un servizio al trattamento dei dati personali per fini ulteriori rispetto all'esecuzione del contratto o alla cessioni di dati ulteriori rispetto a quelli necessari per l'esecuzione del contratto, il consenso al trattamento potrebbe considerarsi libero a condizione che il servizio sia reperibile anche altrove sul mercato, sia fungibile o non indispensabile.

A tal proposito è utile richiamare l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza di legittimità, alla cui stregua "l'ordinamento non vieta lo scambio di dati personali, ma esige tuttavia che tale scambio sia frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato", sicché "il condizionamento non [può] sempre e comunque essere dato per scontato e [deve] invece essere tanto più ritenuto sussistente, quanto più la prestazione offerta dal gestore del sito Internet sia ad un tempo infungibile ed irrinunciabile per l'interessato (…)"[110].

Detta impostazione, pur esprimendo un *favor* per la commerciabilità dei dati personali, la consente solo nella misura in cui non finisca con l'inficiare la pienezza e libertà del consenso; per l'individuazione di siffatta misura vengono identificati i due parametri dell'"infungibilità" e dell' "irrinunciabilità" della prestazione offerta dal gestore del sito Internet.

---

[108] G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete* cit., p. 411 ss.: "la norma non introduce un divieto, bensì fissa un semplice parametro di valutazione, da considerare insieme ad altri (non meno rilevanti) parametri, come l'esistenza o meno di condizioni di concorrenza nel settore di riferimento, la fungibilità del bene o del servizio offerto e la strumentalità rispetto all'esercizio di diritti fondamentali, la funzione di intrattenimento o professionale del servizio, l'impiego di condizioni generali di contratto senza negoziazione individuale delle clausole, ecc. Se si vuole si può anche parlare di presunzione di invalidità del consenso prestato al fine di accedere a beni o servizi, ma deve esser chiaro che si tratta di una presunzione *iuris tantum* e non, invece, *iuris et de iure.* Aderendo ad una siffatta interpretazione, vengono meno le ragioni di conflitto tra l'art. 7 del regolamento e la proposta di direttiva sulla fornitura di contenuti digitali e lo schema negoziale servizi contro dati può trovare una solida collocazione nel sistema".

[109] G. RESTA, *I dati personali* cit., p. 70.

[110] Cass. civ., Sez. I, sentenza 2 luglio 2018, n. 17278, in Giur. it., 2019, 3, p. 530 ss.

ISSN 2036-7821

Sicché, l'esito del bilanciamento tra istanze del mercato e salvaguardia dei valori personalistici finisce con l'annidarsi nell'interpretazione, più o meno estensiva, delle nozioni di "infungibilità" e "irrinunciabilità": è evidente, infatti, che dilatandone l'accezione si privilegia la libertà del consenso, e viceversa.
Quanto alla "fungibilità", la dottrina, anche alla luce delle conclusioni rassegnate dal Gruppo di lavoro Articolo 29, ha affermato la possibilità di considerare "fungibile" un servizio equivalente a quello fornito in cambio di dati, ma accessibile solo mediante controprestazione pecuniaria[111]; dunque, secondo la tesi in parola, il consumatore, potendo scegliere tra pagamento con i dati e pagamento in denaro, esprimerebbe – ove decidesse di optare per il primo - un consenso "libero".
Accogliendo tale opzione interpretativa, potrebbe però prodursi un discriminatorio "effetto di reddito"; ed infatti, richiamando le considerazioni proposte dalla dottrina a proposito del potere di potere di disporre del proprio corpo, ma non incompatibili con il discorso che si sta conducendo, "una completa delega al mercato potrebbe determinare, in questi casi, effetti discriminatori sia dal lato della domanda, poiché l'accesso alla risorsa verrebbe regolato prevalentemente sulla base del livello di reddito individuale, sia soprattutto dal lato dell'offerta, poiché è oltremodo evidente che questa verrebbe rappresentata esclusivamente dai soggetti più poveri, gli unici veramente incentivati ad entrare in mercati di questo tipo"[112].
In altri termini, la scelta tra controprestazione pecuniaria e controprestazione in dati finirebbe con l'essere pesantemente condizionata dalla condizione reddituale[113], con il conseguente evidente *vulnus* al principio di uguaglianza, che non può non presidiare anche la disciplina dei dati personali[114]; come è stato detto, emergerebbe "un nuovo sottoproletariato del digitale, un "Quinto Stato" formato da quanti siano

[111] S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali* cit., p. 143 rileva che: "In una prima edizione delle nuove linee guida sul consenso, il Gruppo di lavoro aveva affermato che «entrambi i servizi [quello subordinato e quello non subordinato al consenso al trattamento] devono essere genuinamente equivalenti, incluso senza ulteriori costi» (…). In un secondo momento il Gruppo di lavoro ha però ammorbidito la propria posizione, limitandosi a richiedere che «i due servizi [debbano] essere effettivamente equivalenti». Non è dunque più espressamente escluso che a rendere lecite le operazioni di *tying* sia la possibilità di accedere allo stesso servizio senza acconsentire al trattamento ma pagando una somma di denaro purché, chiaramente, si tratti di un corrispettivo congruo. L'effettività della scelta è garantita in questo modo dalla presenza di un'alternativa (non identica ma) equivalente".

[112] G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 811-816.

[113] A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Baldini-Castoldi, 2019, p. 45 osserva che: "una sorta di monetizzazione della protezione dei dati rischia di produrre anche rilevanti discriminazioni di censo in ordine all'esercizio di un diritto fondamentale".

[114] S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità, Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in Riv. crit. Dir. priv., 1996, p. 600.

ISSN 2036-7821

disposti a cedere, con i propri dati, la libertà, in cambio dei servizi offerti in rete solo apparentemente "a prezzo zero" "[115].

Per vagliare il secondo parametro proposto dalla giurisprudenza, quello della "irrinunciabilità", è utile tenere in considerazione i moniti dell'autorevole dottrina secondo cui "non si può postulare una indifferenza del quadro tradizionale dei diritti al nuovo ambiente, tenendo fermi criteri ermeneutici pretecnologici"[116].

Sicché, muovendo da tale - senza dubbio condivisibile - prospettiva, la nozione di "irrinunciabilità" giunge inevitabilmente a confrontarsi con la rilevanza, sempre maggiore, che i servizi digitali rivestono in quasi ogni aspetto della nostra vita; emblematico il caso dei social network in grado di offrire "dirompenti opportunità comunicative ed interattive, sia a livello di comunicazione privata che sociale e politica"[117]. Di tal che, subordinarne l'accesso alla cessione di dati personali per finalità ulteriori come il trasferimento a terzi, potrebbe senza dubbio determinare quella coartazione del consenso che attraverso il parametro dell'irrinunciabilità la Cassazione mirerebbe ad evitare.

In definitiva, i criteri ermeneutici prospettati dalla giurisprudenza di legittimità si rivelano non dirimenti nel definire il bilanciamento tra libera circolazione dei dati personali e tutela della libertà del consenso.

3.4 Le coordinate interpretative emerse nel dibattito civilistico.

Sulla scorta del quadro normativo europeo, la dottrina si è attestata su posizioni inclini ad ammettere la configurabilità dei dati personali come controprestazione non pecuniaria per l'accesso ai servizi digitali, giungendo a prospettare un contratto tipo di "cessione dei dati personali" con clausole predeterminate, adottabile dalle piattaforme digitali in vista della fornitura del servizio[118].

---

[115] Garante per la Protezione dei Dati Personali, Relazione annuale per il 2018. Discorso del Presidente Antonello Soro, Roma, 7 maggio 2019 – p. 7 (in https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9109221).

[116] S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*. *Il nuovo codice della privacy*, in Eur. e dir. priv., 2004, 1, p. 5.

[117] S. SCALZINI, *I servizi di online social network tra privacy, regole di utilizzo e violazione dei diritti dei terzi*, in Giur. merito, 2012, 12, p. 2569. L'A. soggiunge che: "Il portato più significativo del Web 2.0 è sicuramente rappresentato dal fenomeno dei *social network*. Essi sono servizi della società dell'informazione definiti come «piattaforme di comunicazione on-line che consentono ad un utente di creare reti di utenti che condividono i suoi stessi interessi o di entrarne a far parte». Le funzioni comuni ai siti di *social network* sono di tipo identitario, relazionale e comunitario, in quanto consentono agli utenti di formare un «profilo» personale attraverso la comunicazione di alcuni dati personali, mettono a disposizione strumenti per la condivisione di materiale e permettono la socializzazione in rete attraverso svariate modalità di interazione con altri contatti. Il successo di queste «piattaforme» è dimostrabile su scala planetaria: da un punto di vista economico, essi rappresentano un modello di *business* emergente, appartenente alla c.d. *new economy*, che «conosce tassi di sviluppo che sono impensabili per le imprese che operano nel mondo "reale"»".

[118] G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali* cit. specifica che: "Disciplinare normativamente tale contratto non vorrebbe dire imporre al mercato l'adozione di questo strumento ma attribuire una regolamentazione allo scambio "servizio digitale contro dati personali". Le piattaforme digitali potrebbero

ISSN 2036-7821

L'"approccio negoziale" ha l'indubbio pregio di regolamentare l'operazione contrattuale "servizi contro dati" incrementando i mezzi di tutela degli utenti[119]; ed infatti, dal dibattito emerso in seno alla dottrina civilistica, i cui esiti sono poi stati recepiti dalla giurisprudenza, emerge come i nuovi approdi in ordine alla qualificazione dei dati personali – attributi della personalità, ma anche controprestazione contrattuale – sottendano il chiaro intento di estendere i rimedi fruibili dagli utenti dei servizi digitali.

Segnatamente, come è stato detto, "si tratterà non di far prevalere la logica economica su quella della tutela dei diritti umani, ma di affiancare all'approccio morale quello negoziale, riconciliando i due aspetti rilevanti dello stesso fenomeno e completando il sistema delle tutele per l'interessato (…). Il dato personale potrà rivestire anche il ruolo di controprestazione pecuniaria al fine di considerare i relativi contratti di scambio come onerosi e applicare una normativa di maggior tutela per l'utente in termini di controllo, responsabilità, corretta informazione o in materia di pratiche commerciali", tuttavia "(…) riconoscere l'attitudine alla negoziabilità del dato personale non vuol dire e non vuole mettere in secondo piano l'approccio morale e il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali. Al contrario, vuole affiancarsi a questo al fine di dare una più ampia e complessiva tutela alla persona nell'ambito di un'economia in forte evoluzione"[120].

---

conformarsi o no a tale modello contrattuale, o anche solo recepirne alcune clausole, nella consapevolezza però che se decidessero di dotarsi di clausole totalmente difformi dal modello legale, quelle in contrasto sarebbero nulle per contrarietà a norma imperativa *ex* art. 1418 c.c.".

[119] In tal senso, anche G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., secondo cui l'applicazione dei rimedi a tutele del consumatore muove da una presa d'atto della realtà e dalla conseguente necessità "di sottoporre tali rapporti ad una disciplina non divergente da quella ordinaria, in particolare per quanto concerne i profili di tutela del consumatore".

[120] G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali* cit., secondo cui "parlare di commercializzazione dei dati personali non vuol dire sminuire l'importanza o negare la valenza di diritto fondamentale della protezione dei dati personali ma semplicemente completarne l'analisi prendendo in considerazione tanto le esigenze e tendenze del mercato tanto la tutela dei soggetti deboli (gli utenti) ed evitare abusi". Segnatamente, "l'individuazione di un approccio negoziale, oltre che morale, al trattamento dei dati personali porta con sé ovvie conseguenze applicative. Soprattutto, come già accennato, anche con riferimento a istituti di *data protection* come il consenso, l'approccio negoziale permetterebbe di azionare le tutele tipiche della contrattualistica, come i vizi del consenso o gli strumenti che tutelano dalle alterazioni del sinallagma contrattuale, ma anche alle tutele della disciplina consumeristica. Le prime norme che troveranno applicazione sarebbero quelle relative all'esatto adempimento del programma negoziale e quelle applicabili in caso di inadempimento di una delle parti, eventualmente anche quando il rapporto è mediato dalla presenza di una piattaforma digitale. L'approccio negoziale agevolerebbe la possibilità di far valere anche la responsabilità contrattuale, piuttosto che solo quella extracontrattuale, del titolare/professionista quando si intende agire in via giudiziale piuttosto (o parallelamente) alle tutele amministrative dinanzi le Autorità di settore . Ciò in vari casi tra i quali, per esempio, le violazioni della confidenzialità, integrità o disponibilità dei dati, rientranti nel generico concetto di sicurezza e costituenti ipotesi di c.d. *data breach*.
In aggiunta a quanto sopra, la Direttiva 2019/770 estende ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali in cambio dei dati personali il diritto dell'utente di chiedere il ripristino della conformità, la riduzione adeguata del prezzo, o la risoluzione del contratto (art. 14). Rimedi che ricalcano quelli ormai tradizionali previsti dalla disciplina consumeristica: ripristino della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, ovvero

ISSN 2036-7821

La medesima prospettiva pare sottesa all'affermazione secondo cui "la tutela degli interessi fondamentali della persona non deve necessariamente essere perseguita attraverso un'irrealistica de-patrimonializzazione dei dati (e degli atti giuridici che ne determinano la circolazione), bensì attraverso un attento controllo dell'atto di autonomia finalizzato ad assicurare la salvaguardia dei valori incomprimibili della personalità"[121].
In altri termini, le coordinate tracciate dalla dottrina civilistica muovono dall'idea per cui la depatrimonializzazione dei dati personali sia obiettivo non perseguibile dal diritto, risolvendosi in una irrealistica inversione di processi sociali, economici e tecnologici ormai inarrestabili[122]; sicché la regolamentazione delle operazioni contrattuali sottese a siffatti processi sarebbe l'unica strada utilmente percorribile per la tutela dei diritti degli utenti.

4. Le implicazioni giuspubblicistiche della data economy.
Nondimeno, occorre forse chiedersi se i meccanismi di protezione offerti dalla normativa consumieristica siano davvero sufficienti a contrastare le implicazioni prodotte dalla *data economy*, che, in prima battuta, riguardano l'individuo in quanto "consumatore", ma, più nel profondo, investono la persona quale nucleo essenziale della società.

---

riduzione adeguata del prezzo o risoluzione del contratto (art. 130 c. cons.). Ancora, risulteranno applicabili le norme in materia di clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette — come di fatto già avvenuto — nonché, secondo una certa dottrina, la possibilità di applicare la disciplina in materia di sicurezza dei prodotti e responsabilità per danno da prodotto difettoso a quei servizi digitali non sicuri da un punto di vista di c.d. "*rischio privacy*".
Allo stesso tempo, il riconoscimento della possibilità di negoziare i dati personali aiuterà a individuare e meglio definire i mercati rilevanti di servizi che sfruttano i dati personali, soprattutto nei casi di offerta di servizi c.d. "a prezzo zero", e quindi facilitare azioni tipicamente *antitrust*, come l'analisi delle concentrazioni e l'abuso di posizione dominante. (…) Ancora, la creazione di un contratto tipo di cessione di dati personali aiuterebbe il giudice nella valutazione delle condizioni contrattuali stabilite dalle piattaforme digitali sia da un punto di vista di interpretazione delle stesse sia al fine di colmare le eventuali lacune o ambiti non disciplinati dalle condizioni contrattuali.
Ulteriore aspetto di non secondario rilievo sarà, infine, il fatto che così facendo si potranno attenuare le aspettative riposte su strumenti di tutela che non sempre si sono dimostrati all'altezza delle sfide. In particolare, sarà possibile attenuare l'afflato posto sugli obblighi informativi, la trasparenza e sull'onerare l'utente di un livello di diligenza forse eccessivo".

[121] Secondo G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso* cit., ne discende che: "Lo schema logico che si potrebbe costruire è il seguente: in generale il trattamento dei dati personali richiede il consenso espresso, ma esso ha — deve avere — delle finalità ben chiarite e proporzionate alle ragioni sottese al conferimento. Dunque, se configuriamo i dati personali come il corrispettivo del servizio (o, all'opposto, l'oggetto del rapporto visto dal lato dell'operatore) possiamo immaginare che tutto il rapporto — che abbiamo visto essere di durata — si fonda su un consenso che potrebbe definirsi non meramente autorizzativo (come solitamente facciamo con riguardo all'uso degli attributi della personalità), ma anche negoziale, ovverosia costitutivo di relazioni giuridiche a contenuto patrimoniale. Ciò non toglie, come si diceva, che tali relazioni siano disciplinate dalla legge al fine di salvaguardare i particolari valori coinvolti"

[122] G. RESTA, *I dati personali* cit., p. 80.

ISSN 2036-7821

Si è visto che l'afferenza dei dati personali agli attributi della personalità, di per sé, non osta alla loro mercificazione, in quanto l'evoluzione del contesto socio-economico, la prassi negoziale, nonché i più recenti approdi dottrinali e giurisprudenziali hanno progressivamente aperto alla possibilità di disporre per via negoziale degli attributi immateriali della persona ed è peraltro significativo che, così come sta avvenendo per i dati personali, anche per il nome e per l'immagine "le possibilità di scambi negoziali incidenti su attributi della personalità (…) oggettivamente limitate per la presenza di diversi vincoli di ordine culturale o tecnologico" si siano poi affermate "sotto la pressione dell'alleanza tra capitale e scienza, la quale ha sensibilmente allargato la frontiera del tecnicamente possibile"[123].
Sicché, per i dati personali potrebbe delinearsi il medesimo percorso ermeneutico tracciato per il diritto al nome e all'immagine: se si considera il dato quale elemento identificativo della persona, viene in rilievo la dimensione "esistenziale" e la correlata pretesa a non subire interferenze non autorizzate; se si attribuisce rilevanza al valore economico del dato, emerge il potere di disporne, anche per via negoziale.
Nondimeno, lo sfruttamento economico dei dati personali mediante le più evolute tecniche di IA determina implicazioni del tutto nuove, incomparabili a quelle derivanti dalla patrimonializzazione di attributi della personalità come il nome e l'immagine, atteso che il modello di mercato spesso descritto con l'espressione economia *data driven*, si espande a detrimento di taluni diritti fondamentali e principi cardine del nostro ordinamento.
In particolare, i dati personali ceduti dagli utenti del web vengono elaborati dagli algoritmi per essere trasformati in previsioni comportamentali che assurgono a risorsa economica suscettibile di scambio sul mercato secondario nel sistema delle piattaforme a doppio versante.
Dunque, in quello che è stato icasticamente definito "capitalismo della sorveglianza", la raccolta massiva di dati è preordinata all'elaborazione di predizioni sui comportamenti degli utenti del web da rivendere a chiunque sia interessato, sovente inserzionisti; e poiché che la certezza della predizione, vale a dire la certezza del guadagno, diviene l'obiettivo da perseguire attraverso l'affinamento delle tecniche di condizionamento dei comportamenti[124], i "mercanti dell'attenzione", come sono stati definiti, "catturano la nostra attenzione fornendoci informazioni gratuite, servizi e intrattenimento, e rivendendo poi la nostra attenzione alle aziende inserzioniste"[125].
Sul punto, l'Agenzia europea per i diritti fondamentali, nel recente rapporto "Artificial intelligenze and fundamental right" (2020), ha rilevato che: "The availability of data about online individual behaviour combined with machine learning technologies have considerably improved the ability of commercial

[123] G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 92.
[124] S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2018, p. 314.
[125] Y.N. HARARI, *21 lezioni per il XXI secolo*, Milano, 2018, p. 116.

ISSN 2036-7821

enterprises to target individuals. This could even go as far as manipulating consumers by predicting their reactions based on irrational aspects of psychology and not reasoned choice. (…) The word 'advertising' is associated with messages designed to influence consumer behaviour. Advertising in one form or another has always targeted specific groups based on their characteristics and behaviour. The growth of social media, however, has taken targeted advertising to another level, using direct access to consumer data. Micro-targeting is directed towards very specific groups – and the more data that is gathered through online activities, the more targeted these activities can be. As social media providers and platforms like Google or Amazon gather comprehensive user data by monitoring the various activities of their users, advertisers can access more detailed and specific information"[126].

Peraltro, la profilazione e la personalizzazione dei contenuti informativi possono non solo incidere sulla sfera individuale impedendo il pieno e libero sviluppo della personalità, ma anche intaccare valori costituzionali consolidati, come quello del pluralismo informativo, e specie quando utilizzate a fini politici, generare preoccupanti derive antidemocratiche[127]. Paradigmatica in tal senso si rivela la nota vicenda *Cambridige Analytica*[128], rappresentazione empirica delle implicazioni politiche suscettibili di derivare dall'utilizzo del *microtargeting* per finalità non commerciali[129] o di tecniche sostanzialmente manipolatorie come *l'astroturfing*, che consiste in una sorta di "pubblicità occulta sotto forma di falsi commenti, opinioni, *reviews* (recensioni), su *social networks*, *forum* e *blog*, inclusi gli apprezzamenti mediante l'uso del tasto *I like* su Facebook"[130].

---

[126] Reperibile in https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-artificial-intelligence_en.pdf

[127] T.E. FROSINI, *Internet e democrazia,* in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2017, 4-5, p. 657 ss. riporta, a tal proposito, dati molto significativi: "Questo dipenderebbe dai *like* che mettiamo sui *social*, come per esempio *Facebook* o *Twitter*. Perché ogni *like* che lasciamo sui *social* sarebbe un tassello in un'autoschedatura volontaria di massa, che finirebbe con offrire opportunità e poteri a chi vuole orientare le opinioni. Studi condotti da psicologi, peraltro, sostengono che bastano sessantotto *like* di un utente *Facebook* per individuare il colore della sua pelle (con precisione pari al 95%), l'orientamento sessuale (88%) e quello politico (85%). Da questi studi sono nate società di ricerche, come *Cambridge Analytica*, le quali guardando e monitorando le pagine *Facebook* mettiamo a gennaio, sono in grado di prevedere cosa voterai a novembre".

[128] In quel caso i dati di milioni di utenti di Facebook sono stati utilizzati per condizionare le elezioni presidenziali americane del 2016 (v. le osservazioni di L. CASINI, *Lo stato nell'era di Google*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2019, 4, p. 1111 ss.). A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, 2019, 1, p. 70 ricorda anche il caso, recentemente sottoposto all'attenzione dell'opinione pubblica da un un'inchiesta del New York Times, con cui si è dimostrato che tramite la creazione di numerosi account Facebook e la successiva diffusione di notizie false, il governo militare del Myanmar è riuscito a provocare una campagna di violenza nei confronti della popolazione musulmana Rohingya, conclusasi con un vero e proprio genocidio.

[129] Sul *microtargeting* per fini politici v. le riflessioni di S. BONAVITA, *La profilazione e il micro-targeting*, in G. CASSANO, S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020, p. 398-399 che richiama le considerazioni di P. CIARLO, secondo cui "il più pericoloso dei poteri della rete è quello di manipolare il voto".

[130] D. DE PASQUALE, *La linea sottile tra manipolazione della rete e pubblicità*, in Il diritto industriale, 2012, 6, p. 555.

ISSN 2036-7821

Dunque, sebbene il condizionamento dell'informazione e dell'opinione pubblica, per finalità commerciali e non, siano fenomeni non certo nuovi – basti pensare alla pubblicità commerciale[131] nonché, sul versante politico, ai dibattiti sorti in seguito al superamento del monopolio televisivo statale e alla conseguente necessità di regolamentare la propaganda elettorale a fini di *par condicio*[132] - pare che nell'odierno scenario digitale i pregiudizi possibili siano ben più pregnanti, per almeno un triplice ordine di macro-fattori: l'enorme mole di dati personali quotidianamente sversati in rete, la sofisticatezza dei moderni sistemi elaborazione dei dati e la posizione di monopolio dei cd. Over the top (su tutti, Google, Facebook, Amazon[133]).

4.1 Dalla tutela individuale del "consumatore" alla necessità di politiche pubbliche per la tutela della "persona" come nucleo essenziale della società.

Ebbene, è in siffatte dinamiche che si annida il problema della tutela della persona, sicché, se anche – come auspicato dall'AGCM e dalla più recente giurisprudenza amministrativa - l'utente fosse edotto del valore economico dei dati ceduti per l'accesso ai servizi digitali, ciò non sarebbe idoneo a scongiurare i pericoli insiti in un modello di mercato che sfrutta i dati nelle modalità anzidette.

---

[131] In generale, sull'argomento v. E. APA, ***La*** *pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Roma, 2011.

[132] T.E.FROSINI, *Internet e democrazia* cit., a tal proposito, osserva che: "Quando si ruppero le incrostazioni stataliste del monopolio statale televisivo, consentendo che anche i privati fornissero informazione (e spettacolo) attraverso le reti televisive, e quindi si procedette a forme di liberalizzazione dell'etere, esplose il tema del cd. *video power*. E quindi, il timore che la televisione potesse diventare, in mano ai privati, uno strumento di potere in grado di orientare, ovvero manipolare, le scelte politiche della cittadinanza. Ci scrisse un saggio Giovanni Sartori, e fu uno dei primi. (…) Nella convinzione che la videopolitica — come argomentava Sartori — converte l'elezione in un evento altamente fortuito, dove il vincitore è il risultato di un *match* televisivo determinato prevalentemente dall'aspetto (la faccia che piace) e affidato a *flashes*, a messaggi persuasivi, di dieci secondi. Da qui, poi, l'esigenza di regolare la propaganda elettorale televisiva riducendola in modi e tempi dettati dalla *par condicio*. Non entro nel merito ma ribadisco le mie riserve sulla compressione del *free-market ideas*. Se ieri era il video potere, che rischiava di minare le fondamenta della democrazia, secondo un'opinione che all'epoca si era diffusa, oggi le stesse critiche e riserve vengono rivolte al cd. *Internet power*. Ecco perché ho parlato di corsi e ricorsi storici". Ed infatti, secondo B. MAZZOLAI, *La censura su piattaforme digitali private: il caso Casa Pound c. Facebook*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2020, 1, p. 109 ss., "si potrebbe valutare l'attività delle piattaforme digitali alla stregua dei tradizionali mezzi di comunicazione. Ciò permetterebbe di richiamare la consolidata disciplina della *par condicio* in ambito informativo già ben esplicitata dalla Corte Costituzionale in materia televisiva. Al fine di renderla efficace sarebbe poi necessario sviluppare una nuova regolamentazione dedicata specificatamente alle comunicazioni politiche online. Con la esigenza di garantire il pluralismo informativo nei periodi elettorali, i compiti di controllo e intervento potrebbero essere poi affidati alla competenza di una esclusiva autorità indipendente. Una soluzione questa che potrebbe rivelarsi comunque inadeguata rispetto al carattere transnazionale delle comunicazioni digitali e che forse richiederebbe un intervento di regolamentazione di livello almeno europeo".

[133] "La prima, *Google*, domina il proprio settore con una quota di mercato dell'88% nel *search advertising* (pubblicità su motori di ricerca); la seconda, *Facebook* (e le sue controllate: *Instagram*, *WhatsApp* e *Messenger*) possiede il 77% del traffico dei *social network* su dispositivi mobili e, infine, la terza, *Amazon*, ha una quota del 74% nel mercato dell'*e-book*. In termini economici classici, tutte e tre sono dei monopoli". I dati sono tratti da: T.E.FROSINI, *Internet e democrazia* cit.

ISSN 2036-7821

Invero, la forza del singolo, che si estrinseca anche nell'autonomia contrattuale di cui dispone nella relazione con i fornitori dei servizi digitali, è evidentemente insufficiente, vieppiù perché, come si è cercato più volte di rimarcare, i pregiudizi derivanti dalla sostanziale mercificazione dei dati personali non emergono in tutta la loro portata collocandosi nella prospettiva della *privacy* individuale, ma solo acquisendo consapevolezza del complessivo impatto sulla società[134]; ed infatti, "se da un punto di vista tecnico gli algoritmi sono strumenti per estrarre valore dai dati, passando dalla prospettiva sociale, tali tecnologie costituiscono processi decisionali automatizzati in grado di influenzare lo sviluppo sociale e, in particolare, i diritti degli individui"[135].

Sulla scorta di ciò, è stato condivisibilmente rilevato che: "l'approccio tradizionale in materia di analisi e gestione del rischio nel contesto della tutela dei dati personali (…) caratterizzato dall'attenzione rivolta prevalentemente alla dimensione individuale e, in particolare, alla tutela della riservatezza e delle informazioni inerenti al singolo interessato (…) se trovava la propria giustificazione nello scenario tecnologico esistente al momento dell'introduzione delle prime normative in materia di tutela dei dati personali, non sembra adattarsi, invece, alle esigenze derivanti dall'attuale contesto tecnologico e informatico, ove la presenza di innovazioni sempre più complesse costringe a riflettere sulla necessità di valutare i nuovi potenziali pregiudizi che possono derivare dall'uso dei dati"[136].

La progressiva acquisizione di tali consapevolezze ha indotto la dottrina a porre in dubbio l'efficacia della normativa europea, che, sebbene nel considerando n. 75 e nell'art. 35, faccia espresso riferimento alla necessità di tutelare diritti ulteriori rispetto a quello alla protezioni dei dati personali – quali la libertà di movimento, di pensiero, di coscienza e di religione o, ancora, la libertà da discriminazione – non individua strumenti sufficienti a fronteggiare i pregiudizi derivanti dallo sfruttamento dei dati[137].

---

[134] Secondo A. PENTLAND, *Prefazione*, in C. ACCOTO, *Il mondo dato. Cinque brevi lezioni di filosofia digitale*, Milano, 2017, p. 11: "Siamo sul punto di reinventare ciò che significa essere una società umana".

[135] G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy, protezione dei personali e big data* cit., p. 458.

[136] M.S. ESPOSITO, *Trattamento dei dati personali e rischi correlati, nel prisma dei diritti e delle libertà fondamentali*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2019, 4, p. 1071 ss.

[137] *Ibidem*. L'A. evidenzia come "Una maggiore e più operativa presa di coscienza di queste istanze è emersa, invece, sia nelle più risalenti indicazioni in materia dell'Article 29 Data Protection Working Party sia, in particolare, a livello di Consiglio d'Europa, laddove un ruolo di sicuro rilievo per una valutazione più ampia del concetto di rischio dev'essere senz'altro riconosciuto alle linee guida sui *big data* recentemente adottate. Invero, proprio tali linee guida — dopo aver posto in luce i nuovi e diversi profili di criticità sollevati dalle forme di trattamento basate sull'analisi di grandi quantità di dati — sollecitano una valutazione dei rischi che tenga altresì conto della dimensione collettiva dell'uso delle informazioni, nonché delle conseguenze che possono derivare sotto il profilo etico e sociale. Particolare rilevanza riveste, inoltre, l'accento posto sulla natura contestuale dei valori etici e sociali, rispetto alla quale le linee guida suggeriscono una valutazione di rischio incentrata non solo sui principi espressi dalle carte internazionali dei diritti e delle libertà fondamentali, ma anche sui valori diffusi all'interno delle singole comunità".

ISSN 2036-7821

Un panorama siffatto desta preoccupazioni che si acuiscono se solo si considera come tali dinamiche si sviluppino nella quasi totale inconsapevolezza dei soggetti che le alimentano cedendo i propri dati[138].

Invero, gli algoritmi sono affetti da un deficit di trasparenza[139] (cd. opacità degli algoritmi[140]) connaturato alla complessità che li connota, tale da rendere pressoché impossibile per l'interessato l'acquisizione di una piena consapevolezza, non solo del trattamento, ma soprattutto delle conseguenze, anche collettive, suscettibili di derivarne.

A ben guardare, il deficit informativo è acuito dallo squilibrio[141] intercorrente tra le parti del rapporto: da un lato, i giganti del Web (Facebook, Google, ecc.) e, dall'altro,

---

[138] F. FAINI, *Data society* cit., p. 394: "gli utenti cedono dati personali e li scambiano per ottenere vantaggi: non sono forzati, ma in libertà (non autentica) si fanno sorvegliare, ritenendo ragionevole il prezzo da pagare a fronte di ciò che viene offerto, inconsapevoli dei rischi e delle conseguenze potenziali".

[139] Il tema è ormai ampiamente discusso; si veda, ad esempio, T. CERQUITELLI, D. QUERCIA, F. PASQUALE, *Transparent Data Mining for Big and Small Data*, New York, 2017; F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret alghoritms that control money and information*, Cambridge-London, 2015; B. CUSTERS, T. CALDERS, B. SCHERMER, T. ZARSKY, *Discriminations and privacy in the information society*, Heidelberg, 2013.

[140] E. PELLECCHIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in Le nuove leggi civili commentate, 2018, 5, p. 423 individua molteplici accezioni di "opacità" degli algoritmi: "alla opacità intenzionale (giustificata in termini di segreto industriale e vantaggio concorrenziale) si affiancano una opacità tecnica (espressione dell'alta specializzazione necessaria per "decifrare" un algoritmo, operazione possibile solo per soggetti particolarmente esperti) e una opacità che discende dal processo di autoapprendimento e implementazione dell'algoritmo stesso (secondo logiche ignote anche ai suoi sviluppatori)". Sul punto, P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AII)*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2020, 1, p. 261 rileva che: "Il diritto amministrativo, voglio dire, ha scoperto con enorme anticipo rispetto alla *Data Science* il concetto di "*black box*", e col tempo ha elaborato argomenti, discipline normative e tecniche che l'hanno sempre più spinta a trasformarla in una "*glass box*" ", sicché "l'apporto delle scienze giuspubblicistiche alle evoluzioni della *data science* sul versante dell'intelligenza artificiale sembra più perspicuo di quanto possa esserlo quello delle discipline privatistiche, fisiologicamente meno attente al predecisionale, per lo più rimesso all'autonomia privata, e dunque di norma privo di rilevanza giuridica". Inoltre, "una delle missioni in cui sembra impegnata la *Data Science* è quella che va sotto il nome di *Explainable AI* (XAI), un approccio che lavora a rendere conoscibili, spiegabili e comprensibili le decisioni automatiche. E' veramente interessante notare come i *data scientists* descrivono i motivi per cui una *Explainable AI* sia necessaria, e quali siano i temi implicati dal loro lavoro al riguardo: si tratta, in breve, del medesimo materiale trattato per decadi dagli studi di diritto amministrativo in ordine ai principi connessi all'obbligo di motivazione, alla trasparenza, alla ragionevolezza, che hanno sviluppato sofisticatissime conoscenze e pratiche, che riguardano non solo i fondamenti, i moventi, i rischi involti in quegli ambiti, ma si sono spinti ad osservare, discutere, e regolare, la struttura di quegli oggetti, gli scheletri che li costituiscono, e che perciò possono essere manovrati in modo da indurre comportamenti, decisioni, atti, e revisioni dei medesimi. Questi domini sembrano proprio quelli su cui si appuntano gli sforzi rivolti alla XAI".

[141] Secondo V. CARIDI, *La tutela dei dati personali in Internet: la questione dei logs e dei cookies alla luce delle dinamiche economiche dei dati personali*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2001, p. 769: "si tratta di un mercato singolare, in cui ad una "domanda" consapevole e mirata si contrappone una "offerta" nella migliore delle ipotesi caratterizzata dall'inconsapevolezza di cedere un prodotto avente valore economico (…) ovvero, nelle ipotesi più gravi ed ancora purtroppo frequenti, caratterizzata dalla totale inconsapevolezza di cedere dati personali (…). Un mercato, dunque, falsato a cagione del fatto che la circolazione del prodotto avviene sulla base delle sole esigenze di una parte e non in base al suo fisiologico funzionamento che prevede, invece, il libero e cosciente confronto dei protagonisti della domanda e dell'offerta".

ISSN 2036-7821

l'utente, che sovente può accedere ai servizi digitali solo prestando il consenso al trattamento dei propri dati[142] e che, come dimostrato da recenti studi[143], usualmente non legge le informative e acconsente al trattamento con superficialità[144], soprattutto perché, data la complessità dei servizi cui si accede, le informative[145] presentano un

[142] A. STAZI, F. CORRADO, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2019, 2, p. 442 ss. sul punto osserva che: "la monetizzazione dei dati personali non avrebbe in sé nulla di disdicevole né di giuridicamente illecito, a condizione che il consenso in oggetto rappresenti una effettiva espressione dell'autodeterminazione informativa ".

[143] Sul punto, molto interessanti si rivelano i dati riportati da L. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio ex ante*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2020, 2, p. 303 ss.: "Di recente, uno studio (v. *Litman - Navarro, We read 150 privacy policies. They were an incomprehensible disaster*, (2019) The New York Times, https://www.nytimes.com) ha analizzato le informative *privacy* delle principali piattaforme di tecnologia e media del mondo, rilevandone la lunghezza e la complessità del testo; in particolare, è emerso che la maggioranza di queste informative ha un livello di difficoltà di lettura che implica un elevato grado di conoscenza, appannaggio di chi ha svolto studi universitari. A ciò si aggiunge che, secondo la più recente indagine di alfabetizzazione condotta dal *National Center for Education Statistics*, oltre la metà degli americani potrebbe avere difficoltà a comprendere testi così densi e lunghi; ciò implica che una parte significativa dell'economia di raccolta dei dati si basa sul consenso prestato a documenti complessi che molti americani non riescono a capire. Tale esigenza emerge con maggiore evidenza laddove i *software* ed i *device* — come spesso accade — raccolgono i dati anche per finalità ulteriori rispetto a quelle strettamente necessarie all'erogazione del servizio (es. *marketing*, miglioramento dei propri sistemi, raccolta di *big data* per analisi), richiedendo spesso dati non strettamente necessari, in contrasto col principio di minimizzazione sancito dal GDPR, sicché emerge l'esigenza di rendere consapevoli gli utenti di quali siano le finalità di quel trattamento e quali i dati effettivamente necessari per l'erogazione del servizio, nonché la destinazione di tutti i dati ulteriori che vengono raccolti".

[144] G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione* cit.

[145] In ordine all'importanza dell'informativa per l'acquisizione del consenso, si segnala il recente intervento ("Ordinanza ingiunzione nei confronti di Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano - 16 settembre 2021 [9703988]) con cui il Garante per la protezione dei dati personali, dopo aver chiarito l'incompletezza di un'informativa con un link di collegamento ipertestuale a pagine contenenti informazioni generiche, nonché la necessità di specificare i tempi di conservazione dei dati personali, ha statuito: "La necessità di assicurare la correttezza e la trasparenza del trattamento impone che l'interessato sia "informato della esistenza di una profilazione e delle conseguenze della stessa" (cons. 60 del Regolamento) e che, indipendentemente dagli specifici obblighi di trasparenza applicabili al processo decisionale automatizzato (artt. 13, par. 2, lett. f), e 14, par. 2, lett. g) del Regolamento), l'importanza d'informare gli interessati delle conseguenze del trattamento […] e il principio generale secondo cui questo trattamento non dovrebbe cogliere di sorpresa l'interessato si applicano parimenti alla profilazione in generale, non solo a quella descritta all'articolo 22". Sul punto, il Garante richiama l'importante pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. I, ord., 25 maggio 2021, n. 14381 (reperibile in https://www.altalex.com/documents/news/2021/06/07/sistemi-automatizzati-per-consenso-serve-trasparenza-algoritmo) che, confermando un precedente provvedimento del Garante, ha statuito: "in tema di trattamento dei dati personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato; ne segue che nel caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati". Per un commento alla sentenza v. F. PAOLUCCI, Consenso, intelligenza artificiale e privacy. Commento a: Corte di Cassazione, sez. I Civ. –

ISSN 2036-7821

livello di difficoltà talmente elevato da rendere il consenso informato una garanzia di dubbia efficacia[146]; come è stato detto, "un istituto nato per tutelare la dimensione personale è divenuto una finzione e, anzi, si è trasformato nel mezzo più efficace per penetrarla e per esporci quotidianamente alla profilazione di ogni nostra dimensione e attività"[147].

Peraltro, occorre forse chiedersi se attraverso il consenso informato, concepito come meccanismo di tutela individuale del diritto alla protezione dei dati personali e dei beni giuridici ad esso correlati, si possa acconsentire – anche in modo pienamente consapevole - a trattamenti di dati personali incidenti su diritti, come quello al pluralismo dell'informazione, la cui garanzia e il cui esercizio assumono rilevanza ultraindividuale condizionando sensibilmente il libero esplicarsi delle dinamiche democratiche.

In tal senso, è utile richiamare gli spunti già emersi in dottrina, che, oltre ad evidenziare la necessità di concepire il diritto alla protezione dei dati personali in ottica collettiva, e non più solo individuale[148], ha altresì richiamato l'attenzione sulla possibilità di distinguere le problematiche sottese all'elaborazione algoritmica dei nostri dati.

25/05/2021, n. 14381, in medialws.eu - 16 giugno 2021; G. SCORZA, *L'algoritmo deve essere trasparente, la Cassazione rilancia il GDPR*, in *Agenda Digitale*, 26 maggio 2021.

[146] L.GATT, R.MONTANARI, I.A.CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività di tutela dei dati personali*, in Pol. dir., 2017, 2, p. 363 ss.

[147] C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in BioLaw journal-Rivista di biodiritto, Special issue, 2019, 2, p. 719; *idem*, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in Diritto pubblico comparato ed europeo, Speciale/2019, p. 107 osserva altresì che: "Le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT: *Information and Communication Technology*) paiono costituire il terreno paradigmatico entro il quale il consenso informato mostra tutte le sue debolezze; debolezze che lo hanno condotto ad una trasformazione di senso, tanto da essersi convertito da strumento a tutela della riservatezza della persona a mezzo attraverso il quale quotidianamente esponiamo i nostri dati a chiunque ci fornisca un servizio attraverso internet. È dato evidente, ad esempio, come ognuno di noi accetti le condizioni contrattuali legate alle applicazioni per i cellulari o per i computer senza nemmeno considerare la lettura delle stesse. La categoria giuridica del consenso informato, insomma, è divenuta una mera finzione che, con il nostro consapevolmente disinformato accordo, ci espone quotidianamente ad essere profilati in ogni nostra dimensione e attività". A tal proposito S. BONAVITA (a cura di), *La profilazione e il micro-targeting* cit., p. 398 rileva che: "il linguaggio utilizzato dalle informative privacy è spesso standardizzato e generico al punto da rendere estremamente difficoltoso comprendere pienamente quali siano i dati raccolti, a quali processi siano sottoposti, quali siano le finalità e le conseguenze di tale trattamento. In tale contesto, infatti, sorgono due problemi: da un lato l'utilizzo di un linguaggio troppo tecnico renderebbe difficoltosa la comprensione da parte del pubblico; dall'altra parte però le informazioni fornite dalle piattaforme spesso non sarebbero comunque sufficienti a trasmettere una conoscenza significativa neanche se a leggerle fosse un esperto di diritto alla protezione dei dati personali".

[148] V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datification* cit.: "l'analisi deve trascendere la dimensione personale del dato, che, intercettato nella circolazione globale dei *Big Data Analitycs*, pone in evidenza la necessità di una dimensione collettiva della protezione degli stessi, che miri a tutelare i soggetti nella qualità di «aggregati, rispetto a potenziali forme discriminatorie o invasive di trattamento dei dati che colpiscono una data categoria di individui in quanto tale e, conseguentemente ed indirettamente, i singoli che vi appartengono»". Sul punto, v., altresì F. FAINI, *Data society* cit. p. 410 ss.

ISSN 2036-7821

Segnatamente, muovendo dall'analisi del fenomeno della *filter bubble*, si è osservato che "la distinzione tra una bolla a fini informativi e commerciali e una bolla a fini politici riveste una particolare importanza anche al fine di individuare le diverse problematiche che a ciascuna figura sono sottese. Mentre infatti la bolla a fini commerciali investe il problema della tutela dell'identità digitale e della *privacy* (…) la bolla a fini politici mostra la sua intrinseca pericolosità in quanto incide negativamente sulla formazione della coscienza collettiva e politica, rappresentando uno strumento di annientamento della democrazia e in generale della coscienza individuale"[149].

Ebbene, per quanto, in realtà, anche la profilazione per finalità commerciali finisca col produrre conseguenze ultraindividuali nella misura in cui concorre a delineare una società standardizzata e profondamente permeata dalle classificazioni algoritmiche, la consapevolezza che non si possa, e forse neppure sia del tutto auspicabile, tornare indietro, ma, al contempo, la necessità di salvaguardare i valori cardine di un ordinamento democratico, potrebbero indurre a rinvenire una soluzione di compromesso proprio nella diversa considerazione delle finalità sottese al trattamento dei dati.

In altri termini, se il consenso informato può forse ancora assurgere a strumento di autodeterminazione della propria sfera giuridica a fronte di trattamenti preordinati a finalità commerciali, si potrebbe probabilmente dubitare che ciò debba valere anche per quei trattamenti volti al condizionamento dell'informazione, soprattutto se di tipo politico, rispetto ai quali sarebbero auspicabili politiche pubbliche più restrittive.

In particolare, il valore della dignità[150], espressamente individuata dall'art. 41, comma 2 Cost. come limite allo svolgimento delle attività economiche e definita "inviolabile" dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[151], potrebbe costituire il parametro alla cui stregua vagliare i limiti alla capitalizzazione dei dati personali ed eventualmente ridimensionare la libertà individuale "in funzione della tutela di beni diversi da quelli che fanno capo in via esclusiva alla persona"[152], ancor

[149] M. BIANCA, La *filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in Medialaws. Rivista di Diritto dei Media, 2019, 2, p. 7.

[150] L'art. 2 del Codice della privacy, nel solco del previgente art. 1, comma 1 della L. n. 675/1996 espressamente richiama il concetto di dignità, laddove: "garantisce che il trattamento dei dati personali si svolge nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali". Sul valore della dignità quale limite all'utilizzo delle moderne tecnologie riflette M. VIGGIANO, *"Navigazione" in internet e acquisizione occulta dei dati personali*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2007, 2, p. 354 ss.

[151] G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 828 evidenzia come la norma imponga all'UE e agli Stati membri non solo un dovere negativo di astensione, ma anche un dovere positivo di azione, che "consiste tanto nell'apprestare le condizioni perché la dignità possa essere materialmente realizzata (…) quanto nell'evitare che questa subisca violazioni da parte dei poteri pubblici come da parte di altri soggetti privati".

[152] L. ANZANI, *Identità* cit., p. 211. L'A. chiarisce infatti che "la clausola della dignità non è collocabile nel catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali, perché ad essa sono estranee le categorie del 'consenso' e della

ISSN 2036-7821

più se si ritiene che la libertà sia uno degli attributi della dignità e non viceversa[153]. In altri termini, in un caso come quello in esame, in cui "la decisione di un individuo circa la possibilità di elaborare i propri dati ricade inevitabilmente su altri producendo degli effetti di rete"[154], il principio di dignità, in uno a quello solidaristico, imporrebbe di salvaguardare forzosamente un bene individuale correlato a beni rilevanti per la collettività[155].

Segnatamente, ai fini del discorso che si sta conducendo, a venire in considerazione sarebbe il valore costituzionale della dignità sociale[156], la cui garanzia sottende la "preoccupazione di evitare la produzione di effetti sull'intera collettività o su singole sue componenti"[157].

Proprio alla luce di quest'ultimo rilievo, parrebbe poco condivisibile quell'impostazione dottrinale che, incline ad ammettere la commercializzazione dei dati personali, dà atto dell'esigenza di tutelare il singolo in ottica collettiva e ricerca una posizione di sintesi proponendo di sottoporre a maggiori restrizioni la

---

'disponibilità': la garanzia costituzionale della dignità, infatti, è assoluta e non suscettibile di bilanciamento così da costituire un preciso limite per i diritti e le libertà fondamentali, anche in funzione della protezione del singolo".

[153] G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 833 prospetta una duplice opzione: se la dignità viene concepita come uno degli attributi della libertà (modello procedurale e soggettivo), non potrà essere opposta alla persona per limitare la sua libertà; se invece, è la libertà ad essere concepita come uno degli attributi della dignità (modello sostanziale ed oggettivo), il rispetto della dignità umana è idoneo a giustificare la limitazione della libertà.

[154] Così, A. STAZI, F. CORRADO, *Datificazione dei rapporti socio-economici* cit. Invero, "dovendosi considerare il tema della *privacy* come parte integrante della più generale dimensione della garanzia dei diritti civili e dell'organizzazione della democrazia, gli interessi in questione non sono riducibili alla sfera individuale" (in termini, S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa. Il nuovo codice della privacy*, in Eur. e dir. priv., 2004, 1, p. 5). Sul punto, risultano certamente condivisibili le considerazioni di F. FAINI, *Data society* cit., p. 410- 413., secondo cui "si configura la necessità di una protezione collettiva, capace di limitare anche il diritto individuale del singolo, proprio in relazione al fatto che i suoi atti dispositivi hanno effetto anche sugli altri consociati: ogni consenso al trattamento dei dati aumenta il dominio di pochi centri di potere sul governo dei dati e, in tal modo, reca un pregiudizio alla collettività". Pertanto, "si tratta di delineare una limitazione del potere individuale e la corrispettiva introduzione di uno strumento di negoziazione collettiva in merito al governo dei dati: muterebbe in tal modo l'esercizio delle prerogative connesse ai diritti, al fine di proteggere due beni di rilevanza collettiva, l'uguaglianza sostanziale nel godimento degli stessi, che inevitabilmente sfuma negli equilibri economici, informativi e di potere, e l'autodeterminazione informativa della collettività, che può arrivare a limitare posizioni giuridiche individuali, capaci altrimenti di creare effetti negativi anche su terzi e sulla comunità". L'A. soggiunge che: "sotto la lente della protezione dei dati personali, questo si traduce nell'interpretazione dei diritti coinvolti nel governo dei dati quali libertà collettive e nella deroga conseguente alla libertà negoziale del singolo, vietando per mezzo di norme imperative all'autonomia negoziale alcune operazioni anche se il consenso sussiste o imponendole anche se manca".

[155] A tal proposito, G.PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in Politica del diritto, 2003, 1, p. 46-47 evidenzia il rischio che la clausola di dignità, come tecnica di controllo dell'autonomia privata, sebbene volta a garantire l'identità e l'autodeterminazione della persona, si trasformi in uno "strumento di normalizzazione dei comportamenti e d'imposizione dei valori dominanti in un certo ambiente sociale".

[156] V. M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2007, p. 67 ss.

[157] G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., p. 841-842.

ISSN 2036-7821

negoziazione dei soli dati sensibili "soprattutto se trattati con modalità particolarmente impattanti sui diritti degli interessati, come il riconoscimento facciale". Invero, tale posizione - sebbene condivisibile laddove riconosce che "a ben vedere, la preoccupazione della "vendita" di dati personali non sarebbe diretta solo a tutelare una parte considerata debole (…) ma guarderebbe ad una platea più ampia tutelando non tanto il singolo ma lo stesso in un'ottica collettiva" - sembrerebbe però tradire l'intento perseguito – "evitare la commercializzazione della persona come parte della società"[158] – allorché omette di considerare che siffatto deprecabile esito può ben realizzarsi anche attraverso l'elaborazione di dati personali comuni, proprio perché a dover essere presa in considerazione non è l'intrusività del trattamento nella sfera individuale, bensì l'impatto sui singoli quali componenti di una collettività.

Alla stregua del quadro costituzionale, uno scenario siffatto può e deve essere scongiurato bilanciando le istanze del mercato, sorrette dallo sviluppo tecnologico e certamente non trascurabili, con i diritti fondamentali - ivi compreso il diritto alla protezione dei dati personali inteso come "libertà dal controllo tecnologico"[159] - cui l'art. 41, comma 2 Cost., laddove individua la "libertà", la "sicurezza" e l'"utilità sociale" quali limiti espressi alla libertà di iniziativa economica, sembra ascrivere rilevanza prevalente.

Invero, con precipuo riguardo alla "sicurezza" *ex* art. 41 comma 2 Cost., la dottrina, muovendo dalla necessità di prospettarne una lettura coerente con il principio personalista contenuto nella Carta, ne ha rinvenuto la *ratio* "nella tutela della possibilità di esercizio dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantite e nell'art. 3, comma 2, Cost. che impone alla Repubblica la rimozione degli ostacoli anche di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana"[160], sicché "la nozione di sicurezza che sembra emergere sulla base di tali riflessioni sembra (…)

[158] G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali* cit.: "A ben vedere, la preoccupazione della "vendita" di dati personali non sarebbe diretta solo a tutelare una parte considerata debole e riequilibrare la disparità di potere tra titolare e interessato ma guarderebbe ad una platea più ampia tutelando non tanto il singolo ma lo stesso in un'ottica collettiva: si esprime così l'esigenza di evitare la commercializzazione della persona come parte della società. A essere vista negativamente sarebbe l'eccessiva profilazione con il rischio di classificazione e discriminazione degli individui in un dato contesto sociale. Questo, oltre a esporre ad abusi derivanti dalla scorretta gestione di dati personali, potrebbe limitare lo sviluppo della persona attraverso il confinamento dello stesso entro profili predeterminati e ad un improprio condizionamento del modello di organizzazione politica, sociale, economica. Una sintesi tra le posizioni contrarie e quelle a favore della commercializzazione sarà quindi possibile nel considerare vietate, o quanto meno soggette a più stretto controllo, solo quelle forme di negoziazione dei dati personali che più pongono a rischio l'interessato nella dimensione collettiva. Sarà dunque nei confronti della negoziazione di dati quali quelli sensibili (soprattutto se trattati con modalità particolarmente impattanti sui diritti degli interessati, come il riconoscimento facciale) che si pongono maggior restrizioni (a partire dal consenso esplicito come unica base giuridica) e che, con riferimento alla possibilità di un loro utilizzo ulteriore e commerciale rispetto a quello necessario per la prestazione del servizio, saranno: o subordinati a un rigoroso scrutinio, come sembrerebbe desumersi dal Regolamento, o non negoziabili, secondo l'interpretazione che le Autorità in materia di protezione dei dati personali hanno dato al Regolamento".

[159] F. FAINI, *Data society* cit., p. 285.

[160] F. ROTA, *Sicurezza, ordine pubblico e polizie*, Napoli, 2012, p. 75.

ISSN 2036-7821

coincidere con quella che da tempo la dottrina chiama "sicurezza sociale" ", ovvero con "l'esigenza di sentirsi garantiti nell'esercizio dei diversi diritti"[161].
A ben guardare, anche le più recenti interpretazioni della clausola generale dell' "utilità sociale" si attagliano al problema di cui si sta discutendo; invero, se si condivide l'assunto per cui "l'utilità sociale appare lo strumento che consente una protezione dei diritti fondamentali in una fase per così dire collettiva della loro esistenza, quando cioè sono messi in pericolo non tanto in quanto riferiti a un singolo individuo, ma in un orizzonte più ampio (…)"[162], può senza dubbio concludersi che le coordinate costituzionali impongano di rimeditare i limiti di liceità di un modello economico che, alimentato dai più avanzati sviluppi tecnologici, è certamente in grado di vulnerare taluni diritti fondamentali.
D'altra parte, come è stato autorevolmente osservato, "la sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo è, prevalentemente, quella riferita alla tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell'individuo in un contesto sociale profondamente mutato dall'innovazione tecnologica"[163].
E tuttavia, per quanto i valori personalistici sottesi al nostro impianto costituzionale, certamente in grado di conformare il nuovo contesto economico e tecnologico[164], rappresentino un limite invalicabile all'incontrollata espansione dei modelli di mercato in esame, è innegabile che, date le dimensioni sovranazionali degli operatori economici, il livello statale sia del tutto insufficiente, dovendosi auspicare un

[161] *Ivi*, p. 77. Ne consegue che: "la sicurezza e le sicurezze sarebbero dunque, più che diritti dell'*individuo*, interessi obiettivi dello Stato (precondizioni per il godimento effettivo dei diritti e per la realizzazione del programma costituzionale) in quanto strumenti di crescita della *Persona*, il cui perseguimento richiede l'intervento fattivo e promozionale di tutte le componenti della Repubblica ed alla cui realizzazione devono contribuire, secondo le proprie competenze e nelle modalità opportune, pubblici poteri, centrali e non, e privati cittadini".

[162] L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm*., 2, 2014, p. 359-360.

[163] T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2020, 3, p. 465 ss. In merito al ruolo del diritto, P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017, p. 5 evidenzia che: "Per uscire dalla confusione e dalla relatività dei valori, occorre dunque che il diritto valuti ogni nuova realtà tecnologica e stabilisca quali dei suoi usi ed obiettivi vadano considerati antigiuridici alla luce, beninteso, del solo parametro dotato di plausibilità in un sistema liberaldemocratico, vale a dire la manutenzione dei diritti fondamentali". Con precipuo riguardo all'intelligenza artificiale, è interessante la "possibile convergenza tra il principio personalista della Costituzione italiana e l'orientamento "antropocentrico" dell'AI auspicata nelle strutture così dette etiche della *data science*", rilevata da P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science* cit., p. 289.

[164] Come osservato da C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale* cit., p. 711: "Nulla, al momento della scrittura della Costituzione repubblicana, poteva far intuire gli sviluppi scientifici e tecnologici che hanno portato all'intelligenza artificiale (…). Tuttavia, come peraltro già accaduto in tanti altri ambiti, la capacità adattiva dei principi contenuti nella Carta ne permette una efficace applicazione anche nei confronti di tale innovativo settore".

ISSN 2036-7821

intervento che sia, se non internazionale (come sarebbe preferibile), almeno di ordine europeo[165].

D'altra parte, proprio a livello europeo è ormai chiaro che: "Using AI-driven technologies broadly implicates the duty to respect human dignity, the foundation of all fundamental rights guaranteed by the Charter. Article 1 of the Charter states that human dignity is inviolable and that it must be respected and protected at all times. The CJEU has confirmed in its case law that the fundamental right to dignity is part of EU law"[166].

Ad ogni buon conto, la progressiva piena riaffermazione dei valori personalistici non può prescindere da una presa di coscienza collettiva dell'impatto che l'intelligenza artificiale può generare sui diritti fondamentali, nonché del contributo che ciascuno di noi, disseminando dati nel web, fornisce a quella che già anni fa venne definita "dittatura dell'algoritmo"[167].

Certamente, gli orientamenti espressi dalla dottrina civilistica, condivisi dall'AGCM e dalla giurisprudenza amministrativa, per quanto limitati alla tutela del consumatore (e non della persona), rappresentano un primo passo in tale direzione, mirando a far sì che il consumatore, attraverso la trasparenza delle clausole contrattuale, possa cogliere almeno il valore economico dei propri dati.

Si tratta, però, di una consapevolezza forse insufficiente, suscettibile di far comprendere le dinamiche economiche in atto, ma non quelle sociali: ci consente di seguire con più consapevolezza la rotta tracciata dai colossi della nuova economia digitale, ma certamente non è in grado di invertirla.

---

[165] Si deve richiamare, a tal proposito, la recente proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale approvata dalla Commissione UE *Proposal for a regulation of the european parliament and of the council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts* laddove si legge: "This proposal imposes some restrictions on the freedom to conduct business (Article 16) and the freedom of art and science (Article 13) to ensure compliance with overriding reasons of public interest such as health, safety, consumer protection and the protection of other fundamental rights ('responsible innovation') when high-risk AI technology is developed and used. Those restrictions are proportionate and limited to the minimum necessary to prevent and mitigate serious safety risks and likely infringements of fundamental rights" (in https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search).

[166] Agenzia europea per i diritti fondamentali, report *Artificial intelligence and fundamental rights* cit., p. 60.

[167] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 398.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il rischio di "attacchi" ai sistemi informatici tra fattispecie penalmente rilevanti, tutela dei dati ed esigenze di "buona amministrazione"

di Bianca Nicla Romano

(Dottore di ricerca, Università "Federico II" di Napoli)

Sommario

1. Premessa; 2. Digitalizzazione e *cybersecurity*; 3. L'identità digitale e la sua tutela giuridica; 4. Il preoccupante fenomeno del "furto di identità digitale"; 5. Lo *spear phishing* ed il *social engineering, vulnera* ai sistemi informatici; 6. Il *phishing* e la sua disciplina come fattispecie delittuosa; 7. La tutela delle identità virtuali nel Codice per la Protezione dei Dati Personali; 8. L'attività della Pubblica Amministrazione e le conseguenze degli attacchi informatici tra difficoltà di prevenzione e gestione; 9. Le prospettive di riforma della *cyber*sicurezza contenute nel PNRR; 10. I recentissimi interventi normativi in materia di sicurezza informatica a livello europeo e nazionale; a) Il Regolamento (UE) 2021/887 istitutivo del Centro Europeo di competenza per la cybersicurezza; b) La Legge 109/2021 istitutiva dell'Agenzia per la *cyber*sicurezza nazionale; 11. Considerazioni conclusive

Abstract

This essay examines the most frequent and best-known types of cyber-attacks and addresses the impact they have on the information systems of companies, private citizens and, of course, of the Public Administration, particularly in terms of the management and protection of both digital identity and personal data. This analysis shows that investments in information security and digital literacy are still inadequate and fragmentary, as well as the regulatory instruments: both those specifically related to individual criminal offences, and those related to the actions necessary to prevent and fight them, since they are not yet implemented in a joint and consolidated manner among States and the various institutional actors. Therefore, the reform perspectives embodied in the PNRR will be analyzed, together with the most recent regulatory acts at European and national level, namely Reg. (EU) 2021/887 and the Italian law 109/2021 which finally establishes the National Cybersecurity Agency in Italy.

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Quanto attualmente caratterizza la nostra società in termini di innovazione tecnologica e di progresso costituisce un risultato assolutamente impensabile in passato; si potrebbe dire che sia tutto accaduto nel giro degli ultimi due decenni in particolare, ma, in realtà, già dagli anni Trenta del secolo scorso costituiva una ambiziosa aspirazione l'idea di riuscire a riorganizzare la conoscenza in maniera da potere rendere più efficiente ed immediata la selezione delle informazioni. Col tempo, tale aspirazione ha portato a quello che oggi chiamiamo *digitalizzazione* e che è il risultato di un percorso in continua evoluzione, in cui strumenti come gli ipertesti, i *personal computer*, la rete digitale e, dunque, *Internet* hanno sempre più rapidamente preso il sopravvento nella vita quotidiana. Essi sono la testimonianza di un incredibile progresso tecnologico che ha semplificato ed agevolato la realtà in senso generalizzato (e quindi sia rispetto alla Pubblica Amministrazione che rispetto ai privati cittadini) e che, in un momento difficile e drammatico come quello che si è vissuto dagli inizi del 2020 e a causa della pandemia da Covid-19, hanno reso possibile continuare a vivere le proprie vite nonostante il distanziamento.

Volenti o nolenti, siamo tutti travolti da quello che *Internet*, ma anche i *social network*, rappresentano; essi hanno soppiantato completamente i *media* tradizionali come la stampa, la radio ed anche la stessa TV - che, pur essendo ancora largamente utilizzati, appaiono quasi "primitivi" al confronto - perché consentono l'indubbio ed accattivante vantaggio di interagire nonostante la distanza, trasformando l'utente da spettatore passivo a produttore lui stesso di informazioni che, grazie alla rete digitale, si diffondono con una estrema velocità. La realtà è stata modificata al punto da essere ormai prevalentemente caratterizzata da rapporti virtuali in luogo di quelli fisici, e il *cyber*spazio è divenuto il luogo in cui è possibile ritrovare tutto ciò che occorre nella vita quotidiana ed a cui si accede semplicemente grazie ad un *clic* su di un *link*, ovvero su un "collegamento", su una porta di accesso a mondi, informazioni e realtà che si riesce a conoscere, scrutare e scegliere di condividere pur senza viverli fisicamente.

Tali innovative opportunità hanno totalmente trasformato l'agire sociale, la trasmissione della conoscenza ed anche la produzione delle informazioni, conferendo al mercato una fisionomia assolutamente diversa rispetto al passato e che ha, inevitabilmente, influenzato anche il rapporto tra *producer* e *consumer*. La globalizzazione dei rapporti all'interno del mercato virtuale rende l'uomo un consumatore "digitale" che, grazie alla rete, vive ed interagisce nella società della connessione, in cui tutto è condiviso, in cui valgono le stesse forme di comunicazione e di linguaggio ed in cui è possibile utilizzare, per infinite funzioni, un unico mezzo, divenuto elemento essenziale della formazione culturale innanzitutto delle giovani generazioni, ma a cui si sono dovute adeguare (non solo per necessità) anche quelle meno giovani, "travolte" da questo cambio radicale di abitudini e di consumi che ha

ISSN 2036-7821

investito tutte le attività quotidiane, da quelle lavorative, a quelle di studio, a quelle di svago.

Ci si trova di fronte, insomma, ad una incredibile evoluzione culturale, più *smart* e, quindi, più rapida, che si è realizzata grazie alla trasposizione della vita reale e dei rapporti umani nella realtà della rete digitale, superando l'aspetto *statico* dell'informazione che ha caratterizzato il nostro passato. Oggi, il *cyber*nauta (ovvero il navigatore della rete) può svolgere a distanza qualunque tipo di attività solitamente svolta fisicamente, in qualità di lavoratore, di consumatore, di paziente sanitario e, nell'ultimo anno e mezzo, anche di studente; a prescindere dalla sua esperienza nella navigazione, questi ha imparato a servirsi dei mezzi informatici affiancando - ed in alcuni casi anche sostituendo - alla sua identità reale una identità digitale (facilmente modificabile) che gli consente di utilizzare ogni possibile servizio digitale, dalle videochiamate al VPN[1] per le aziende, dal BYOD[2] alle piattaforme di *networking*[3] e didattica a distanza. Tali servizi caratterizzano ormai anche il rapporto con la Pubblica Amministrazione, relativamente alla quale il processo di digitalizzazione si è consolidato a partire dal 2005, anno in cui il Legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento il Codice dell'Amministrazione digitale[4].

A fronte dell'esponenziale sviluppo delle tecnologie digitali e della continua globalizzazione delle reti di *computer* si registra, però, un aumento della criminalità informatica - ovvero della commissione di nuovi tipi di crimini/delitti informatici ma anche di crimini comuni realizzati grazie all'uso degli strumenti informatici[5] - che è,

[1] L'acronimo significa *Virtual Private Network* e rappresenta la rete virtuale privata nelle telecomunicazioni, instaurata come connessione tra soggetti che utilizzano, quale tecnologia di trasporto, un protocollo di trasmissione pubblico e condiviso - ad esempio i protocolli *Internet* - al fine di offrire alle aziende, ad un costo minore, le stesse possibilità offerte dalle linee private a noleggio, ma sfruttando reti condivise pubbliche.

[2] Acronimo che significa *Bring your own device*, ovvero "porta il tuo dispositivo". Il BYOD rappresenta una politica aziendale che consente di creare due ambienti diversi sullo stesso dispositivo, con dati aziendali e dati personali (chiamate, SMS, localizzazione GPS) rigorosamente separati. In pratica, esso permette di portare i propri dispositivi personali nel posto di lavoro e di usarli avendo, contemporaneamente, la possibilità di usufruire degli accessi privilegiati alle informazioni aziendali e alle loro applicazioni; è usato anche in ambito educativo per gli studenti che utilizzano i loro dispositivi. Oltre a BYOD, si usano anche le espressioni BYOPC - "*bring your own personal computer*" -, BYOT – "*bring your own technology*" -, BYOP – "*bring your own phone*" che, invece, significano "porta il tuo pc, porta la tua tecnologia e porta il tuo telefono" e che rispondono alla stessa politica aziendale.

[3] Le piattaforme di *networking* sono "luoghi" in cui, in rete, gruppi di persone più o meno grandi sono connessi fra loro e dialogano.

[4] Istituito grazie al D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 al fine di riunire ed organizzare le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese, il CAD ha subito, nel corso di questi sedici anni, varie modifiche ed integrazioni tutte accomunate dall'obiettivo della semplificazione, che rappresenta un traguardo che, purtroppo, non sembra ancora essere raggiunto dalla Pubblica Amministrazione del nostro Paese in cui, contrariamente agli ordinamenti di altri Paesi europei, si registra ancora un forte tasso di burocrazia e complessità che ostacola il conseguimento di risultati significativi in termini di sviluppo sostenibile e competitività del sistema Paese.

[5] Il tema degli attacchi informatici è molto indagato e studiato; *ex multis*, A. BONFANTI, *Attacchi cibernetici e* cyber war*: considerazioni di diritto internazionale*, in *Notizie di Politeia*, n. XXXIV vol. 132, 2018 pp. 118-127; R. BRIGHI,

ISSN 2036-7821

purtroppo, inversamente proporzionale alla conoscenza che di essa si abbia, dato l'ingiustificabile ed ancora troppo elevato tasso di analfabetismo digitale derivante da una conoscenza molto basilare ed elementare sia degli strumenti che delle insidie che la rete può nascondere, con ripercussioni e conseguenze che, ormai, non possono essere più sottovalutate. Infatti, l'estensione generalizzata a chiunque dell'utilizzo della tecnologia, conseguente alla pandemia da Covid-19, ha fatto notevolmente e repentinamente aumentare le categorie di *cyber*nauti - purtroppo spesso improvvisati ed assolutamente ignoranti di sistemi *hardware* e *software* oltre che di sicurezza informatica – e con esse sono aumentati anche i problemi di gestione dei sistemi stessi, che hanno mostrato lacune, falle e vulnerabilità. In pratica, alla pandemia virale si è venuta ad affiancare la cd. "pandemia informatica" che ha fatto vacillare gli equilibri - evidentemente precari - e le strategie di *cybersecurity* sui quali si fondava un sistema solo apparentemente consolidato.

Sono, dunque, aumentate le condotte criminose come il *malware*[6], con il *phishing* ed il *ransomware*[7] - per citare quelle più pericolose - ma anche lo *spam*[8] o le *fake news*[9], in cui si può incorrere navigando in rete: tali condotte rappresentano, tutte, tecniche utilizzate per riuscire ad intaccare la sfera della *privacy* e del diritto all'informazione, determinando la ben più grave conseguenza del furto dell'identità digitale.

Il saggio si sofferma proprio sui più frequenti e noti attacchi criminali informatici - che costituiscono fattispecie penalmente rilevanti - evidenziandone peculiarità e caratteristiche che danno vita a problematiche inerenti la gestione e la tutela tanto dell'identità digitale quanto dei dati personali immessi in rete, con ripercussioni sul tema della tutela della *privacy* e della stessa attività della Pubblica Amministrazione che è particolarmente esposta al rischio di tali attacchi, divenendone spesso vittima.

In realtà, non dovrebbe essere così, in quanto la digitalizzazione dovrebbe servire all'amministrazione a riuscire a svolgere la propria attività in maniera semplificata ed improntata al principio della "buona amministrazione"; ciononostante, invece, è frequente che gli stessi strumenti grazie ai quali essa dovrebbe conseguire tali

---

Cybercrimine *e anonimato in Rete. Riflessioni su sicurezza, efficacia investigativa e tutela delle libertà personali*, in *Sicurezza e Scienze Sociali*, n. 3, 2017; M. PALMIRANI, M. MARTONI, Big data, governance *dei dati e nuove vulnerabilità*, in *Notizie di Politeia*, n. 136, 2019, pp. 9 – 22.

[6] Il termine *malware* nasce dalla combinazione di due parole, *malicious*, ovvero dannoso, e *software* e con esso si fa riferimento a *software* destinati molto probabilmente ad attività fraudolente, quali, ad esempio, i *trojan horse*, i *ransomware*, i *virus*, i *worm* e i *malware* bancari su cui ci si soffermerà nelle pagine seguenti. La loro natura insidiosa sta innanzitutto nella difficoltà di riconoscerli a prima vista, aspetto, questo, che rende particolarmente difficile riuscire a contrastarli.

[7] Per la trattazione approfondita si rinvia al paragrafo 4.

[8] Lo *spam* è un messaggio pubblicitario non richiesto che viene inviato ad un numero molto elevato di utenti di *Internet* tramite posta elettronica.

[9] Le *fake news* sono le notizie false, o anche le *pseudo* notizie, che vengono diffuse attraverso i mezzi di informazione grazie ad articoli o pubblicazioni che contengono informazioni inventate, ingannevoli o distorte, divulgate al mero scopo di creare disinformazione o anche scandalo. Ovviamente sono fortemente favorite dall'utilizzo dei mezzi di comunicazione di massa, in particolare i *social media*.

ISSN 2036-7821

risultati diventino quelli che mettono in pericolo i suoi sistemi informatici e, dunque, i dati e l'attività che essa gestisce - come è accaduto assai di frequente anche ed in particolare nel periodo della recente pandemia.
Ci si soffermerà, dunque, sulle possibili cause di questi fenomeni, ed in particolare sulla scarsa alfabetizzazione digitale (diffusa non solo tra i singoli utenti individuali ma anche all'interno delle pubbliche amministrazioni, il cui personale non è preparato a sufficienza su questi temi) e sulla frammentarietà e poca incisività della normativa, a livello nazionale quanto europeo, che solo di recente sembra essersi finalmente orientata verso la realizzazione di una necessaria azione congiunta da parte di tutti gli attori politici, attraverso il Reg. (UE) 2021/887 istitutivo del Centro Europeo di competenza per la cybersicurezza e la Legge 109/2021 istitutiva dell'Agenzia per la *cyber*sicurezza nazionale in Italia.

2. *Digitalizzazione e* cybersecurity.

Specificamente nell'ambito dell'attività della Pubblica Amministrazione, l'applicazione delle ICT (*Information and Communication Technologies*) ha portato alla nascita dell' *e-government* (amministrazione digitale, appunto[10]) che ha assunto un rilievo particolare, in quanto ha consentito quella semplificazione, amministrativa e normativa, che, nelle intenzioni del Legislatore, deve condurre ad una maggiore efficienza attraverso lo sviluppo di modalità di azione ed organizzazione orientate al più efficace perseguimento di finalità di interesse pubblico: in pratica, riorganizzare le relazioni interne al sistema pubblico per migliorarne l'efficienza e, quindi, la capacità di risposta alle domande dei cittadini attraverso l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione[11].

[10] La letteratura in tema di amministrazione digitale è vastissima. Si tratta, infatti, di un tema che ha impegnato sin da subito la dottrina allo studio e all'indagine sull'impatto che le tecnologie informatiche avrebbero avuto in un settore così delicato, interrogandosi *in primis* su cosa abbia inteso il Legislatore del 2005 per "amministrazione digitale" e cosa lo abbia portato alla maturazione di un Codice *ad hoc*. Ovviamente, oggetto di indagine e di analisi sono stati sia il rapporto del CAD con le disposizioni in materia di accesso, di trasparenza, di *privacy*, sia la nascita, in capo ai cittadini ed alle imprese, nell'attuale società dell'informazione, di nuovi diritti, e cioè quelli all'uso delle tecnologie, i quali, «*configurati come pretese giuridicamente assistite, sono suscettibili di attivare un meccanismo virtuoso di "induzione" dell'innovazione amministrativa*». Cfr. E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'Amministrazione Digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Rimini, 2005; ma si veda anche F. FERRARI, *Il codice dell'amministrazione digitale e le norme dedicate al documento informatico,* in *Riv. Dir. Proc. Civ., 2007; ed ancora* E. CARLONI, *Amministrazione aperta e* governance *dell'Italia digitale*, in Giornale dir. amm., 2012, 11, 1041; Id., *L'amministrazione aperta, Regole e limiti dell'*open Government, Maggioli editore, Rimini, 2014; Id., *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica,* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 2; G. DUNI, *L'Amministrazione digitale*, Giuffrè, Milano, 2008; G. PESCE, *Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; *Rivista di diritto dei media,* 2/2018R. CAVALLO PERIN e D. U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale,* Giappichelli, Torino, 2020.

[11] Tale il contenuto della Comunicazione del 26 settembre 2003 della Commissione Europea che ha descritto l'*e-government* come il processo di informatizzazione della Pubblica Amministrazione che si realizza attraverso «*l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche*

ISSN 2036-7821

Questa è la ragione per la quale digitalizzazione e semplificazione sono stati gli obiettivi perseguiti dal Legislatore anche in altre disposizioni normative[12] successive all'introduzione del CAD, e per la quale, nel tempo, la nozione di *e-government* si è profondamente evoluta, al passo con il progresso delle ICT, che costituiscono un settore nel quale i cambiamenti sono costanti e molto rapidi e richiedono che anche il metodo tradizionale di elaborazione scientifica ed ermeneutica sia connotato da una certa elasticità, mobilità e flessibilità[13].

Nel 2016 la Commissione Europea ha adottato la Comunicazione COM(2016)/179[14] con la quale ha fissato i principi di base cui deve ispirarsi l'azione per l'*e-government* relativa al periodo 2016-2020[15], richiedendo, in particolare, che l'azione di implementazione delle nuove tecnologie nel settore dell'*a*gere amministrativo tenda e si ispiri ai valori della massima trasparenza, efficienza ed inclusività affinché vengano erogati «*servizi pubblici end-to end senza frontiere, il più possibile personalizzati ed intuitivi a tutti i cittadini e a tutte le imprese nell'UE*». Lo strumento necessario e funzionale alla realizzazione di questi obiettivi è stato rinvenuto nel principio del libero accesso ai dati ed ai servizi delle amministrazioni pubbliche, sia a livello nazionale che transfrontaliero, grazie al quale realizzare un effettivo coinvolgimento delle parti nel processo decisionale ed una maggiore responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni, in un'ottica di crescita e di competitività[16].

Gli indubbi vantaggi che il processo di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica ha determinato e può arrecare in prospettiva si scontrano, però, con le difficoltà applicative che una disciplina così articolata può incontrare nel contesto reale dell'attività istituzionale delle autorità pubbliche, connotato, purtroppo, da forti squilibri che sono la conseguenza inevitabile non solo di risorse insufficienti e, spesso, di grande arretratezza infrastrutturale e tecnologica, ma anche di complessità burocratiche. In pratica, la Pubblica Amministrazione non appare attrezzata, innanzitutto per l'incompetenza specifica dei funzionari; a tale aspetto si aggiunge il c.d. *digital divide*, ovvero il divario digitale che, nella popolazione, si registra fra coloro che conoscono ed utilizzano efficacemente gli strumenti informatici e coloro

organizzative ed all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici ed i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche».

[12] Basti pensare, ad esempio, al decreto legge n. 5/2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 35/2012, recante "Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo" fino ai più recenti decreto Semplificazioni, D.L. n. 76/2020, convertito nella L. 120/2020 e decreto Semplificazioni *bis*, ovvero il D.L. 31 maggio 2021, n. 77 convertito nella L. 29 luglio 2021, n. 108.

[13] E. CARLONI, *La semplificazione telematica e l'Agenda digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo* 7/2012, pp. 708-714.

[14] Del 19.4.2016.

[15] hiip://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-179-IT-F1-1.PDF.

[16] Cfr. F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione,* in *Rivista di diritto dei media* 2/2018, 2.

ISSN 2036-7821

che, invece, per varie ragioni, non se ne servono[17]. Tutto ciò crea un inevitabile rallentamento del nostro Paese rispetto ai tempi funzionali alle politiche di *e-government*, specie se lo si paragona ad altri Paesi UE che sono molto più evoluti da questo punto di vista.

In ragione di quanto evidenziato, l'azione di promozione della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione può porre rilevanti problemi in termini di sicurezza dei dati da essa raccolti, gestiti e custoditi e che possono facilmente essere esposti al rischio di attacchi informatici perpetrati in rete.

Si è resa, dunque, necessaria la nascita di una vera e propria disciplina deputata alla prevenzione ed alla cura delle patologie che il *web* contrae, e cioè delle minacce informatiche, che rappresentano «*qualsiasi circostanza, evento o azione che potrebbe danneggiare, perturbare o avere un impatto negativo di altro tipo sulla rete e sui sistemi informativi, sugli utenti di tali sistemi e altre persone*»[18]: tale disciplina è la *cybersecurity* (sicurezza informatica) che, invece, rappresenta «*l'insieme delle attività necessarie per proteggere la rete e i sistemi informativi, gli utenti di tali sistemi e altre persone interessate dalle minacce informatiche*»[19].

Quando si parla di *cybersecurity* si fa riferimento al termine che, col tempo, si è venuto a sostituire a quelli più tecnici di *computer security* ed *information security*: inizialmente, la sicurezza era orientata a garantire il funzionamento delle reti pubbliche di comunicazione (a partire, in particolare, dalla Direttiva 90/387/CE sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni); successivamente, però, si è giunti ad una nuova visione, incentrata sulla protezione dei dati e delle informazioni nella strategia europea del *Digital Single Market*, all'interno della quale la sicurezza dell'informazione è divenuta un pilastro per creare un clima di fiducia nell'ambiente digitale. Attualmente, dunque, con tale termine si fa riferimento proprio alla capacità di difendere e proteggere il *cyber*spazio dalla minaccia cibernetica, all'interno di un perimetro che non è solo relativo ad una dimensione spaziale di sicurezza nazionale e sovranazionale, ma che fa riferimento anche a nuovi valori, che esistono perché esiste la rete e che sono fatti di dati,

[17] Su questo aspetto rilevano particolarmente sia il dato anagrafico della popolazione italiana - che, per oltre il 50%, è rappresentata da persone che si sono formate in un'epoca in cui l'accesso alla tecnologia non era diffuso quanto lo è oggi – sia l'evidenza che i programmi di studio ministeriali delle scuole dell'obbligo ancora oggi prevedono una formazione sulle materie informatiche assolutamente inadeguata rispetto al progresso nel settore delle ICT registrato nell'ultimo ventennio. Cfr. F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione,* cit.

[18] Art. 2, punto 8) del già citato Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 aprile 2019 relativo all'ENISA, l'Agenzia europea per la *cyber*sicurezza e alla certificazione della *cyber*sicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 («regolamento sulla cybersicurezza»).

[19] Art. 2, punto 1) del citato Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo all'ENISA.

ISSN 2036-7821

informazioni, diritti costituzionalmente protetti, che anche la pandemia da Covid-19 ha messo seriamente a rischio[20].

La *cybersecurity*, insomma, è necessaria proprio per l'acquisita consapevolezza che la tutela da minacce informatiche ormai involge strettamente il funzionamento di istituzioni e comunità e determina l'esigenza di affrontare la questione attraverso un quadro legislativo più articolato e complesso, nazionale quanto europeo, al fine di fornire ai clienti/cittadini protezione e tutela adeguate, uniformi e affidabili.

Per proteggere i sistemi, infatti, non basta che le Pubbliche Amministrazioni (o anche le imprese) sappiano individuare gli attacchi di cd. *spear phishing* (ovvero di *phishing* mirato); è necessario anche che esse siano dotate degli strumenti che consentano di prevenirli, proteggendo in maniera adeguata i propri sistemi attraverso politiche puntuali che diano vita ad azioni mirate.

Ma è, altresì, necessario che sia superato il generalizzato analfabetismo digitale, partendo innanzitutto dagli utenti individuali, che sono quelli che immettono in rete il maggior numero di dati, spesso in maniera inconsapevole, ed ai quali è, pertanto, necessario garantire una maggiore sicurezza, attraverso, *in primis*, una adeguata informazione, sia sui rischi che sugli strumenti di tutela, partendo innanzitutto dalla identità digitale di ciascuno, strumento al tempo stesso sensibile ed essenziale per accedere al mondo virtuale, ma di cui si ignora troppo facilmente l'importanza e che, pertanto, viene sottovalutato.

3. L'identità digitale e la sua tutela giuridica.

Il primo passaggio da compiere è, dunque, chiarire cosa sia l'identità digitale.

Ciascun individuo possiede una propria identità che lo connota all'interno della società, distinguendolo dagli altri consociati[21]; essa altro non è che il complesso delle risultanze anagrafiche che, a sua volta, rappresenta il risultato di un processo di

[20] Si ritiene, insomma, che a fronte di quanto evidenziato, il contenuto della *cybersecurity* si sia talmente dilatato ed evoluto da potere essere essa considerata un "bene pubblico" Cfr., al riguardo, R. BRIGHI e P. G. CHIARA, *La* cybersecurity *come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell'Unione Europea,* in federalismi.it, n. 21/2021, pp. 25 e ss.

[21] Questa è la definizione che la Suprema Corte di Cassazione ha dato delle identità nella sentenza n. 978 del 1996, individuandola come «*il complesso delle risultanze anagrafiche, che servono ad identificare il soggetto nei suoi rapporti con i poteri pubblici ed a distinguerlo dagli altri consociati*». In realtà, l'attività giurisprudenziale sul diritto all'identità personale era stata molto intensa già a partire dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso, quando, per la prima volta, con la sent. Pret. Roma 6.5.74, *GI*, I, 2, 514, essa viene riconosciuta come nuovo diritto. Circa dieci anni dopo, la Suprema Corte di Cassazione ha confermato tale riconoscimento con la sentenza del cd. caso Veronesi (sent. n. 3769 del 22.6.1985, *FI*, 1985, I, 2211) ed il tema è stato oggetto non solo di altre sentenze della stessa Corte di Cassazione, ma anche della Corte Costituzionale (ad es. sent. n. 13/1994, *GiurCost.* ,1994, 95; ma anche n. 297/1996, *GiurCost*, 1996, 2475). Esso nasce come promanazione del diritto all'immagine e si concretizza, sostanzialmente, nell'interesse di ciascun individuo a «*non vedere travisato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, professionale, a causa dell'attribuzione di idee opinioni o comportamenti differenti da quelli che l'interessato ritenga propri e abbia manifestato nella vita di relazione*», cfr. G. PINO, *L'identità personale,* in AA.VV., *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, vol. II, Utet, Torino, 2005, pp. 367- 394.

ISSN 2036-7821

identificazione plasmato dal contesto sociale in cui si sviluppa, dal diritto che la governa e dalle esperienze e convinzioni personali. Per tali motivazioni, l'identità personale rientra tra i beni giuridici tutelati dall'ordinamento che, attraverso tale tutela, protegge l'interesse del soggetto ad essere rappresentato nel contesto sociale in cui vive ed in cui esprime la sua personalità, in modo da potere mantenere il proprio onore, il decoro, la reputazione, l'immagine e, al contempo, avere riconosciuto un generale diritto di controllare la propria rappresentazione all'interno della società.

L'avvento delle nuove tecnologie e il progressivo e massiccio affermarsi della digitalizzazione hanno reso necessaria la nascita, al fianco dell'identità personale, dell'identità digitale che, invece, costituisce «*la rappresentazione informatica della corrispondenza biunivoca tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale*[22]» secondo le modalità previste dal Legislatore: in pratica, essa è un insieme di dati che vengono raccolti, memorizzati e condivisi digitalmente all'interno di un ecosistema di attori e che consentono di identificare univocamente una persona, un'azienda o un oggetto che, grazie alla propria identità, possono accedere ai servizi digitali.

Come previsto dall'art. 9 della "Dichiarazione dei diritti in *Internet*", l'identità digitale è il diritto ad avere una rappresentazione integrale e aggiornata delle proprie identità in rete, da definire e costruire liberamente sulla base dei dati che si sceglie di fornire e che sono, poi, quelli strettamente necessari ad adempiere agli obblighi previsti dalla legge, per la fornitura di beni e servizi e per l'accesso alle piattaforme che operano in *Internet*[23].

Il documento in questione è stato elaborato, nel 2015[24], dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad *Internet* proprio a questo fine, ovvero per conferire un

---

[22] Tale è la definizione che ne ha dato, all'art. 1, comma 1, lett. o), il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 24 ottobre 2014, meglio noto come decreto SPID, recante "Definizione delle caratteristiche del sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini e imprese (SPID), nonché dei tempi e delle modalità di adozione del sistema SPID da parte delle pubbliche amministrazioni e delle imprese". Come si chiarirà meglio in seguito, lo SPID (Sistema Pubblico di Identità Digitale) è uno strumento di notevole semplificazione burocratica attraverso cui le pubbliche amministrazioni possono fornire l'accesso ai propri servizi; di esso, però, non sembra essersi ancora dotata tutta la popolazione, nonostante ne sia stata prevista l'obbligatorietà a partire dal 28 febbraio 2021. Cfr. A. F. SPAGNUOLO, E. SORRENTINO, *Alcune riflessioni in materia di trasformazione digitale come misura di semplificazione*, su *Federalismi.it*, n. 8/2021, pp. 274 – 287.

[23] Tale norma è intitolata "Diritto all'identità" e recita: «1. *Ogni persona ha diritto alla rappresentazione integrale e aggiornata delle proprie identità in Rete. 2. La definizione dell'identità riguarda la libera costruzione della personalità e non può essere sottratta all'intervento e alla conoscenza dell'interessato. 3. L'uso di algoritmi e di tecniche probabilistiche deve essere portato a conoscenza delle persone interessate, che in ogni caso possono opporsi alla costruzione e alla diffusione di profili che le riguardano. 4. Ogni persona ha diritto di fornire solo i dati strettamente necessari per l'adempimento di obblighi previsti dalla legge, per la fornitura di beni e servizi, per l'accesso alle piattaforme che operano in Internet. 5. L'attribuzione e la gestione dell'Identità digitale da parte delle Istituzioni Pubbliche devono essere accompagnate da adeguate garanzie, in particolare in termini di sicurezza*».

[24] Esattamente il 14 luglio 2015.

ISSN 2036-7821

fondamento costituzionale a principi e diritti maturati in uno spazio - quello di *Internet*, appunto - all'interno del quale andavano strutturati i rapporti tra le persone e tra queste e le istituzioni, sia dal punto di vista pubblico che da quello privato[25]. In tale spazio la suddetta Dichiarazione ha voluto che fossero riconosciute la libertà, l'uguaglianza, la dignità e la diversità di ogni persona, al fine di garantire il funzionamento democratico delle istituzioni e di consentire che *Internet* rappresenti il luogo in cui le persone e i gruppi possano autorganizzarsi ed in cui siano promosse l'eguaglianza sostanziale e la partecipazione individuale e collettiva ai processi democratici[26]. Pertanto, essa riconosce e disciplina innanzitutto il diritto di accesso a tale spazio - da intendersi, ovviamente, come accesso sostanziale e non come mera possibilità di collegamento alla rete - che deve essere garantito «*in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale*»[27] e, soprattutto, in modo che i propri dati trasmessi e ricevuti in *Internet* siano tutelati e non subiscano discriminazioni o restrizioni di alcun tipo[28].
La Dichiarazione, inoltre, consente che gli utenti possiedano molteplici identità digitali ed anche che mantengano l'anonimato nella rete.
Alla libera scelta dell'utente di fornire e gestire i propri dati corrisponde, poi, l'attività delle istituzioni pubbliche che, nel momento in cui attribuiscono l'identità digitale, devono adeguatamente garantirla e tutelarla, soprattutto in termini di sicurezza rispetto ai pericoli derivanti dall'aumento dell'utilizzo di *Internet* e dall'evoluzione degli strumenti tecnologici che consentono la diffusione e la condivisione dei dati personali *on line*.
Insomma, dal punto di vista giuridico, sono stati predisposti gli strumenti che consentono di esercitare liberamente il proprio diritto a possedere un'identità digitale quale mezzo di interazione umana e di sviluppo della personalità nel contesto messo a disposizione dalla rete. Tale identità appare necessaria fino al punto da risultare equivalente a quella personale, perché grazie ad essa «*il "patrimonio umano digitale" si fraziona in chiave d'accesso ad un patrimonio materiale (bancomat, carte di credito, ecc.), strumenti per un guadagno commerciale (il valore economico dei dati personali in sé), domicilio virtuale, estrinsecazione della proprietà intellettuale e strumento per i rapporti sociali* (on line)*: una proiezione complessa, economicamente più appetibile e più facilmente riproducibile dell'identità personale*[29]».

[25] Si tratta di un documento che consta di quattordici articoli.
[26] Dal *Preambolo* alla Dichiarazione dei diritti in Internet.
[27] Art. 2 commi 2 e 3.
[28] Artt. 4, 5 e 6.
[29] G. MALGIERI, *Il furto di "identità digitale": Una tutela "patrimoniale" della personalità,* in Atti del convegno "Giustizia penale nella rete", Diplap e Università di Perugia del 19.11.2014.

ISSN 2036-7821

Nel nostro ordinamento la disciplina sull'identità virtuale è contenuta nel Codice dell'Amministrazione Digitale[30] che, dal 2005 ad oggi, ha subito modifiche finalizzate a renderlo sempre più uno strumento di consolidamento del processo di digitalizzazione che ha investito la Pubblica Amministrazione, (oltre che la società in genere)[31]. Le più recenti tra queste, e cioè quelle contenute nel cd. Decreto Semplificazioni del 2020[32], hanno ulteriormente inciso sulla disciplina in esso contenuta, introducendo misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell'amministrazione digitale[33], perfezionando e semplificando proprio l'istituto dell'identità digitale, oltre che quello del domicilio digitale e dell'accesso ai servizi digitali[34].

Tale ultimo intervento normativo ha confermato la consapevolezza, da parte del Legislatore, della necessità - ormai fortemente avvertita - che l'identità digitale sia "autentica[35]", ovvero che sia strettamente legata a quella reale, diversamente da

[30] Specificamente all'art. 3 *bis* che prevede «*Chiunque ha il diritto di accedere ai servizi* on-line *offerti dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettere a) e b), tramite la propria identità digitale*».

[31] Si fa riferimento, specificamente, alle integrazioni contenute nel D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 che, all'art. 13, ha disciplinato l'accesso per via telematica ai documenti; ma anche alle modifiche contenute nella L. 17 dicembre 2012, n. 221 (conversione, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese) che, tra le misure urgenti di crescita del Paese, annoverava l'Agenda e l'identità digitale, i dati di tipo aperto, l'Agenda digitale per l'istruzione, la sanità digitale, ma puntava anche all'azzeramento del divario digitale ed al maggiore utilizzo della moneta elettronica. Successivamente a tale legge ci sono stati il D. Lgs. 22 agosto 2016 n. 179 (emanato in attuazione della legge delega n. 124/2015 di riforma della P.A. e finalizzato a definire un quadro normativo idoneo ad abilitare e supportare le azioni di attuazione dell'agenda digitale) e il D. Lgs. 13 dicembre 2017 n. 217 (finalizzato, invece, alla promozione della cittadinanza digitale – cfr. al riguardo, M. CAPORALE, *Dalle* smart cities *alla cittadinanza digitale*, su federalismi.it, 2/2020, pp. 30-47). *Ex multis*, G. CASSANO, C. GIURDANELLA (a cura di), *Il codice della Pubblica Amministrazione Digitale Commentario al D.lgs. n. 82 del 7 marzo 2005*, Milano, Giuffrè Editore, 2008; C. GIURDANELLA, *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale (CAD)*, in *diritto.it.* 2017.

[32] D.L. 76/2020, conv. in L. 120/2020.

[33] Segnatamente, il Decreto Semplificazioni ha dedicato il suo Titolo III alle "Misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell'amministrazione digitale" e, in particolare, si vedano gli artt. da 24 a 32.

[34] In ragione di tali ultime modifiche, dalla data del 28 febbraio 2021 le uniche credenziali tramite le quali si può accedere ai servizi digitali della Pubblica Amministrazione sono l'identità digitale SPID (Sistema Pubblico di Identità Digitale) e la Carta d'identità elettronica italiana (CIE). Si tratta di due strumenti digitali con il valore di un qualsiasi documento d'identità che saranno utilizzati nello svolgimento di pratiche amministrative *on line*, e che consentiranno anche transazioni elettroniche, con procedure semplificate e, soprattutto, sicure. Saranno utilizzati da tutte le amministrazioni - dallo Stato agli enti territoriali e locali, agli enti pubblici in genere - e renderanno possibile eliminare completamente le molteplici varie credenziali che, ancora oggi, sono necessarie per accedere ai servizi pubblici digitali, con un duplice vantaggio, uno per i cittadini ed uno per la Pubblica Amministrazione. I primi, infatti, non dovranno più ricorrere a credenziali diverse a seconda del servizio che vogliono usare; le seconde, invece, non dovranno farsi carico di gestire sistemi di rilascio e gestione delle credenziali di accesso dei propri utenti, con un evidente risparmio di risorse e di tempo. A partire da tale data, in pratica, sussisterà un unico sistema di identificazione digitale dei cittadini, grazie al quale produrre autocertificazioni, utilizzare applicazioni, effettuare pagamenti e ricevere notifiche digitali da varie agenzie pubbliche.

[35] L'identità digitale "autentica" è quella che è stata sottoposta ad un processo, appunto, di autenticazione, grazie al quale provare e garantire che essa corrisponda a chi ne attesta l'attribuzione a sé. L'autenticazione può realizzarsi attraverso "un solo fattore" - ovvero facendo ricorso ad una *username* e ad una *password* – ed attraverso

ISSN 2036-7821

quanto accadeva in passato, quando, cioè, una stessa persona poteva tanto dotarsi di un'identità digitale anonima, quanto averne molteplici.
Oggi, invece, anche rispetto all'identità digitale prevale il requisito della trasparenza e, pur costituendo, questa, lo strumento di accesso ad un mondo - quello virtuale - in cui non si deve necessariamente essere visibili, è, tuttavia, importante che le due forme di identità coincidano, al fine di garantire una migliore sicurezza sul *web* e di apprestare una maggiore difesa contro gli attacchi informatici finalizzati a violare la *privacy* e la libertà.
Oltre che essere presente nel CAD, il concetto di "identità digitale" è stato introdotto anche nel codice penale – mediante il D.L. n. 93/2014[36] - e precisamente al comma terzo dell'art. 640-*ter*, attraverso il quale è punita la fattispecie criminosa della frode informatica con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 51 euro a 1.032 euro.
Con tale norma il Legislatore ha, per la prima volta, riconosciuto che costituisca reato il procurare «*a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, mediante alterazione in qualsiasi modo del funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervento senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti*». Se, poi, il fatto viene commesso mediante il furto o l'indebito utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti, è previsto un aumento di pena[37].
Una disposizione, quella in questione, che si è resa necessaria per tutelare l'identità digitale dai notevoli e maggiori rischi cui è esposta e che derivano proprio dal fatto che essa nasce e si muove all'interno dello spazio virtuale, in cui è molto più semplice accedere a dati ed informazioni che si trovano in rete grazie all'evoluzione degli strumenti tecnologici che ne consentono la diffusione e la condivisione, e che spesso non sono protetti adeguatamente. Diventa, allora, più semplice il fenomeno del c.d. "*identity theft*" - ovvero del furto di identità digitale - favorito sia dalla possibilità di creare agevolmente degli *account* falsi da parte di soggetti terzi, sia dalle erronee modalità di custodia delle credenziali da parte degli utenti che, a causa della scarsa preparazione e conoscenza degli strumenti che hanno a disposizione, possono cadere vittime di azioni specificamente finalizzate al furto di tali credenziali oppure dirette ad ottenere informazioni e dati di natura personale da utilizzare per l'accesso a sistemi informatici sostituendosi alla vittima.

4. *Il preoccupante fenomeno del "furto di identità digitale".*

"più fattori" – ovvero avvalendosi di una chiave fisica di sicurezza, una tessera magnetica o una *smart card* legata ad una *password*, a cui possono aggiungersi anche informazioni biometriche come l'iride o l'impronta digitale o vocale, ad esempio.

[36] Convertito con modificazioni dalla L. 15 ottobre 2013 n. 119.

[37] Infatti, la reclusione aumenta da due a sei anni e la multa può variare da 600 euro a 3000 euro.

ISSN 2036-7821

Dunque, il mondo virtuale favorisce delle grandi opportunità ma determina anche dei seri problemi: in contrapposizione ai vantaggi ed alla semplicità di accesso ad esso consentita ai *cyber*nauti esistono insidie che vanno necessariamente conosciute per potere essere evitate o superate.

Una di queste è il furto d'identità digitale[38] (c.d. "*Identity Theft*") che rappresenta un preoccupante fenomeno in continua espansione proprio perché correlato all'uso ormai generalizzato di *Internet*[39].

Pur non trattandosi "materialmente" di una sostituzione di persona, tale fattispecie è stata equiparata, nel nostro ordinamento, al reato disciplinato dall'art. 494 c.p.[40] (appunto quello relativo alla sostituzione di persona), norma che, in realtà, era stata introdotta per punire condotte operanti nel mondo analogico e secondo modalità e stratagemmi ben lontani da quelli che il mondo digitale ha reso, poi, possibili. Infatti, nelle iniziali intenzioni del Legislatore, essa faceva riferimento alla commissione di azioni relative alla "falsità personale" e alla "fede pubblica" quale bene giuridico tutelato dalla norma e identificato nella «*fiducia che la società impone negli oggetti, segni e forme esteriori ai quali l'ordinamento attribuisce un valore importante*»[41].

La dimensione digitale della nostra epoca ha, però, implicato una necessaria evoluzione non solo della tipizzazione di questo reato, ma anche del bene giuridico da proteggere e, dunque, il reato di furto di identità digitale (anch'esso a tutela della fede pubblica, plurioffensivo, a forma vincolata e fondato su un'attività ingannatoria) si configura come furto realizzato tramite, ad esempio, i c.d. "*fake*" dei *social network*, il *phishing* o le innumerevoli altre falsificazioni di identità realizzate per condotte abusive; mentre il bene giuridico da proteggere ad esso relativo è, appunto, l'identità digitale.

Specificamente, la sua "plurioffensività" deriva dal fatto che esso lede contemporaneamente più interessi protetti *ex lege*, sia di natura pubblica – e, dunque, appartenenti alla collettività – che di natura privata – e, cioè, destinati ad incidere e a produrre effetti nella sfera giuridica del singolo individuo. Mentre il suo essere "a forma vincolata" richiede che esso sia commesso soltanto in una delle modalità

[38] Interessanti sono, al riguardo, gli scritti di B. PANATTONI, *Compliance, Cybersecurity e sicurezza dei dati personali*, Wolters Kluwer, 2020; A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di Diritto penale* – Cybercrime, Wolters Kluwer, 2019; F. DI TANO, R. BRIGHI, *Identità, anonimato e condotte antisociali in rete. Riflessioni informatico-giuridiche,* in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, fasc. 1, pp. 183-204; C. CRESCIOLI, *La tutela dell'identità digitale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/18; C. PECORELLA, *Reati informatici*, in *Enc. Dir.* X 2017, p. 722; F. CORONA, *La nascita dell'identità digitale e conseguenze*, in AA VV, Stalking, *atti persecutori,* cyber*bullismo e tutela dell'oblio,* IPSOA, 2017.

[39] C. CAVACEPPI, F. S. CAVACEPPI, D. CAVALLARO, R. COLETTI, A. CONTALDO, A. CORTESE, *La responsabilità nei nuovi reati informatici – Mezzi di ricerca e acquisizione della prova*, Maggioli Editore, 2020.

[40] Tale norma recita «*Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome o un falso stato ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici, è punito se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica con la reclusione fino ad un anno*».

[41] Lavori Preparatori al codice penale, II, m. 490, 242.

ISSN 2036-7821

espressamente previste ai sensi di legge (vale a dire nei casi in cui un soggetto sostituisca illegittimamente la propria all'altrui persona, oppure attribuisca a sé o ad altri un falso nome, un falso stato o una qualità da cui possano derivare effetti giuridici) e che non sia configurabile in forma omissiva.

Sotto il profilo soggettivo si realizza una condotta - perseguibile d'ufficio - con dolo specifico, in quanto l'autore agisce con la coscienza e la volontà di compiere il fatto e con la finalità ulteriore di arrecare un danno alla vittima o un vantaggio a se stesso[42] - di natura tanto patrimoniale quanto non patrimoniale[43] - non rilevando che il vantaggio sia effettivamente ottenuto o il danno realmente arrecato, ma essendo sufficienti la volontà di perseguire tale fine e l'inganno della fede pubblica. Infatti, la Suprema Corte di Cassazione ha sostenuto che, rispetto a tale reato, sia giuridicamente configurabile anche la forma del tentativo: da ciò deriva che il reato non è perseguibile solo se sia stato consumato e si sia verificata l'induzione in errore del soggetto passivo, ma anche se l'agente si sia limitato ad usare uno dei mezzi fraudolenti previsti *ex* art. 494 c.p., ma non sia, tuttavia, riuscito ad indurre in errore taluno[44].

La Suprema Corte si è più volte pronunciata sulle attività di falsificazione virtuali, concludendo che «*la condotta di colui che crea ed utilizza un* account *di posta elettronica, attribuendosi falsamente le generalità di un diverso soggetto, inducendo in errore gli utenti della rete con lo scopo di arrecare un danno al soggetto le cui generalità siano state abusivamente spese, integra il reato di cui all'art. 494 c.p.*»[45]. In buona sostanza, essa ha affermato che la condotta del soggetto che crea ed utilizza *account* o caselle di posta elettronica servendosi di dati anagrafici di un terzo soggetto che non ne è consapevole può indurre in errore non solo il fornitore del servizio, ma l'intera generalità degli utenti, ignari del fatto di stare interagendo con una persona diversa da quella che credono sia realmente. In tal modo si integra la fattispecie prevista dall'art. 494 c.p.[46], perché ai delitti contro la fede pubblica deve riconoscersi, oltre che

---

[42] Va rilevato che la Cassazione ha ritenuto che, nel novero dei vantaggi, rientri "*il nuovo bene immateriale per antonomasia, rappresentato dalla visibilità, che può dar luogo – ad esempio – alla creazione di falsi profili di personaggi famosi, al solo scopo di attrarre a sé l'attenzione di numerosi contatti che, altrimenti, non avrebbero mai fatto parte della rete sociale dell'autore*» (Cass. pen., 16.6.2014, n. 25774). In particolare, per la Suprema Corte la vanità rappresenta perfettamente la finalità indicata dalla norma; dunque, il reato si configura, ad esempio, quando ci si crea una falsa identità su un *social network* per soddisfare una propria "velleità narcisistica" che rappresenta un vantaggio non patrimoniale, mentre il danno alla vittima è costituito dalla lesione all'immagine e alla dignità della stessa. Cfr. M. MARRAFFINO, *Sostituzione di persona mediante furto di identità digitale,* in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale - Cybercrime*, UTET Giuridica, 2019, p. 316.

[43] M. MARRAFFINO, *Sostituzione di persona mediante furto di identità digitale,* cit., 307-330.

[44] Cfr. Cass. pen., 6.1.2015, n. 8278. Siccome, dunque, non è necessario riuscire a realizzare compiutamente la condotta, ma è sufficiente avere tentato di indurre in errore la vittima attraverso atti idonei e non equivoci diretti alla realizzazione della stessa, il reato si configura anche se la vittima si accorge tempestivamente della sostituzione e "blocca" il contatto.

[45] A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale - Cybercrime*, cit.

[46] Cass. pen., 8.11.2007, n. 46674.

ISSN 2036-7821

un'offesa alla fiducia che la collettività ripone in determinati atti, simboli o documenti, anche un'ulteriore e potenziale attitudine offensiva, che può rivelarsi, poi, concreta in presenza di determinati presupposti, avuto riguardo alla reale e diretta incidenza del falso sulla sfera giuridica di un soggetto[47].

Il reato di sostituzione di persona è stato ritenuto, inoltre, integrabile sia nei casi in cui si finga di essere una persona di sesso diverso da quello reale, sia nei casi in cui ci si attribuisca una inesistente qualifica professionale - creando, ad esempio, una falsa identità su *Skype* o sui *social network* - grazie alla quale invitare a colloqui fittizi vittime ignare quando, in realtà, lo scopo è solo quello di corteggiarle o di aumentare i propri *follower* o contatti.

Per la Corte di Cassazione, infatti, «*oggetto della tutela penale, in relazione al delitto preveduto nell'art. 494 c.p., è l'interesse riguardante la pubblica fede, in quanto questa può essere sorpresa da inganni relativi alla vera essenza di una persona o alla sua identità o ai suoi attributi sociali. E siccome si tratta di inganni che possono superare la ristretta cerchia di un determinato destinatario, così il Legislatore ha ravvisato in essi una costante insidia alla fede pubblica e non soltanto alla fede privata e alla tutela civilistica del diritto al nome*[48]».

Sebbene sia cospicua la giurisprudenza sul reato di sostituzione di persona commesso a mezzo *Internet*, va rilevato che, purtroppo, il tema presenta delle inevitabili zone oscure (all'interno delle quali si affievolisce la stessa percezione dell'offensività del fatto) determinate dalla difficoltà di riuscire realmente ad identificare l'utente che crea un falso profilo e dalla frequenza con cui il *cyber*nauta si interfaccia con false identità (nonostante, ad esempio, i *social network*, all'interno delle condizioni che fanno sottoscrivere agli utenti, vietino espressamente di farvi ricorso).

In ogni caso, la norma dell'art. 494 c.p. ha consentito di stigmatizzare una condotta in cui si può facilmente e frequentemente cadere, ed è stato possibile che essa fosse estesa ai reati commessi nel mondo virtuale perché, ormai, le relazioni virtuali hanno assunto la stessa portata di quelle reali, anche in sede civile, ed è giusto che pure rispetto ad esse siano tutelate la fede pubblica e la fiducia dell'utente nelle condotte altrui[49].

Al contempo, però, va detto che, nonostante abbia consentito, e consenta tuttora, di sanzionare una pluralità di fattispecie in perfetta sincronia con il progresso delle tecnologie, la formulazione generica di tale norma non può essere completamente

[47] Cass. SS. UU., 25.11.2007, n. 46982. I giudici hanno punito anche la condotta realizzata con finalità "ludica" o vendicativa, condannando un soggetto che, partecipando con un nickname ad una chat di carattere erotico, aveva fornito agli altri utenti il numero di cellulare della sua ex datrice di lavoro anziché il proprio, come forma di vendetta nei suoi confronti a causa di una controversia civilistica che aveva in corso con lei. La conseguenza di tale condotta era stata che quest'ultima, vittima ignara, si era trovata a ricevere telefonate e messaggi SMS, anche in ore notturne, da parte di uomini che la credevano disponibile ad incontri di natura sessuale. Cfr. Cass. pen. 28.11.2012, n. 18826. A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale - Cybercrime*, cit.

[48] Cass. pen., sez. V, 14.12.2007, n. 46674.

[49] A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale - Cybercrime*, cit.

ISSN 2036-7821

sufficiente per una figura così complessa e specifica come quella del furto di identità digitale.

Il profilo digitale di una persona è cosa ben diversa da quello reale e materiale della stessa[50], e se il furto di un'identità digitale (magari attraverso la sottrazione delle credenziali di accesso agli *account*) può risultare semplice per chi realizza tale condotta approfittando, spesso, della scarsa capacità della vittima di rendersene conto, gli effetti che derivano a quest'ultima sono molteplici e nient'affatto "statici", perché possono estendersi e coinvolgere tutti gli aspetti della sua sfera soggettiva, lasciandola esposta a conseguenze seriamente dannose nel lungo periodo e che non si limitano al solo evento della pura sostituzione di persona.

Sarebbe, invero, necessario creare una norma *ad hoc*, che commisuri il trattamento sanzionatorio in relazione alla reale ed effettiva portata degli effetti che da tale reato si producono nella sfera giuridica dell'individuo che lo subisce.

Ma se è vero che il Legislatore deve pensare ad una disciplina più appropriata e che sanzioni più specificamente la condotta in esame, è altrettanto vero che, come si è già avuto più volte modo di sottolineare, anche l'utente debba imparare a tutelarsi da solo, in via preventiva, non solo informandosi, ma anche compiendo gesti come, ad esempio, il frequente cambio delle *password*, il non divulgarle, il non ripeterle per tutte le attività digitali che compie, operazioni che, pur nella loro semplicità e banalità, gli consentirebbero di predisporre una prima basilare forma di difesa della propria identità da tutte quelle attività criminose – come quelle di *spear phishing* – che possono condurre al furto di essa[51].

---

[50] M. C. GAETA, *La protezione dei dati personali nell'internet of things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Dir. informaz. e informatica*, fasc. 1, 1.2.2018, 147 ss.

[51] Quando si accede abusivamente ad un sistema informatico - quale una piattaforma *social* o un'*app* di messaggistica istantanea - rubando l'identità di un soggetto, la vittima non sarà solo costui (il quale, tra l'altro, può anche ignorare del tutto che siano state rubate le sue credenziali) ma anche coloro che, a qualunque titolo, siano destinatari delle attività che, grazie a tale furto, vengono realizzate, e che possono tanto limitarsi al "semplice" scambio epistolare utilizzando le *app* di messaggistica, spacciandosi per il titolare dell'identità, quanto estendersi ad attività di natura illecita, quali frodi commerciali o acquisti *on line*. Ecco perché, accanto al reato disciplinato dall'art. 494 c.p., è altrettanto pericoloso incorrere in quello di "accesso abusivo a sistema informatico" disciplinato dall'art. 615-*ter* c.p. Tale norma è stata introdotta nel codice penale dall'art. 4 della l. 23 dicembre 1993, n. 547 e prevede che «*Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni*». Essa è posta tra i delitti contro l'inviolabilità del domicilio (art. 614 c.p.) di cui condivide sia la funzione sociale che il trattamento sanzionatorio, prendendo in considerazione due condotte: quella dell'accesso non autorizzato (abusivo) ad un sistema informatico e quella dell'illecito mantenimento. Come quello disciplinato dall'art. 494 c.p., anche il reato di accesso abusivo a sistema informatico è plurioffensivo; ma per esso, il bene giuridico tutelato dalla norma è l'inviolabilità del domicilio informatico, anche più della violazione del diritto alla riservatezza. Sia la giurisprudenza che la dottrina ritengono che per tale fattispecie non debbano essere adottate o predisposte particolari misure di sicurezza, in quanto è necessario che il titolare abbia la volontà di reprimere qualsiasi irruzione nel suo sistema con accorgimenti tecnici, informatici e logici. Pertanto, il reato si perfezionerà anche se viene violata una sola delle misure di sicurezza predisposte dal titolare. Cfr. F. S. CAVACEPPI, *Attacchi intrusivi e distruttivi di sistemi informatici*, in F. PELUSO (a cura di) *La responsabilità nei nuovi reati informatici*, Maggioli, 2020, 142.

ISSN 2036-7821

5. Lo spear phishing *ed il* social engineering, vulnera *ai sistemi informatici.*

Come detto, dunque, il livello elevato di analfabetismo digitale impedisce una corretta e adeguata conoscenza di cosa rappresenti realmente la digitalizzazione e, quindi, del mondo virtuale; i *cyber*nauti si accontentano spesso di un approccio molto basilare, quello strettamente necessario e funzionale alla navigazione, senza porsi affatto il problema delle conseguenze e dei rischi in cui si possano imbattere "avventurandosi" in rete in maniera incauta ed inconsapevole. Si comprende bene, dunque, che l'ignoranza possa avere ripercussioni sia per il singolo individuo che per altri soggetti e posizioni, in quanto la potenzialità *nocendi* di certe condotte non resta circoscritta.

I rischi più frequenti in cui si può incorrere sono senz'altro gli attacchi di *spear phishing*, che rappresentano una delle insidie più pericolose che la navigazione in rete può nascondere, perché puntano alla buona fede ed alla inconsapevolezza degli utenti, di cui ci si approfitta per impossessarsi di dati importanti allo scopo di riutilizzarli in maniere molteplici[52].

Tramite lo *spear phishing*, in pratica, vengono realizzate truffe che sono contenute all'interno di comunicazioni elettroniche o *e-mail* indirizzate a persone, organizzazioni o aziende specifiche, sia pubbliche che private, e che sono messe in atto con l'obiettivo di sottrarre dati per fini dannosi, ma anche allo scopo di installare *malware* (ovvero *software* malevoli) sul *computer* dell'utente preso di mira. Sono dei veri e propri attacchi intrusivi e distruttivi di sistemi informatici che, spesso, vengono erroneamente definiti attacchi *hacker*[53], con i quali, invece, non vanno confusi.

Infatti, l'*hacking* è quell'attività attinente al funzionamento di un sistema informatico ed alle misure di sicurezza poste a sua protezione, svolta per lo più dagli amministratori del sistema stesso attraverso un «*insieme di tecniche ed operazioni volte a conoscere, accedere e modificare un sistema informatico* (hardware *o* software)»[54]. Il termine *hacker* che da esso deriva, dunque, indica colui che pratica l'attività di *hacking* e che ha come obiettivo quello di acquisire un'accurata padronanza del sistema su cui interviene per adattarlo alle sue esigenze in maniera del tutto lecita - ad esempio, per incrementare alcune prestazioni *hardware* o, ancora, per rimuovere limitazioni al funzionamento di componenti elettronici o di applicazioni o, al contrario, per aggiungere funzioni ad un programma.

---

[52] Si tratta di attacchi di *phishing* mirato, che, cioè, hanno come bersaglio una sola persona e che si differenziano dagli attacchi di *spray phishing* che, al contrario, sono attacchi di massa, in cui si cerca di coinvolgere quante più vittime possibile.

[53] Termine che deriva da *hacking*, sostantivo che fa riferimento alla pirateria informatica.

[54] F. S. CAVACEPPI, *Attacchi intrusivi e distruttivi di sistemi informatici*, cit., 129.

ISSN 2036-7821

L'attività di *hacking* realizzata dall'*hacker* diventa attività di *cracking* - realizzata, invece, dal *cracker*[55] - quando i metodi e le tecniche lecite del primo vengono utilizzati per aggirare l'acquisto delle licenze e per accedere ai sistemi altrui con lo scopo di impadronirsi dei dati riservati e di danneggiarne il funzionamento. Questo tipo di condotta, evidentemente, non è lecito perché il *cracker*, analizzando le risposte che il *software* fornisce a determinati *input*, riesce a comprenderne il funzionamento al fine di violarlo[56].

La tecnica che più facilmente egli utilizza è quella del *social engineering* (ovvero del raggiro tramite l'inganno) perché è quella grazie alla quale egli riesce a realizzare e distribuire *software* in violazione del *copyright* che li protegge, in tal modo superando e scapolando l'unico e vero ostacolo che si frappone al tentativo di violare il sistema dall'esterno, e cioè l'evoluzione del *software* stesso.

In pratica, nascondendo la propria identità e sfruttando l'inesperienza e la buona fede delle vittime, i criminali informatici riescono a ricavare da un sistema informazioni che altrimenti non potrebbero ottenere.

Il "contenitore" - o veicolo - preferito e più facile da utilizzare per realizzare tali truffe è, da vari anni a questa parte, proprio quello dei *social network* che, essendo utilizzati da chiunque, rappresentano non solo il luogo dal quale trarre ogni tipo di informazione, ma anche quello tramite cui orientare ed influenzare le masse e su cui fare circolare notizie anche false e tendenziose - le *fake news* - a cui si è portati a credere a prescindere da un eventuale controllo di corrispondenza al vero e di scientificità e che, grazie alla condivisione e alla pubblicazione che i *social* consentono, si divulgano rapidamente, determinando, spesso, il risultato di destabilizzare un determinato ordine pubblico e di mettere in pericolo la sicurezza informatica degli stessi utenti.

Essendone questa la *ratio*, si comprende facilmente, dunque, perché quelli attuati tramite attacchi di ingegneria sociale sono dei veri e propri reati informatici: e cioè perché la condotta illecita si realizza sui sistemi informatici, infettandone i programmi e i dispositivi al fine di attuare molestie, estorsioni o ricatti tramite dei *software* intrusivi e malefici (i *malware*) sotto forma di *virus* informatici (i quali, a loro volta, sono caratterizzati dalla peculiarità di essere "contagiosi"), ma anche di *Trojan Horse*, *Ransomware*, *Spyware*[57] e *Malvertising*[58], per citarne alcuni[59]. Ognuna di tali

[55] Il significato di tale termine, infatti, è *rompere, spezzare,* ma anche *decifrare.*

[56] Questa modalità è nota come *reverse engineering* e consiste nell'analizzare i programmi e cercare di capirne il funzionamento in assenza del codice sorgente che appartiene alla casa sviluppatrice. Il risultato che ne deriva non è lecito quando le risposte del *software* a determinati *input* vengono analizzate al fine di riuscire a violare il sistema.

[57] Si tratta di *software* che vengono installati su di un sistema per raccogliere informazioni da trasmettere ad un destinatario interessato e che possono riguardare tanto le abitudini di navigazione, quanto le *password* o le chiavi crittografiche di un utente.

ISSN 2036-7821

tipologie ha la sua potenzialità *nocendi,* per potersi difendere dalla quale è importante innanzitutto saperla individuare e, dunque, conoscere.
Specificamente, infatti, i *virus* sono dei *software* (quindi programmi o codici) realizzati al fine di compromettere o di manipolare il funzionamento di un sistema informatico, allo scopo, ad esempio, di arrecarvi spreco di risorse o distruzione di dati. Attraverso un programma che ne consente la progettazione tramite un linguaggio molto semplice, essi sono in grado di trasformare il *software* in *malware* (*malicious software*)[60], e cioè in programma malevolo.
La loro contagiosità deriva dal fatto che essi si auto-replicano, ovvero creano copie di se stessi all'interno di altri *file* o *computer* senza il consenso o l'intervento di un utente: qui essi vivono un periodo di incubazione durante il quale restano latenti, senza compiere alcuna attività apparente; al termine di tale periodo, infettano alcuni elementi strategici *hardware* e *software* del *computer* e, quando le condizioni prestabilite dagli algoritmi di programmazione si realizzano, si propagano ed iniziano ad infettare sia *file* della stessa macchina che *file* appartenenti a dispositivi esterni ad essa, fino a che non vengano riconosciuti ed estirpati.
I *file* all'interno dei quali i *virus* si diffondono non sono malevoli, ma, ciononostante, essi diventano un tramite per l'infezione grazie a frammenti di *software* parassiti che si inseriscono nei codici eseguibili già esistenti, agendo contro le necessità dell'utente per rubargli informazioni sensibili: dunque, la loro pericolosità è direttamente proporzionale alla quantità e alla riservatezza dei dati presenti sul disco.
La minaccia contenuta nei *Trojan Horse*, invece, si diffonde con lo stesso "effetto sorpresa" determinato dal ben noto cavallo di Troia, apparentemente dono benevolo ma, nei fatti, contenitore di uomini nascosti che, riusciti ad entrare, tramite esso, nella città, la distrussero, approfittando della buona fede di quegli stessi abitanti che avevano fatto entrare il cavallo perché non si aspettavano alcuna insidia o trappola. Allo stesso modo, i *trojan* possiedono le sembianze di un *software* innocuo, ma al loro interno contengono un'insidia che viene diffusa grazie alla inconsapevole complicità della vittima designata che, inviandolo, contribuisce a realizzare l'attacco.

---

[58] Termine che deriva dalla sintesi delle parole m*alicious* e *advertising,* e che fa riferimento agli attacchi che originano dalle pubblicità delle pagine *web.*

[59] Oltre a quelli citati, ci sono anche i *rabbit,* gli *adware,* i *file batch,* i *backdoor,* i *dialer,* i *keylogger.* Un altro genere di minacce che "viaggia" attraverso il *web* è lo *skimming,* attraverso il quale "si inietta" un codice (*script*) malevolo in siti che vendono beni e servizi anche attraverso *malvertising,* compromettendo l'infrastruttura utilizzata per gli annunci pubblicitari, con l'obiettivo di carpire le informazioni sensibili dei clienti.

[60] La possibilità – matematicamente dimostrata da Von Neumann - di realizzare programmi in grado di riprodurre delle copie del proprio codice in maniera autonoma risale, in realtà, già al 1949. Invece, nei primi anni Settanta, un ingegnere che lavorava in una società che contribuì a sviluppare le reti per lo scambio di pacchetti dati usati nel programma ARPANET - Bob Thomas – ideò un *malware,* denominato *Creeper,* che è considerato il primo *worm* della storia, ovvero il primo *malware* in grado di autoreplicarsi e di diffondersi in altri dispositivi. Infatti, il nome *creeper* deriva dalla scritta che compariva sui *monitor* dei pc infettati: *I'M THE CREEPER: CATCH ME IF YOU CAN.* S. CAVACEPPI, *Attacchi intrusivi e distruttivi di sistemi informatici,* cit., 131.

ISSN 2036-7821

Quest'ultimo, dunque, non è reso possibile dall'auto-replicazione come accade per i *virus*, bensì dall'invio del *software* che stesso l'utente provvede a fare, ingannato dalle funzionalità "lecite" ed utili che esso apparentemente manifesta ma che, invece, nascondono istruzioni dannose e che vengono eseguite all'insaputa dell'utilizzatore.
Diversamente dai *Trojan Horse*, i *Ransomware*, invece, attuano un vero e proprio ricatto che può risolversi (in teoria) solo pagando un riscatto. Si tratta di *malware* che criptano tutti i dati presenti su un disco secondo una chiave di cifratura complessa, per riuscire a crittografare la quale l'unica soluzione è pagare il riscatto richiesto dal *cracker* che, tramite essi, ha infettato il *computer.*
Proprio perché si attua una vera e propria richiesta di riscatto, il *ransomware* è un reato che rientra a pieno titolo nel delitto di estorsione disciplinato dall'art. 629 del codice penale[61], con la differenza, rispetto a questo, che il primo si realizza a livello telematico, attraverso la prospettazione di una ingiustizia futura, dipendente dalla volontà dell'agente, che può essere inviata grazie ad una *e-mail*, ai *social network*, ma anche grazie ad icone che compaiono sullo schermo e che si inseriscono nel sistema informatico. Una volta che vi si siano inseriti, il sistema è infettato ed i *file* in esso contenuti e memorizzati sul disco (dai documenti, alle immagini, ai *file* personali) vengono criptati e resi irrecuperabili, al punto da risultare compromesso lo stesso funzionamento del sistema.
Terminata questa fase, sullo schermo compare un avviso di avvenuta infezione con la richiesta di riscatto di una somma di danaro che dovrà essere corrisposta entro i termini perentori indicati, se si vuole ottenere la chiave che consente il recupero dei propri *file*. La vittima designata, proprio perché è stata messa nell'impossibilità di utilizzare il suo sistema e non vuole, ovviamente, perdere i propri dati, a questo punto cede al ricatto, preferendo pagare l'importo che le viene richiesto (che, solitamente, non è molto elevato) e che è l'unica condizione per riuscire ad ottenere l'invio della *mail* contenente il programma di decriptazione[62].
Purtroppo, però, il pagamento del riscatto non è sempre risolutivo, in quanto può non avere impedito che i dati rubati siano stati già duplicati (e che siano, dunque, rimasti nelle mani del criminale) o che, magari, essi siano stati cancellati, con un conseguenziale e potenziale danno di notevole entità[63] che può riguardare gli utenti

[61] Tale norma recita «*Chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni e con la multa da euro 1.000 a euro 4.000*».

[62] Di solito il pagamento del riscatto avviene tramite *Bitcoin* o comunque attraverso mezzi non tracciabili, e questo aspetto rende complicato individuare il luogo ed il momento di effettivo conseguimento del profitto.

[63] Riguardo ai *ransomware*, va evidenziato che la Suprema Corte di Cassazione penale, con la sent. n. 2728 del 18 novembre 2011 (in www.penale.it), ha affermato che nell'espressione "cancellazione" di dati (tipologia di reato configurata dall'art. 635 *bis* c.p.) non si fa riferimento ad una "irrecuperabile elisione", in quanto essa comprende anche la rimozione provvisoria dei dati, rimediabile con un successivo intervento recuperatorio. In pratica, la Suprema Corte ha voluto evidenziare che il danneggiamento informatico dei dati si verifica solo quando l'attacco abbia comportato una perdita definitiva dei dati stessi. Si considera, invece, commessa la *cyber* estorsione,

ISSN 2036-7821

comuni, ma anche le aziende, le infrastrutture informatiche strategiche e le pubbliche amministrazioni (enti pubblici, ospedali o servizi pubblici in genere). La peculiarità del *ransomware*, infatti, è proprio quella di propagarsi rapidamente attraverso la ricerca dei collegamenti in rete, cifrando e rendendo non fruibili i dati memorizzati che, a loro volta, rendono spesso inutilizzabili gli stessi sistemi, non solo quelli sui quali si sferra l'attacco, ma anche il *server* centrale, i sistemi collegati, i dispositivi di *back-up*, le cartelle condivise da altri utenti: insomma, non è compromesso solo il singolo operatore, ma anche l'intero ufficio o l'ente stesso[64], ledendo ed offendendo, in tal modo, interessi e beni giuridici connessi alle tecnologie dell'informazione, come la *privacy* e la sicurezza informatica, la libertà e la confidenzialità delle comunicazioni[65].

Alla categoria dei *ransomware* - la cui nocività appare evidente - appartengono i più noti programmi utilizzati per compromettere l'integrità, la disponibilità e la riservatezza dei dati e dei sistemi informatici[66]; essi sono in grado di realizzare condotte molteplici, non solo di danno effettivo ma anche di pericolo di danno[67], ormai riconosciute e punite come reati grazie alle previsioni contenute nella Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica[68].

Tale atto è stato emanato dal Consiglio d'Europa il 23 novembre 2001 con il precipuo obiettivo di realizzare una politica comune tra gli Stati membri attraverso l'adozione di una legislazione appropriata e adeguata a combattere il *cybercrime* in maniera coordinata tra i vari Paesi aderenti. Essa rappresenta il primo Accordo internazionale sui crimini commessi attraverso *Internet* o altre reti informatiche ed è stata ratificata da sessantacinque Paesi, compresa l'Italia, che tramite la legge di ratifica n. 48 del 18

---

cumulativamente e non alternativamente, con violenza e minaccia e, dunque, si configura la violenza informatica, nei casi in cui il *malware* abbia compromesso solo il funzionamento del sistema, ad esempio disattivando le opzioni di avvio o bloccando l'intero schermo. Cfr. F. CAVACEPPI, *Attacchi intrusivi e distruttivi di sistemi informatici,* cit. 139.

[64] Tra gli attacchi a mezzo *ransomware* più rappresentativi a livello globale si segnalano quelli del 2016 *all'Hollywood Presbiterian Medical Center* e quello al sistema di trasporto pubblico di San Francisco, come evidenziato dal Rapporto *Clusit* del 2017, ovvero il rapporto annuale elaborato dall'Associazione Italiana per la Sicurezza Informatica (CLUSIT, appunto) che promuove attività relative alla sicurezza informatica, costituendo un luogo privilegiato di scambio di esperienze ed informazioni.

[65] Dal punto di vista della tipologia di reato, dunque, il *ransomware* può individuarsi come reato comune, il cui soggetto attivo può essere chiunque ed il cui soggetto passivo può essere anche un soggetto ulteriore e diverso da quello che è titolare del rapporto giuridico e che, come conseguenza dell'attività illecita, subisce il danno al patrimonio. Infatti, è possibile che la minaccia di *ransomware* sia percepita sullo schermo del sistema aziendale di un dipendente o di un dirigente di una determinata azienda il quale, però, non è il diretto titolare del patrimonio attaccato, ma si limita solo ad utilizzarlo e, dunque, la minaccia si propaga a tutto il sistema aziendale.

[66] Specificamente essi sono *Cryptolocker, Cryptowall, Tesla, TorrentLocker, Wannacry, Cerber* e *Locky.*

[67] Tale è la condotta disciplinata dall'art. 615 *quinquies.* V. nota 71.

[68] Si fa riferimento all'art. 6 della Convenzione. Interessante, al riguardo, S. CONTI, *La legislazione in materia di prove digitali nell'ambito del processo penale. Uno sguardo all'Italia Informatica e diritto*, in *Informatica e diritto.* XLI annata, Vol. XXIV, 2015, n. 1-2, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 153-164.

ISSN 2036-7821

marzo 2008[69] ha introdotto importanti modifiche sulle specifiche tipologie di reati sia all'interno del Codice penale e del Codice di procedura penale[70], sia all'interno del Decreto sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche[71] e del Codice in materia di protezione dei dati personali[72].

Il ruolo che la Convenzione di Budapest riveste attualmente è molto importante sul tema, non solo perché, ad oggi, essa rappresenta l'unico Trattato internazionale sul *cybercrime* e le prove elettroniche, ma anche perché, nel definire i reati informatici, fornisce gli strumenti per acquisire tali prove necessarie al fine di perseguirli nella giurisdizione di ciascun Paese aderente[73]. Inoltre, essa resta un atto assolutamente adeguato a criminalizzare anche condotte illecite non espressamente tipizzate e sanzionate (perché, magari, configuratesi successivamente alla sua emanazione), nonostante risalga a ben venti anni fa l'elenco specifico delle fattispecie di illeciti informatici da introdurre nella legislazione penale degli Stati che l'hanno ratificata. La sua versatilità è conseguenza del linguaggio tecnologicamente neutro e fluido in essa adoperato, grazie al quale i reati informatici descritti hanno potuto adattarsi facilmente a tutte le fattispecie criminose dell'ambito della cibernetica, estendendosi anche a quelle che sono venute ad esistenza successivamente al 2001, come conseguenza della notevole espansione della tecnologia, dell'informatica e della digitalizzazione.

Questo è quanto è accaduto, ad esempio, con il *phishing*, che rappresenta, attualmente, il fenomeno criminale più diffuso, e che, pur non essendo stato previsto né specificamente disciplinato originariamente dal Trattato di Budapest, ciononostante, ha potuto essere configurato tra i reati informatici grazie alla sua riconduzione a fattispecie come l'accesso abusivo a sistema informatico o la frode informatica, da esso disciplinate.

---

[69] Recante, appunto, "Ratifica della Convezione di Budapest sulla criminalità informatica".

[70] Si evidenzia che sia il codice penale che quello di procedura penale erano stati "aggiornati" in tema di criminalità informatica attraverso le modifiche e le integrazioni apportate dalla L. n. 547 del 23 dicembre 1993, con la quale erano state introdotte alcune norme che si occupassero specificamente della nuova tipologia di reati che il sempre maggiore utilizzo dell'informatica poteva determinare. La consapevolezza di dovere adottare condotte uniformi in materia, culminata nella Convenzione di Budapest, ha reso inevitabile modificare ulteriormente le stesse norme che la legge del 1993 aveva aggiunto agli impianti originari dei due codici, come è accaduto, ad esempio, con l'art. 615 *quinquies,* che disciplina e punisce la condotta di chi diffonde apparecchiature, dispositivi o programmi informatici allo scopo di danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico. La fattispecie descritta in tale norma rappresenta un reato di pericolo; ciò significa che il Legislatore ha inteso conferire una particolare rilevanza a condotte che possano anche solo potenzialmente rappresentare una minaccia di danneggiamento e, dunque, non punisce solo l'effettivo verificarsi del danneggiamento o dell'interruzione, ma anche "semplicemente" la mera elaborazione di un sistema, un'apparecchiatura o un programma che siano di per sé idonei a creare il rischio di un danneggiamento.

[71] D. Lgs. n. 231/2001.

[72] Introdotto nel nostro ordinamento con il D. Lgs. 196 del 30 giugno 2003.

[73] Nella sua prima parte, relativa al diritto sostanziale, infatti, la Convenzione individua alcune condotte riconducibili al *cybercrime* indicandole come quelle da perseguire necessariamente; ad esse, ciascuno Stato può decidere di aggiungerne altre, anche ove non siano qualificate come condotte criminali in altri Stati.

ISSN 2036-7821

6. Il phishing e la sua disciplina come fattispecie delittuosa.

Il *phishing* è un'attività strettamente legata al furto dell'identità digitale; esso costituisce una delle minacce più pericolose in cui è attualmente possibile imbattersi navigando nel *web*, specie se non si è in grado di individuarle e, di conseguenza, di prevenirle[74].

La sua tecnica operativa di base[75] - che è una tecnica di *social engineering* - consiste nello sviluppo e nella creazione di un testo contenente un codice maligno (il *malware*, appunto) e che, sul piano dei contenuti, della struttura e della composizione grafica di riferimento, sia idoneo a determinare piena fiducia, rispetto al contenuto stesso, nel soggetto che lo riceve, inducendolo, per tale motivo, ad eseguire una specifica azione (ad esempio, attivare un *link* in ipertesto verso un sito *web* terzo). Il testo viaggia prevalentemente attraverso una *e-mail* che, oltre ad essere un vettore di infezione a livello globale, è anche più potente del *web* stesso, perché costituisce un canale di comunicazione preferenziale, normalmente utilizzato per condividere *file* sotto forma di allegati che, a loro volta, pure possono infettare, specie se sono creati, come spesso accade, con versioni obsolete e, quindi, facilmente aggredibili.

La *mail* è, pertanto, la tecnica più praticata per attuare la minaccia del *phishing*, oltre ad essere tra le più antiche e versatili per gli attacchi di *social engineering*: grazie ad essa si inducono gli utenti incauti a visitare un sito e ad inserire le proprie informazioni personali che saranno poi sottratte e sfruttate per commettere operazioni illecite, come il furto di dati personali, il furto di denaro o la compromissione delle reti aziendali[76].

Il termine *phishing* è una variante dell'inglese *fishing*, che significa "pescare", ed in effetti la funzione delle *mail* ingannevoli è esattamente la stessa degli ami e delle esche quando si va a pescare, vale a dire quella di fare abboccare gli utenti inconsapevoli allo stesso modo in cui si fanno abboccare i pesci[77]: in pratica, si invita

---

[74] Interessanti, in tema di *phishing*, R. FLOR, Phishing *e profili penali dell'attività illecita di "intermediazione" del cd.* financial manager, in *Diritto penale e processo*, 2012, 55-67; R. FLOR, Phishing, identity theft *e* identity abuse. *Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2-3, 2007; S. LOMBARDO, Phishing: *consigli utili per attenuare il rischio di adescamento*, in *Rivista ICT Security Collection*, n° 2, Ottobre 2018. Ma anche A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di Diritto penale* – Cybercrime, Wolters Kluwer, 2019, cit.

[75] Tale tecnica è detta *Deceptive Phishing*.

[76] Gli attacchi di *phishing*, dunque, si propagano attraverso un invio massivo ed indiscriminato di *mail* (cosiddetto *spamming*) da parte del soggetto attaccante, raggiungendo un numero indeterminato e casuale di persone.

[77] Sono note anche due ulteriori tipologie di *phishing*, e cioè lo *smishing* ed il *vishing*. Lo *smishing* (dalla combinazione delle parole SMS e *Phishing*) è il tentativo, da parte dei truffatori, di acquisire informazioni personali, finanziarie o di sicurezza tramite SMS: in pratica, all'interno dell'SMS viene richiesto di fare *clic* su un *link* o di chiamare un numero di telefono per "verificare", "aggiornare" o "riattivare" l'*account* del destinatario. La truffa risiede nel fatto che tale *link* porta ad un sito *web* fasullo ed il numero di telefono conduce direttamente ad un truffatore che finge di essere la società legittima. Il *vishing*, invece, (dalla combinazione delle parole *Voice* e

ISSN 2036-7821

il destinatario, tramite l'invio di un'*e-mail*, a fornire dati riservati (come, ad esempio, il numero della propria carta di credito o la *password* di accesso al servizio di *home banking*[78], ma anche i dati di *login* agli *account* dei *social media*) sulla base di motivazioni di ordine tecnico cui questi è portato a credere in quanto la *mail* è contrassegnata dal logo di un istituto di credito o di una società di commercio elettronico che, in realtà, è contraffatto ma che, però, appare verosimile, per cui è credibile che da esso parta una richiesta come quella oggetto della *mail*[79]. Infatti, il mittente delle *e-mail* è, in linea generale, riconducibile, per contraffazione, ad enti pubblici, istituzioni e organizzazioni private la cui operatività e la cui presenza sono consolidate in un determinato ambito territoriale locale, nazionale o internazionale, anche rispetto al numero di persone ad essi fidelizzate. Una volta che tale contenuto abbia ingenerato nell'utente destinatario della *mail* la convinzione della necessarietà dell'attuazione della condotta che gli viene richiesta, la truffa si è realizzata ed il criminale informatico è riuscito a "pescare" una ingenua vittima che, semplicemente con un *clic*, navigando in rete e compiendo banalissime e comunissime attività, esegue quanto richiesto e rende possibile, inconsapevolmente, l'accesso ai suoi dati personali[80].

Phishing) è una truffa telefonica tramite la quale si cerca di indurre la vittima a divulgare informazioni personali, finanziarie o di sicurezza o a trasferire del denaro.

[78] L'*home banking* è la possibilità, per il cliente di una banca, di avere a disposizione servizi bancari grazie ai quali effettuare operazioni, mediante collegamento telematico e non necessariamente in presenza. Specificamente rispetto ad esso va segnalata un'importante pronuncia giurisprudenziale che ha lasciato, inevitabilmente, il segno in merito alla possibilità di tutelare il consumatore utente che cada vittima di un attacco *phishing*. Si fa riferimento alla sentenza n. 5895 del 2019 della II Sezione del Tribunale di Napoli, con la quale è stato condannato un istituto bancario, oltre che al pagamento delle spese e delle competenze legali al difensore degli attori, anche alla restituzione, in favore di questi, delle somme loro addebitate in qualità di vittime di frode perpetrata mediante *phishing*, in quanto «*nel rapporto contrattuale di* home-banking *la banca ha la veste di contraente qualificato, che, non ignaro delle modalità di frode mediante* phishing *da tempo note nel settore, è tenuto ad adeguarsi all'evoluzione dei nuovi sistemi di sicurezza*». In pratica, tale pronuncia ha ribadito la necessità che la stessa cautela ed attenzione che vengono richieste al cliente quando compie le operazioni bancarie siano adottate dall'istituto bancario nel momento in cui le autorizza.

[79] Il soggetto passivo della *mail* è spinto ad eseguire l'azione proposta accedendo ad un sito *web* terzo, creato *ad hoc* dal *phisher* secondo i contenuti e gli schemi comunicativi tipici dell'ente, istituzione od organizzazione privata, della quale viene simulata la genuinità. A questo punto, la pagina *web* creata ad arte richiederà l'esecuzione di una specifica ed ulteriore azione da parte del soggetto passivo, quale, ad esempio, tra le più frequenti e comuni, l'inserimento di credenziali di accesso, di dati personali o di informazioni bancarie idonee a consentire al soggetto attivo della minaccia il conseguimento di un vantaggio economico effettivo, derivante dalla disponibilità e dal potenziale impiego delle informazioni illegittimamente acquisite.

[80] Particolarmente frequente è il rischio di cadere vittime di *phishing* rispetto al compimento di operazioni bancarie. In merito, la Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 9158 del 29 maggio 2018, ha stabilito che, al fine di garantire la fiducia degli utenti nella sicurezza del sistema, in tema di responsabilità della banca in caso di operazioni effettuate a mezzo di strumenti elettronici «*è del tutto ragionevole ricondurre nell'area del rischio professionale del prestatore dei servizi di pagamento, prevedibile ed evitabile con appropriate misure destinate a verificare la riconducibilità delle operazioni alla volontà del cliente, la possibilità di una utilizzazione dei codici di accesso al sistema da parte dei terzi, non attribuibile al dolo del titolare o a comportamenti talmente incauti da non poter essere fronteggiati in anticipo*». In pratica, alla banca è richiesta una diligenza di natura tecnica relativamente ai servizi di pagamento

ISSN 2036-7821

Giuridicamente il *phishing* costituisce un comportamento illecito proprio per questo, perché è finalizzato a rubare dati personali sensibili; solitamente esso inizia con la raccolta dei dati dell'utente per poi arrivare alla realizzazione di un evento materiale come la *deminutio patrimonii*[81] e la *iniusta locupletatio*[82], conseguenze di una condotta realizzata interamente *on line* e che pregiudica la sfera personale dell'individuo da parte di soggetti che riescono ad avvalersi di sistemi di mascheramento ed a restare "delocalizzati" grazie anche alla rapidità con cui la rete stessa consente l'esecuzione di tali sistemi.

Si tratta, dunque, di una fattispecie che trova i mezzi principali di esecuzione dell'attività fraudolenta nella condotta umana e nell'uso dello strumento informatico.

Il nostro ordinamento, però, non prevede uno specifico precetto penale rubricato come "*phishing*" e, dunque, come già accennato, la condotta delittuosa ad esso relativa viene fatta rientrare dalla giurisprudenza in fattispecie penali già disciplinate, tra le quali, oltre alla sostituzione di persona (art. 494 c.p.)[83], rientrano la falsificazione di comunicazione telematica (art. 617 *sexies* c.p.), la truffa (art. 640 c.p.[84]), l'accesso abusivo in un sistema informatico o telematico (art. 615 *ter* c.p.) e la frode informatica (art. 640 *ter* c.p.[85]). Tali fattispecie sono state, in gran parte, introdotte dal Legislatore nazionale già con la Legge n 547/1993, recante modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura

---

nel mercato interno (così come previsto dal D.lgs. n. 11 del 2010, attuativo della direttiva n. 2007/64/CE) da valutarsi con il parametro dell'"accorto banchiere", e sarà, pertanto, attribuito ad essa l'onere della prova della riconducibilità dell'operazione al cliente.

[81] Diminuzione del patrimonio.

[82] Ingiustificato arricchimento.

[83] Va evidenziato, però, che, nella maggior parte dei casi, il mittente non si sostituisce ad una persona fisica, ma prevalentemente ad una persona giuridica (come una banca, le poste) e, dunque, non vi è la sostituzione tecnica all'altrui "persona".

[84] Tale norma disciplina il reato di "Truffa" che, in ordine alla tutela del patrimonio, punisce tutti quei comportamenti idonei ad alterare la libera formazione del consenso nei negozi giuridici patrimoniali attraverso artifizi o raggiri (che non siano manifestamente grossolani e non verosimili), indotti al fine di persuadere il soggetto passivo della bontà di una determinata scelta (così facendolo cadere in errore), anche con la minaccia di non incorrere in un danno maggiore. Ovviamente, lo scopo della condotta è riuscire ad ottenere un profitto ingiusto, con il relativo danno altrui, da intendersi come un vantaggio sostanzialmente economico. Il reato è istantaneo e si consuma con l'avvenuta diminuzione patrimoniale subita dalla persona offesa, a causa della condotta criminosa, ma è configurabile anche il tentativo. Il *phishing* può essere ricondotto al reato di truffa, in alcuni casi anche in concorso con il reato di cui all'art. 494 c.p. (sostituzione di persona). In ogni caso esso si configura nel momento in cui l'autore invia messaggi di posta elettronica solo apparentemente provenienti da mittenti "reali" e tale dato lo differenzia dalla truffa: infatti, mentre in quest'ultima l'elemento del danno deve avere necessariamente contenuto patrimoniale perché consiste in una lesione concreta e non soltanto potenziale, nella condotta del *phishing*, nel momento in cui si ottengono i dati di accesso della vittima, al *phisher* non deriva alcun vantaggio patrimoniale effettivo in danno di questa.

[85] Tale norma fa riferimento, invece, al reato di "Frode informatica", che riconduce a sé i comportamenti complessivi del *phishing*, e cioè l'alterazione del funzionamento di un sistema informatico e, in via alternativa o prodromica, l'intervento senza diritto su dati, informazioni o programmi contenuti nel sistema stesso, con il conseguimento dell'ingiusto profitto e dell'altrui danno.

ISSN 2036-7821

penale, in tema di criminalità informatica. Successivamente, esse sono state ulteriormente integrate a seguito dell'entrata in vigore della legge di ratifica della Convenzione di Budapest (la L. 18 marzo 2008, n. 48) grazie alla quale i *cyber crimes* - ai quali, appunto, appartiene la fattispecie del *phishing* – vengono identificati come «*ogni tipo di violazione penale commessa per mezzo, con l'ausilio e/o avente ad oggetto un sistema o programma informatico*».

Certamente, il fatto che la condotta del *phishing* sia non solo mutevole e realizzabile con differenti modalità, ma possa anche essere ricondotta a tante fattispecie delittuose rischia di non consentire di identificare quale sia il suo riferimento principale e, dunque, di non inquadrare stabilmente il fatto tipico in una disposizione normativa *ad hoc*. Anche per il *phishing*, infatti, ci si trova di fronte ad un'ipotesi di reato plurioffensiva, in quanto le condotte del *phisher* colpiscono differenti beni giuridici, e questo aspetto sembra portare all'unica conclusione che debba essere l'interprete a dovere applicare, volta per volta, le disposizioni che meglio valorizzano la specifica condotta criminosa, la quale sarà variabile sia rispetto all'effettivo danno causato sia rispetto alle variazioni della modalità operativa e tecnologica che, nello specifico caso, avranno caratterizzato il fatto criminoso.

In pratica, il giudice dovrà valutare quale delle condotte che integra il *phishing* nel singolo caso prevalga rispetto alle altre e, dunque, se vi sia un'ipotesi di concorso di reato tra la truffa e la sostituzione di persona rispetto alla diversa ed ulteriore fattispecie di accesso abusivo al sistema informatico ex art. 615 *ter* c.p. che, a sua volta, tutela il diverso bene giuridico del domicilio informatico. Se, però, prevalessero le condotte dell'accesso abusivo a sistema informatico (art. 615 *ter* c.p.) o della frode informatica (art. 640 *ter* c.p.) si finirebbe con il dovere escludere la responsabilità penale dell'intera fase di adescamento della vittima, valorizzata, invece, dai reati di truffa (art. 640 c.p.) o sostituzione di persona (art. 494 c.p.).

A fronte di tali considerazioni, resta, comunque, l'imprescindibile necessità di dovere fare riferimento ad un orientamento abbastanza costante, che la giurisprudenza prevalente ha individuato sussumendo la condotta del *phisher* in via principale all'interno del reato di frode informatica[86], in concorso formale di reato con l'eventuale ipotesi di accesso abusivo ad un sistema informatico[87].

7. La tutela delle identità virtuali nel Codice per la protezione dei dati personali.

[86] Aggravata dal comma III dell'art. 640 *ter* c.p.

[87] A seconda delle ipotesi, la giurisprudenza ha ritenuto che il *phishing* integrasse o la frode informatica e l'accesso abusivo, o la frode informatica e la detenzione o diffusione di codici o *password*. Recentemente, ha affermato che si configuri responsabilità penale per frode informatica (640 *ter*) anche nei casi di *phishing* effettuato mediante *e-mail* contenenti dati forniti direttamente (si veda Cass., II sez. penale, sent. n. 21987 del 14 gennaio 2019).

ISSN 2036-7821

La disciplina relativa agli attacchi informatici, ed in particolare al *phishing*, non può, però, essere costituita solo da norme che criminalizzano le condotte abusive ed involgono profili di sicurezza informatica, grazie alle quali proteggere l'identità dell'utente sotto il profilo dell'autenticazione e dell'identificazione informatica. Il bersaglio preferito di tali condotte, infatti, come evidenziato, è rappresentato dai dati degli individui, che sono oggetto di tutela sia se gestiti dal singolo individuo sia se gestiti dalla Pubblica Amministrazione[88], relativamente alla quale l'art. 50 del CAD stabilisce che «*i dati delle pubbliche amministrazioni sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzazione, alle condizioni fissate dall'ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati*».

In particolare, i dati personali sono definiti, dall'art. 4, comma 1, n. 1 del GDPR, come «*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»)*»[89], laddove la persona identificabile è «*la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo* online *o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale*». Nel merito, dunque, tra tali dati sono ricompresi tutti quelli che valgono a identificare la persona fisica, sia direttamente che a seguito di valutazione da parte dell'interprete in relazione a tutte le informazioni disponibili.

La Pubblica Amministrazione è titolare del potere di raccogliere, gestire, custodire ed anche pubblicare i dati che, in tale ultimo caso, sono qualificati come *open data*[90]; essa

[88] Sul tema della protezione dei dati la produzione scientifica è molto vasta; a titolo esemplificativo si citano G. CARULLO, *Dati, banche dati,* blockchain *e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico,* in R. CAVALLO PERIN e D. U. GALETTA (a cura di) *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale,* Giappichelli editore, Torino, 2020, 191 - 217.; Id., *Big data e Pubblica Amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse,* in *Concorrenza e mercato, 2016;* F. BALDUCCI – ROMANO, *Il diritto alla protezione dei dati personali nella giurisprudenza della Corte di giustizia,* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2015; F. PIZZETTI, *La* privacy *come diritto fondamentale alla protezione dei dati personali nel Trattato di Lisbona,* in P. BILANCIA, M. D'AMICO, (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2014; F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona (dal* Safe Harbour *al* Privacy Shield*), in* Rivista di diritto internazionale, *2016, p. 690;*

[89] Sulla differenza tra dati e informazioni si rinvia, *ex multis,* a F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona (dal* Safe Harbour *al* Privacy Shield), cit., 197 ss.; ma si vedano anche A. BONOMI, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall' accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, Cacucci Editore, 2012; M. FALCONE, *Dati aperti e diritto al riutilizzo delle informazioni: la declinazione italiana del paradigma degli* open data, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni,* Rimini, 2016, p. 601 ss.; G. DE MINICO, Big data *e la debole resistenza delle categorie giuridiche.* Privacy *e* lex mercatoria, in *Dir. Pubb.*, 2019, 1, pp. 89-115

[90] Come previsto dall'art. 52, comma 2, del CAD che dispone che «*I dati e i. documenti che le amministrazioni titolari pubblicano, con qualsiasi modalità, […] si intendono rilasciati come dati di tipo aperto ai sensi all'articolo 68, comma 3, del presente Codice, ad eccezione dei casi in cui la pubblicazione riguardi dati personali*». In tema di gestione dei dati, *ex multis,* V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della* datafication *e la sua giuridicizzazione,* in Riv. trim. dir. pubbl., 2017, 641 ss.; ma

ISSN 2036-7821

deve, dunque, provvedere a conservarli in archivi digitali che, data la loro mole, devono consistere in strutture *ad hoc*, quali i cd. *cloud computing*, che rappresentano un modello economico innovativo improntato sull'offerta di beni e servizi personalizzati per l'innovazione e la digitalizzazione di tutti i settori. In pratica, essa delocalizza l'infrastruttura di memorizzazione dei dati affidandone il servizio di custodia a società esterne che professionalmente erogano questi servizi per conto di numerosi enti, sia pubblici che privati, e su tale attività di custodia dei dati effettua un necessario monitoraggio che, purtroppo, non sempre il personale interno alle amministrazioni è in grado di attuare in quanto, spesso, non possiede le competenze giuridiche e informatiche adeguate[91].

La gestione della molteplicità di dati da parte dell'amministrazione costituisce, dunque, una questione di non poco momento proprio per la facilità con cui essi possono essere sfruttati tramite le modalità di attacco informatico evidenziate, che partono dal cattivo uso che di essi si faccia per arrivare ad utilizzare - e, quindi, a compromettere - l'identità digitale stessa dell'utente.

Il Legislatore europeo ha dimostrato una notevole attenzione sul tema, per la necessità di apprestare la tutela più adeguata ai dati: infatti, con il recente Regolamento Generale sulla protezione dei dati[92] (GDPR - che, nel nostro ordinamento, è intervenuto a modificare il precedente Codice della *Privacy*[93]) ha previsto una serie di ulteriori garanzie e principi grazie ai quali poter mantenere il controllo sui dati immessi in rete, in particolare su quelli da cui possano emergere la personalità, le preferenze e, in generale, ogni informazione idonea a consentire a terzi la ricostruzione dell'identità personale di ciascun individuo.

Segnatamente, il GDPR prevede, all'art. 5, che i dati personali debbano essere trattati «*in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato*» e che, dopo essere stati raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, debbano essere trattati secondo modalità che non siano incompatibili con tali finalità; anche la loro conservazione deve avvenire in maniera tale da consentire l'identificazione degli interessati «*per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati*»; una conservazione per periodi più lunghi dovrebbe essere giustificata solo da fini di pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, ed in ogni caso i

---

anche M. FALCONE, Big data *e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, Riv. trim. dir. pubbl., 2017, 601 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *Il mercato unico digitale europeo e il regolamento UE sulla* privacy, in R. CAVALLO PERIN e D. U. GALETTA (a cura di) *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale,* Giappichelli editore, Torino, 2020, 43-79.

[91] F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica Amministrazione,* cit. 9 ss.

[92] *General Data Protection Regulation* o GDPR, ovvero il Reg. UE 2016/679 che rappresenta la principale normativa europea in materia di protezione dei dati personali: esso è entrato in vigore il 24 maggio 2016, ma la sua attuazione è avvenuta a distanza di due anni, quindi a partire dal 25 maggio 2018.

[93] D. Lgs. 196/2003; dopo l'entrata in vigore del GDPR il Codice per la *Privacy* ha subito le modifiche contenute nel D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 (attuativo del GDPR) e nella L. 27 dicembre 2019, n. 160.

ISSN 2036-7821

dati devono essere trattati «*in maniera da garantire un'adeguata sicurezza* […] *compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali («integrità e riservatezza»)*». Grazie a tale norma l'interessato vede garantita non solo l'informazione circa le finalità, le modalità, la base giuridica del trattamento e il tempo di conservazione dei dati prima che venga effettuato qualunque trattamento, ma anche la conseguenziale possibilità di controllare la loro diffusione. Tale disciplina si completa con quella relativa al consenso (contenuta nel successivo art. 6) *condicio sine qua non* per la liceità del trattamento stesso e che l'interessato al trattamento dei dati deve necessariamente fornire, soprattutto quando dal trattamento dei dati non autorizzati possa derivare la ricostruzione di un profilo dell'utente idoneo ad incidere sulla sua libera determinazione come individuo nella società (particolarmente delicati risultano, in questo senso, i dati relativi alla salute o a precedenti penali).

Specificamente rispetto alla commissione delle condotte criminali che conseguono agli attacchi alla sicurezza informatica, il Codice contiene gli artt. 167 – relativo al Trattamento illecito di dati; l'art. 167 *bis* – relativo alla Comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala; e l'art. 167 *ter* – relativo all'Acquisizione fraudolenta di dati personali oggetto di trattamento su larga scala. Tali norme sono tutte legate al concetto di identità digitale introdotto dall'art. 9 del D.L. 14.8.2013, n. 93 - convertito dalla L. 15.10.2013, n. 119 - che ha inserito nell'art. 640-*ter* c.p. l'aggravante per l'ipotesi in cui il fatto sia commesso «*con furto o indebito utilizzo dell'identità digitale*».

Come lo stesso GDPR ha richiesto, è necessario che vengano predisposte misure di sicurezza adeguate allo scopo di tutelare l'identità digitale; esso considera tali, al comma 2 dell'art. 32[94], innanzitutto quelle aventi l'obiettivo di rendere meno attaccabili i *database*, unica condizione possibile per tentare di ridurre i casi di sostituzioni di persona e accessi abusivi in generale. Tale norma, infatti, prevede espressamente che «*Nel valutare l'adeguato livello di sicurezza, si tiene conto in special modo dei rischi presentati dal trattamento che derivano in particolare dalla distruzione, dalla perdita, dalla modifica, dalla divulgazione non autorizzata o dall'accesso, in modo accidentale o illegale, a dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati*». Nonostante tale previsione, però, gli attacchi informatici rendono possibile e attuabile il reato di sostituzione di persona in concorso con l'accesso abusivo a un sistema informatico in tutti i casi in cui il soggetto attivo riesca a forzare le credenziali di accesso della parte offesa, avendo, poi, la possibilità di eseguire operazioni per suo conto e realizzando,

[94] Rubricato "Sicurezza del trattamento".

ISSN 2036-7821

dunque, una sostituzione di persona con modalità esecutive diverse perché legate ai mezzi informatici[95].

Come ulteriore forma di tutela il Regolamento UE in questione ha, inoltre, rafforzato il diritto dell'utente di chiedere e ottenere l'accesso a tutti i propri dati personali con un'istanza da formulare direttamente al *provider*, così come potrà chiedere la cancellazione e il blocco di falsi *account* e di dati - fotografie incluse - condivisi illecitamente da eventuali *fake*.

In caso di mancata risposta o di risposta insufficiente a tale richiesta, questi potrà presentare un reclamo al Garante per la protezione dei dati personali, sì da ottenere l'accesso ai propri dati ed eventualmente il blocco immediato di quelli trattati illecitamente.

Il reclamo al Garante è un rimedio di tipo amministrativo consentito agli utenti *cyber*nauti che siano divenuti, loro malgrado, vittime di attacchi informatici a seguito dei quali sia stata loro rubata l'identità e, magari, creato un profilo *fake* dal quale partono i contenuti oggetto dell'estorsione[96].

Rispetto a tali casi, un ruolo essenziale è svolto dal Responsabile del trattamento dei dati personali, il quale deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che il trattamento dei dati in esame realizzi una tutela efficace e completa degli interessati, in particolare del loro diritto al rispetto della vita privata.

L'esercizio dell'azione amministrativa, comunque, non preclude quello dell'azione penale, che potrà e dovrà in ogni caso proseguire[97].

---

[95] Il reato può concretizzarsi anche più semplicemente nel caso in cui l'utente menta sulla propria età. Questo aspetto è stato oggetto di particolare attenzione da parte del Legislatore, in quanto da esso dipende la tutela del minore. Pertanto, è stato previsto che per potersi iscrivere ai *social network* e, in generale, ai servizi della società dell'informazione, bisogna avere compiuto l'età minima di 16 anni, che gli Stati Membri possono abbassare ulteriormente fino a 13 anni se lo ritengono opportuno, ed in tali casi sarà necessario provare il consenso prestato dall'esercente la responsabilità genitoriale (art. 8 GDPR). In Italia l'età per il consenso è stata fissata a 14 anni, anche per esigenze di coordinamento con la legge che tutela i minori dal *cyber*bullismo, e cioè la L. n. 71/2017, recante "Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del *cyber*bullismo".

[96] Ad esempio, fotografie e video artefatti con fotomontaggi imbarazzanti inviati a tutti i contatti dell'utente titolare dell'identità violata. Prima di esercitare tale rimedio, però, essi possono fare una segnalazione al *social network* tramite il previsto servizio *on line*, per chiedere la rimozione di ogni contenuto diffamatorio a loro carico. Rispetto, ad esempio, al *social network* Facebook, nel caso in cui tale segnalazione non dovesse sortire l'effetto sperato, l'utente può inviare ad esso una lettera raccomandata contenente una richiesta di accesso a tutti i dati che lo riguardano detenuti in relazione ai profili aperti a suo nome. Inoltre, se l'utente appartiene all'Unione Europea, può trasmettere un'istanza, ai sensi dell'art. 7 GDPR, per chiedere la conferma dell'esistenza e la comunicazione in forma intelligibile di tutti i dati che lo riguardano; ma anche per conoscere l'origine dei dati, le finalità, le modalità e la logica del trattamento, gli estremi identificativi del titolare e del responsabile, nonché i soggetti o le categorie di soggetti cui i dati sono stati comunicati o che possono venirne a conoscenza. Ancora, può pretendere la cancellazione e il blocco del falso *account* e dei dati illecitamente inseriti dallo stesso falso *account* e condivisi nel *social network*, chiedendo l'attestazione che tale operazione sia stata portata a conoscenza di coloro ai quali i dati sono stati comunicati o diffusi. Infine, può presentare opposizione formale al trattamento dei dati in questione.

[97] Pertanto, al fine di consentire l'accertamento dei reati commessi e di bloccare la prosecuzione dell'attività criminosa (oltre che i contatti con altri utenti), il Garante per la protezione dei dati personali, in attesa di riuscire a

ISSN 2036-7821

La tutela dell'identità digitale da parte dell'ordinamento avviene, dunque, attraverso tecniche diverse e principalmente sotto due profili differenti: da un lato, attraverso l'impiego di sistemi di sicurezza informatica che impediscano l'accesso ad informazioni riservate; dall'altro, sotto il profilo dell'identità personale dell'utente, tramite la previsione normativa di principi e regole per gli operatori grazie ai quali garantire la liceità del trattamento dei dati. Ad ogni buon conto resta ferma la necessità che ciascun utente controlli i propri dati personali sul *web*, nella consapevolezza che è preferibile evitare i rischi *ab origine* piuttosto che dovervi, invece, porre rimedio dopo che si siano verificati.

8. L'attività della Pubblica Amministrazione e le conseguenze degli attacchi informatici tra difficoltà di prevenzione e di gestione.

La Pubblica Amministrazione ha il dovere di svolgere la sua attività perseguendo il principio della "buona amministrazione", che costituisce un diritto fondamentale della persona, riconosciuto come tale dall'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea[98].

Quello alla "buona amministrazione" rappresenta «*un principio guida dell'azione amministrativa, la cui nozione giuridica coincide con quell'idea filosofica secondo cui una buona Amministrazione Pubblica è un'amministrazione che adempie alle funzioni che le sono proprie nel contesto di una democrazia, ed è un'amministrazione che è al servizio dei cittadini e che svolge il proprio lavoro in maniera imparziale e razionale, giustificando le proprie azioni ed orientandosi continuamente all'interesse generale*»[99]. La digitalizzazione e l'utilizzo delle sempre più moderne tecnologie nel nostro Paese devono consentire, dunque, il miglioramento e la semplificazione dei procedimenti all'interno dei quali l'Amministrazione deve trattare e gestire le questioni che ineriscono al rapporto con i cittadini in modo equo, imparziale e trasparente. Del resto, anche la nostra

identificare il responsabile di essa, ordina al social di non effettuare un ulteriore trattamento e di conservare i dati finora trattati, senza provvedere lui stesso, autonomamente, alla loro cancellazione.

[98] Tale articolo prevede che ogni persona ha diritto a che «*le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione*», specificando che esso si sostanzi, ad esempio, nel diritto ad essere ascoltati prima che venga adottato un provvedimento individuale eventualmente pregiudizievole; o in quello di accedere al fascicolo nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale.

[99] D. U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione. Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT,* in (a cura di) R. CAVALLO PERIN e D. U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale,* Giappichelli, 2020, pp. 85-86. Per un approfondimento sul tema si vedano anche D. U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE),* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2019, 2, p. 165 ss. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione,* in M. P. CHITI, G GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo,* Giuffrè, Milano, 2007, pp. 63 ss.; A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno,* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 427 ss. F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione,* in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa. Saggi sul procedimento amministrativo,* Giappichelli, Torino, 2016.

ISSN 2036-7821

Costituzione, all'art. 97, richiede che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, e tali risultati sono conseguibili solo da parte di un'amministrazione efficiente, che, cioè, assume le proprie decisioni entro un tempo ragionevole e nel rispetto, nella tutela e nella garanzia degli interessi dei cittadini, singolarmente quanto collettivamente considerati.
Tra tali interessi deve esserci, ovviamente, anche quello a che quegli stessi strumenti che semplificano l'attività amministrativa e che il percorso di digitalizzazione ha reso possibile implementare nel nostro ordinamento non siano cd. "lame a doppio taglio" trasformandosi in strumenti che, invece, espongano a rischi gli interessi stessi mettendoli in pericolo.
Si è già detto che la Pubblica Amministrazione può diventare facilmente un "amo" attraverso cui fare abboccare vittime inconsapevoli che, ingannate da *e-mail* fraudolente - contraddistinte da loghi ad essa appartenenti ma che, in realtà, sono contraffatti, e partono da indirizzi di posta elettronica falsi - possono essere indotte ad immettere i dati richiesti e che saranno poi utilizzati per scopi non leciti.
In tali situazioni la Pubblica Amministrazione, anche se in maniera indiretta, è vittima delle frodi tanto quanto i destinatari delle *mail* stesse in quanto viene "strumentalizzata" dai criminali informatici che si avvalgono dello schermo dei suoi loghi per raggiungere il proprio obiettivo con maggiore possibilità di riuscita.
Il problema diventa più grave quando, invece, le condotte criminose sono specificamente indirizzate ad essa, in quanto, data la sua ontologica natura di "raccoglitore" di dati personali e sensibili dei cittadini, l'attacco informatico avrà inevitabili ripercussioni sulla collettività, i cui interessi saranno direttamente lesi. Infatti, se, come detto, ciascun individuo è personalmente responsabile della gestione della propria identità digitale e deve utilizzarla e tutelarla allo stesso modo di quella personale, parallelamente alla sua responsabilità di sarà, tanto più, quella della Pubblica Amministrazione, in quanto ad essa fa capo una molteplicità di interessi che appartengono ad un numero indefinito di individui, singolarmente o collettivamente considerati, della cui tutela e della cui protezione deve necessariamente farsi carico. Essa agisce per conto dei cittadini, ed il rapporto con questi è stato oggetto di importanti e determinanti disposizioni normative finalizzate a perfezionarlo e a semplificarlo, a cominciare già da quelle contenute nella legge sul procedimento amministrativo[100] che, gradualmente, è stato trasformato nel "luogo" della informatizzazione dei documenti amministrativi[101] al fine di rendere sempre più trasparente il rapporto tra la Pubblica Amministrazione ed i cittadini stessi[102].

[100] L. n. 241 del 1990.

[101] La disciplina relativa alla informatizzazione della Pubblica Amministrazione è stata introdotta nell'impianto della L. 241/90 grazie alla legge n. 15 del 2005, la quale vi ha inserito l'art. 3 *bis*, rubricato "Uso della telematica", da attuarsi all'interno della Pubblica Amministrazione, sia nei rapporti con altre P.A., che nei rapporti con i privati. Dello stesso anno, come già detto, è anche il Codice dell'Amministrazione digitale, introdotto, invece,

ISSN 2036-7821

Nonostante il panorama normativo in tema di digitalizzazione sia, allo stato, ampio e sufficientemente implementato, l'emergenza sanitaria dell'ultimo anno ha, però, colto quasi impreparato il nostro Paese sotto questo aspetto, a causa, evidentemente, dell'assenza di un piano strutturato tramite il quale consentire a tutti i cittadini un equo accesso ai servizi digitali, non solo dal punto di vista materiale, ma anche da quello dell'istruzione all'utilizzo di essi. Una preparazione più adeguata avrebbe consentito, senza dubbio, una maggiore capacità di individuazione dei reali o potenziali attacchi ai sistemi informatici che ancora più frequentemente si sono verificati, ed avrebbe potuto anche tradursi nella possibilità di creare un rapporto di collaborazione tra cittadini e Pubblica Amministrazione, quasi in una sorta di reciproca difesa dalle problematiche in questione.
Oltre all'impreparazione generalizzata - conseguenza del già evidenziato "dilagante" analfabetismo digitale che deve, evidentemente, essere colmato e superato - però, la crisi pandemica ha evidenziato anche che non sussistono ancora, in capo all'Amministrazione, strumenti adeguati tramite cui gestire ed avvantaggiarsi della digitalizzazione, e dunque tali da consentirle di prevenire ed evitare che essa stessa sia esposta agli attacchi ai sistemi informatici.
L'Agid (Agenzia per l'Italia digitale)[103], infatti, ha reso noto che la maggior parte dei siti della Pubblica Amministrazione è seriamente esposta a rischi perché non è "sufficientemente sicura" (addirittura lo sarebbe solo il nove per cento di essi), e dunque i dati dei cittadini sono particolarmente vulnerabili[104]. L'Agenzia ha precisato che la causa di tale vulnerabilità vada ricercata negli stessi *software*, i quali, spesso, non sono aggiornati e sono mal configurati per cui, oltre a determinare disservizi e

tramite il D. Lgs. n. 80 del 14 maggio 2005, emanato a seguito della delega al Governo contenuta all'articolo 10 della legge 29 luglio 2003, n. 229, ed entrato in vigore nell'ordinamento italiano il 1° gennaio 2006. A proposito della digitalizzazione del procedimento amministrativo si vedano, *ex multis*, A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011; R. CAVALLO PERIN e I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in (a cura di) R. CAVALLO PERIN e D. U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020, pp. 119-158; J. B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 3, pp. 619-641; C. NOTARMUZI, *Il procedimento amministrativo informatico*, in www.astrid-online.it, 2006.

[102] Interessante è, al riguardo, S. ROSSA, *Trasparenza e accesso all'epoca dell'amministrazione digitale*, in (a cura di) R. CAVALLO PERIN e D. U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020, pp. 247-275; ma si vedano anche B. PONTI (a cura di) *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, 2016; M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

[103] L'Agenzia per l'Italia digitale è stata istituita - tramite il D. L. 22 giugno 2012 n. 83 (cosiddetto "Decreto sviluppo") convertito in legge 7 agosto 2012 n. 134 - al fine di perseguire il massimo livello di innovazione tecnologica nell'organizzazione e nello sviluppo della Pubblica Amministrazione. In pratica, essa ha il compito di accreditare o autorizzare i soggetti (pubblici o privati) che svolgono attività in ambito digitale, quali, ad esempio, la conservazione sostitutiva, i certificati digitali, le marche temporali, le PEC, nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e trasparenza e secondo criteri di efficienza, economicità ed efficacia.

[104] Dati quali le credenziali di pagamento, i dati sanitari e qualsiasi altra informazione riservata.

ISSN 2036-7821

discontinuità, sono anche facilmente attaccabili[105] tramite l'intrusione in essi, finalizzata non solo all'esfiltrazione di dati sensibili degli utenti del portale, ma anche all'infiltrazione di *malware* che possono addirittura portare ad un "sabotaggio" dell'intero sistema.

Il settore della Pubblica Amministrazione, in pratica, sembra essere quello maggiormente colpito ed aggredibile, ed i Comuni sono tra gli obiettivi più vulnerabili: rispetto ad essi il blocco di un qualsiasi servizio influisce direttamente sul benessere dei cittadini e si traduce non solo in perdite finanziarie, ma anche in altre conseguenze socialmente impattanti. Nel periodo di emergenza sanitaria, infatti, sono stati particolarmente frequenti attacchi realizzati attraverso strumenti informatici tecnologici che permettono di intercettare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera di un *computer* anche se si trova in remoto (*keylogger*)[106]; attacchi in grado di rubare credenziali di accesso e dati sensibili, di spiare le vittime e di infettare i sistemi con una notevole velocità e varietà di *routine*[107]. Il vettore di diffusione "predefinito", anche in questo caso, è stato rappresentato dalle *e-mail* di *phishing*, ma anche via USB, dunque tramite le periferiche esterne di archiviazione.

I destinatari pubblici di queste condotte fraudolente sono stati vari, primo fra tutti l'INPS, oggetto di un serio e pericoloso attacco di *phishing* proprio nel pieno della crisi pandemica, quando cominciarono ad essere erogati da parte dell'Istituto i contributi economici necessari a "tamponare" le conseguenze delle interruzioni delle attività lavorative dovute al *lockdown*: attraverso tale attacco sono stati veicolati *malware* che hanno causato una serie di danni notevoli, tra cui la capacità di intercettare traffico di rete, di sottrarre credenziali ed anche di installare aggiuntivi codici malevoli.

Gli attacchi rivolti ad una Pubblica Amministrazione, allo stesso modo di quanto può accadere con una società, un'azienda o un privato cittadino, provocano certamente rilevanti danni economici e di violazione della *privacy*; ma quando l'Amministrazione attaccata è un ospedale, le conseguenze possono essere molto più gravi, perché ad essere coinvolta è la salute degli individui, diritto ed interesse fondamentale ed inviolabile, al quale sono legate informazioni confidenziali e sensibili, aventi, purtroppo, un alto valore remunerativo nel *Dark Web*. Le strutture

[105] I dati evidenziati dall'Agid sono il frutto degli studi richiesti dal Piano triennale per l'informatica 2020-2022, dai quali è emerso che, a fronte della esigua percentuale del 9% di siti sicuri, addirittura il 67% dei domini pubblici presenta "gravi problemi" ed il 22% è "mal configurato".

[106] Secondo i dati contenuti nel *Threat Intelligence Report* 3Q2020, elaborato dall'Osservatorio *CyberSecurity* di *Exprivia*, infatti, nel periodo luglio-settembre del 2020 sono stati registrati 148 attacchi, incidenti e violazioni della *privacy*, rispetto ai 171 eventi del periodo aprile-giugno e ai 49 tra gennaio e marzo dello stesso anno. Così come ce ne sono stati molti anche nel primo semestre del 2021: si ricorda, tra quelli più gravi, l'attacco *ransomware* ai sistemi informativi della Regione Lazio - infrastruttura critica che rientra nel perimetro della Direttiva NIS del 2016.

[107] Specificamente si fa riferimento a *MassLogger*, il *keylogger* che ruba credenziali di accesso e dati sensibili sia ad utenti privati che ad utenze della Pubblica Amministrazione.

ISSN 2036-7821

sanitarie, inoltre, oltre ad essere tra le più attrattive per il *cyber crime* proprio per questo motivo, rappresentano anche un bersaglio ancora più facile da cogliere rispetto alle altre amministrazioni, perché i sistemi informativi sanitari, nel mentre sono generalmente attenti a rispettare le normative sulla *privacy*, non sono, invece, progettati e gestiti in modo da resistere ad attacchi informatici mirati, rendendo la sanità poco protetta e, dunque, vittima perfetta per i *cyber*criminali[108]. Pertanto, il blocco dei sistemi informativi ospedalieri che consegue ad un attacco di *ransomware* riesce concretamente a minare la capacità operativa della struttura che ne è vittima, mettendo, ovviamente, a rischio la salute dei pazienti, perché il *ransomware*, una volta infiltratosi in una rete, provvede a cifrare tutti i dati che riesce a trovare sui sistemi raggiungibili da quella stessa rete, provocandone il blocco totale almeno fino a quando non sarà stato pagato, all'organizzazione criminale che ha condotto l'attacco, il riscatto che consentirà di ottenere, in cambio, la specifica chiave in grado di decifrare i dati virtualmente "sequestrati"[109].

Se da un attacco *ransomware* ad una struttura ospedaliera deriva la morte di un paziente, esiste una norma che punisce tale condotta, e cioè quella di omicidio contenuta nel codice penale; ma è altrettanto necessario che sussistano strumenti e misure di natura preventiva ed obbligatoria grazie ai quali evitare in radice che si verifichino episodi gravi di tal genere; e, dunque, se, effettivamente, la causa principale di essi è da ascriversi a sistemi *software* poco robusti ed aggiornati, una prima soluzione dovrebbe, evidentemente, essere quella di investimenti maggiori e più costanti nel tempo, sia di natura economica che sotto forma di risorse umane, e che, specie nella *cybersecurity*, finora non sono ancora stati così rilevanti.

L'emergenza Covid-19 si è rivelata un'occasione propizia all'aumento degli attacchi informatici, che avrebbero, invece, potuto essere contrastati con maggiore decisione se ci fosse stato un più elevato livello di conoscenza e di formazione sulla sicurezza. Tale imprevisto ed imprevedibile accadimento, paradossalmente, tra le gravi conseguenze che ha determinato, ha anche evidenziato che è necessario investire a tutti i livelli in cultura digitale, in misure proattive che accrescano la consapevolezza e le competenze per riconoscere un crimine e, soprattutto, per fare in modo che esso non si verifichi.

La digitalizzazione di un Paese non può limitarsi solo a predisporre le norme giuridiche che la prevedono. Essa dipende da numerosi fattori: da quelli infrastrutturali, legati alla disponibilità sul territorio di una rete in banda ultra larga sicura, efficiente ed accessibile a cittadini e imprese; a quelli culturali, relativi alla

[108] Tanto è vero che si è registrato che gli attacchi ad essa sono aumentati talmente tanto da arrivare alla percentuale del 38% nel terzo trimestre del 2020.

[109] Purtroppo, anche in Italia sono stati registrati attacchi *ransomware* diretti ad ospedali; specificamente, allo Spallanzani di Roma - episodio che si è verificato nelle prime fasi dell'esplosione della pandemia, e cioè a marzo 2020 -, ed al Fatebenefratelli di Erba, nel dicembre 2019.

ISSN 2036-7821

diffusione delle competenze digitali e al radicamento di una mentalità "digitale" nel contesto economico e sociale; a quelli, infine, di sistema, legati alla presenza di normative capaci di governare il cambiamento nell'ottica di stimolare l'innovazione a tutti i livelli. Rispetto a tali fattori, la Pubblica Amministrazione ha, senza dubbio, cambiato il proprio approccio che, infatti, denota una maggiore consapevolezza circa la necessità di creare un modello organico, nel quale confluiscano indirizzi e piani nazionali che comprendano tutti i fattori chiave e che la pongano al centro del cambiamento. Ma, evidentemente, il percorso da compiere è ancora lungo. L'obiettivo a cui si deve tendere, infatti, è quello di allinearla alle stesse logiche aziendali in materia di sicurezza informatica: in pratica, bisognerebbe integrare il *cyber risk* all'interno dell'*enterprise risk management framework* aziendale (ERM)[110], partendo dalla definizione di una strategia precisa e con un processo gestionale rigoroso, grazie al quale riuscire a comprendere che il *cyber risk* non è un rischio residuale, ma è uno dei più critici, relativamente al quale non sono più tollerabili né la scarsa consapevolezza del reale valore delle informazioni trattate, né la non adeguatezza a sostenere una corretta strategia di mitigazione del rischio degli investimenti tecnologici, né, infine, la scarsa preparazione del personale su questi temi.
È necessario un approccio basato su una maggiore *governance* e gestione del rischio: in pratica, è necessario che le amministrazioni comprendano che ad un progetto di sviluppo digitale si debba affiancare sempre una corretta strategia di *security;* e che l'*Information security* debba divenire parte del processo organico di sviluppo digitale di qualsiasi Pubblica Amministrazione.

9. *Le prospettive di riforma della* cyber*sicurezza contenute nel PNRR.*
La situazione attuale in materia di sicurezza informatica non consente di ravvisare ancora una perfetta corrispondenza tra ciò che dovrebbe essere in teoria e quello che, invece, è nella realtà; e la ragione è che non sembra essere ancora del tutto chiaro che è l'intera organizzazione amministrativa a dovere essere radicalmente modificata, attraverso un forte coinvolgimento innanzitutto dei *manager* pubblici che, concretamente, possono e devono provvedere all'analisi quantitativa del rischio sì da renderne reale il valore economico e, valutandolo in rapporto ai benefici, da potere intraprendere le azioni più opportune e fare gli investimenti più adeguati.
Solo grazie a questa evoluzione la Pubblica Amministrazione potrà svolgere il ruolo fondamentale e centrale che ci si attende da essa nella ripresa del Paese dalle conseguenze della pandemia grazie ai fondi europei e che è contenuto nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - elaborato dal Governo italiano e

[110] L'ERM è una disciplina di gestione del rischio aziendale che mantiene allineata l'organizzazione alle strategie per il perseguimento degli obiettivi e, proprio per questa sua natura, rappresenta uno strumento di *governance* aziendale.

ISSN 2036-7821

sottoposto alle istituzioni europee alla fine del mese di aprile 2021, per accedere ai fondi di Next Generation EU (NGEU)[111].

Esso contempla, tra le sue Missioni, proprio quella di dare un impulso decisivo al rilancio della competitività e della produttività del Sistema Paese[112], ed a tale fine prevede un intervento profondo, che agisca innanzitutto sulla connettività per cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni, ma anche sulla modernizzazione della Pubblica Amministrazione nell'ambito del sistema produttivo.

In particolare, la Missione 1 - indirizzata specificamente alla "Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura"[113] - nella prima delle tre componenti di cui è costituito ha, infatti, come obiettivo la digitalizzazione e la modernizzazione della P.A. attraverso lo sviluppo di un *cloud* nazionale e la effettiva interoperabilità delle banche dati di queste in parallelo e in sinergia con il progetto Europeo GAIA-X, all'interno del quale l'Italia intende avere un ruolo di primo piano.

Tale progetto introduce il nuovo *cloud* d'Europa[114]: in pratica, esso vuole realizzare un'infrastruttura, a livello europeo, il cui fine è quello di raggiungere la sovranità digitale europea nel campo del *cloud*, fornendo a tutti i Paesi *partner* uno standard unico e che sarà da questi condiviso per garantire la sicurezza dei dati dei Paesi UE, collegando tra di loro i diversi servizi in *cloud* e dando luogo ad una Federazione efficiente e competitiva di infrastrutture di dati e fornitori di servizi in ambito UE.

L'obiettivo, dunque, è quello di raggiungere un elevato livello di digitalizzazione per completare il percorso delle riforme della Pubblica Amministrazione[115] e realizzare un vero e proprio cambiamento strutturale, organico e integrato, ai diversi livelli di governo, che la trasformi in amministrazione competente, semplice, *smart* e soprattutto capace di offrire servizi di qualità ai cittadini e alle imprese.

Ma perché questo obiettivo si realizzi non è necessario solo agire sugli aspetti di "infrastruttura digitale", spingendo la migrazione al *cloud*[116] delle amministrazioni,

[111] I fondi di Next Generation EU (NGEU) rappresentano il nuovo strumento dell'Unione europea per la ripresa che integra il Quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027.

[112] Tale è il contenuto della Missione 1.

[113] Tale missione – che si struttura in 3 componenti - si pone come obiettivo la modernizzazione del Paese, abbracciando la rivoluzione digitale, sia nella Pubblica Amministrazione sia nel suo sistema produttivo, le necessarie riforme "di sistema", quella della Giustizia e la piena realizzazione di quella della P.A., e – infine – investendo nei settori che più caratterizzano l'Italia e ne definiscono l'immagine nel mondo: il turismo e la cultura.

[114] Esso è stato presentato per la prima volta al Digital Summit 2019 a Dortmund, in Germania.

[115] Per la realizzazione di tali riforme andrà sviluppato un "Programma di innovazione strategica della P.A.", secondo le previsioni del PNRR.

[116] Il *cloud* rappresenta il *server* grazie al quale, accedendovi tramite *Internet*, gli utenti e le imprese hanno la possibilità di gestire il *software* e i *database* che si trovano su di esso e dunque di accedere agli stessi file e alle stesse applicazioni da ogni dispositivo e da dovunque si trovino, perché l'elaborazione e l'archiviazione dei dati hanno luogo in *server* che si trovano in *datacenter* nel dispositivo dell'utente.

ISSN 2036-7821

accelerando l'interoperabilità tra gli enti pubblici e snellendo le procedure[117]; è, altresì, necessario anche rafforzare le difese di *cybersecurity*.

La promozione dell'innovazione e della digitalizzazione del sistema produttivo attraverso incentivi agli investimenti in tecnologia, ricerca e sviluppo rappresenta, dunque, un passaggio strumentale alla realizzazione di un modello di Amministrazione più efficiente, e siccome, come detto, dalla digitalizzazione deriva, purtroppo, anche l'aumento del livello di vulnerabilità della società rispetto a minacce *cyber*, (sotto forma di frodi, ricatti informatici, attacchi terroristici ed altro), il PNRR prevede non solo un Investimento[118] destinato proprio alla *cybersecurity*, attraverso il quale introdurre importanti misure di rafforzamento delle difese *cyber* del Paese, a partire dalla piena attuazione della disciplina in materia di "Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica[119]"; ma anche un Investimento relativo alle

[117] Ad esempio evitando di chiedere a cittadini ed imprese informazioni già fornite in precedenza, in base al principio del "*once only*."

[118] L'Investimento in questione è l'1.5. Segnatamente, gli investimenti sono organizzati su quattro aree di intervento principali: innanzitutto il rafforzamento dei presidi di *front-line* per la gestione degli *alert* e degli eventi a rischio intercettatati verso la Pubblica Amministrazione e le imprese di interesse nazionale. In secondo luogo, si vuole costruire o rendere più solide le capacità tecniche di valutazione e *audit* continuo della sicurezza degli apparati elettronici e delle applicazioni utilizzate per l'erogazione di servizi critici da parte di soggetti che esercitano una funzione essenziale. Inoltre, si vuole investire nell'immissione di nuovo personale sia nelle aree di pubblica sicurezza e polizia giudiziaria dedicate alla prevenzione e investigazione del crimine informatico diretto contro singoli cittadini, sia in quelle dei comparti preposti a difendere il Paese da minacce cibernetiche. Infine, si prevede di irrobustire gli *asset* e le unità *cyber* incaricate della protezione della sicurezza nazionale e della risposta alle minacce *cyber*.

[119] Il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica è stato istituito attraverso il D.L. n. 105 del 2019 - convertito nella legge n. 133 del 2019 - successivamente emendato con il cd. decreto "milleproroghe" 2020, ovvero il D.L. 30 dicembre 2019, n. 162 (convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 2020, n. 8). In realtà, la definizione di esso è stata rinviata ad un d.p.c.m. da adottare su proposta del Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR), entro la "cornice" indicata dal decreto legge. In ogni caso, la *ratio* sottesa alla sua istituzione è quella di assicurare un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici delle amministrazioni pubbliche, degli enti e degli operatori pubblici e privati aventi una sede nel territorio nazionale «*da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale*», nonché a criteri che dovranno essere rispettati nella definizione. Tali criteri sono: l'individuazione di soggetti che esercitano una funzione essenziale dello Stato, ovvero assicurano un servizio essenziale per il mantenimento delle attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato; la dipendenza dell'esercizio di tale funzione o della prestazione del servizio da reti, sistemi informativi e servizi informatici; la gradualità in rapporto all'entità del pregiudizio per la sicurezza nazionale ed in relazione alle specificità dei diversi settori. L'atto amministrativo con il quale vengono indicati tali criteri è sottratto all'accesso e non è soggetto a pubblicazione, ferma la separata comunicazione data a ciascun soggetto inserito nel perimetro, senza ritardo, dell'avvenuta iscrizione nell'elenco. Come evidenziato in dottrina, tale sottrazione ha, evidentemente, lo scopo di garantire e tutelare la sicurezza nazionale, in linea con la previsione dell'art. 24 della l. n. 241 del 1990. Cfr. B. BRUNO, Cybersecurity *tra legislazioni, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, su www.federalismi.it, n. 14/2020, 26 ss.

ISSN 2036-7821

Competenze digitali di base[120] che avrà, invece, lo scopo di migliorare il livello di alfabetizzazione digitale in maniera generalizzata.
Insomma, la Pubblica Amministrazione ha l'obbligo di "migliorare" per stare al passo con la nuova realtà e di conoscere e predisporre strumenti di difesa e di contrasto delle minacce diversi da quelli che sono stati utilizzati fino ad ora - come, ad esempio, gli *antimalware*, o il controllo del traffico e della posta elettronica – e che sono stati dei "rimedi" adottati successivamente al verificarsi delle minacce stesse, piuttosto che degli strumenti di prevenzione.
Nell'implementazione di sempre più evoluti processi di digitalizzazione, la Pubblica Amministrazione deve garantire il costante aggiornamento dei sistemi e deve predisporre adeguate misure di sicurezza, educando e sensibilizzando i dipendenti alle tematiche della *cybersecurity* - e cioè alle minacce informatiche e alle modalità di contrastarle - affinché i loro errori e la loro impreparazione non siano la causa del mancato miglioramento dei processi.
In un'ottica di "*cyber*-resilienza", in pratica, la Pubblica Amministrazione deve, da un lato, assicurare la protezione dell'interesse pubblico per i dati personali e sensibili degli interessati-cittadini, attraverso la protezione dei sistemi; e, dall'altro, deve garantire l'esistenza di un sistema di recupero celere grazie al quale ripristinare lo *status quo ante* nel caso in cui essa resti vittima di un attacco che determini la perdita di disponibilità o dell'integrità o della riservatezza delle informazioni e che possa avere come conseguenza la compromissione del naturale e costante prosieguo dell'attività pubblica, ostacolando, di fatto, l'attuazione del diritto alla "buona amministrazione" richiesto per la migliore soddisfazione degli interessi pubblici.

10. I recentissimi interventi normativi in materia di sicurezza informatica a livello europeo e nazionale.
Gli evidenziati obiettivi che il PNRR si propone di realizzare per raggiungere un modello di Amministrazione più efficiente possono essere conseguiti solo attraverso una consapevole azione congiunta da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione europea ed una adeguata individuazione delle specifiche competenze all'interno di ciascuno di essi.
Tali auspicabili risultati sono gli obiettivi di due recentissimi atti normativi, uno di livello europeo ed uno di livello nazionale, e cioè il Regolamento (UE) 2021/887, che istituisce il Centro Europeo di competenza per la *cyber*sicurezza, e la Legge 109/2021 che istituisce l'Agenzia per la *cyber*sicurezza nazionale.
a) *Il Regolamento (UE) 2021/887 istitutivo del Centro Europeo di competenza per la* cyber*sicurezza*

[120] Investimento 1.7.

ISSN 2036-7821

L'Unione Europea, il 20 maggio 2021, ha emanato un atto di fondamentale importanza e che rappresenterà un imprescindibile punto di riferimento per tutti i Paesi dell'Unione; si tratta del Regolamento (UE) 2021/887 del Parlamento Europeo e del Consiglio, che istituisce il "Centro europeo di competenza per la *cyber*sicurezza nell'ambito industriale, tecnologico e della ricerca e la rete dei centri nazionali di coordinamento", ovvero un atto normativo emanato su un presupposto indefettibile, e cioè la consapevolezza che «*la maggior parte della popolazione dell'Unione è collegata a Internet*» e che «*la vita quotidiana delle persone e le economie dipendono sempre di più dalle tecnologie digitali*» con la conseguenza che non solo i cittadini ma anche le imprese sono sempre più esposti a gravi incidenti di *cyber*sicurezza[121].

Partendo da questa premessa, l'Unione Europea fornisce gli Stati membri dello strumento che possa loro consentire di potenziare le «*capacità tecnologiche e* industriali» ricorrendo a «*standard elevati e soluzioni olistiche in materia di cybersicurezza che coinvolgano le persone, i prodotti, i processi e le tecnologie dell'Unione*», ma anche di «*una leadership dell'Unione negli ambiti della cybersicurezza e dell'autonomia digitale*». In pratica, grazie al Centro di competenza che istituisce con tale Regolamento, l'Unione si prefigge l'obiettivo di coinvolgere tutti gli Stati nell'adozione di azioni congiunte in materia di sicurezza informatica, sensibilizzandoli circa le minacce rivolte alla sicurezza ed all'autonomia digitale e stimolandoli allo sviluppo di competenze, capacità e abilità, «*tenendo pienamente conto delle implicazioni e preoccupazioni sociali ed etiche*».

Come è noto, gli interventi normativi a livello europeo, che pure hanno svolto un indubbio ruolo nell'identificazione dei profili nevralgici e nella promozione di un approccio unitario in materia di sicurezza informatica, hanno, però, affrontato il tema con prudenza ed anche un po' di lentezza.

Infatti, prima di istituire l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione grazie al Reg. CE n. 460/2004 - ENISA - si sono registrati solo normative o prescrizioni non vincolanti per gli Stati membri. Tale Agenzia è stata inizialmente configurata quale organo tecnico di assistenza alla Commissione europea ed agli Stati membri; successivamente, con il reg. CE n. 526/2013[122] il suo ruolo è stato rilanciato fino al giugno del 2020, pur lasciando ampio spazio di manovra agli Stati membri[123], ma è solo con il Regolamento (UE) 2019/881 (c.d. *Cybersecurity act*), che essa ha finalmente assunto confini operativi più definiti.

---

[121] Considerando 1.

[122] Reg. (CE) 21-5-2013 n. 526/2013, Regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo all'Agenzia dell'Unione europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione (ENISA) e che abroga il regolamento (CE) n. 460/2004.

[123] B. BRUNO, Cybersecurity *tra legislazioni, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, cit. che evidenzia che non sono stati molti gli atti rilevanti dell'ENISA e che tra questi va menzionato quello del dicembre del 2012, il report "*National Cyber Security Strategies. Practical Guide on Development and Execution*", perché è quello che ha poi fornito il quadro di riferimento per I documenti programmatici italiani in materia di *cybersecurity*.

ISSN 2036-7821

Va, però, evidenziato che è del 2013 anche la «Strategia dell'Unione europea per la *cyber*sicurezza: un *cyber*spazio aperto e sicuro» («Strategia per la *cyber*sicurezza del 2013») - intesa a promuovere un ecosistema cibernetico affidabile, sicuro e aperto – mentre sono del 2016 le prime misure nel settore attraverso la Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla sicurezza delle reti e dei sistemi informativi[124], che ha previsto i primi meccanismi di cooperazione strategica e operativa tra gli Stati membri, oltre che alcuni obblighi riguardanti le misure di sicurezza e le notifiche degli incidenti nei principali settori strategici a livello economico e sociale. L'Italia l'ha recepita con il D. Lgs. n. 65 del 2018, che, però, poco ha inciso sulle dinamiche del mercato e dei *market players* digitali.

Nel 2017, l'Unione Europea è stata invitata a diventare un *leader* mondiale in materia di sicurezza informatica entro il 2025, al fine di garantire la fiducia, la sicurezza e la tutela dei cittadini, dei consumatori e delle imprese *online* e «*di fare sì che Internet sia libero, più sicuro e regolamentato*», ma tale obiettivo, come si evidenzia nello stesso Regolamento (UE) 2021/887, purtroppo, allo stato, non è ancora raggiungibile, in quanto mancano capacità e mezzi tecnologici sufficienti grazie ai quali raggiungerlo, e tale insufficienza è, a sua volta, causata da investimenti frammentari e da un accesso assai limitato alle conoscenze, alle competenze ed alle strutture in materia che determinano scarsi risultati sulla ricerca e sull'innovazione che possano tradursi in soluzioni commercializzabili o di ampia diffusione in tutti i comparti economici.

La *ratio* sottesa all'istituzione del Centro di competenza[125] è, dunque, quella di concentrare gli investimenti nello sviluppo industriale, nella tecnologia e nella ricerca sulla *cyber*sicurezza, al fine di attuare progetti e iniziative pertinenti in collaborazione con la rete[126] e di fornire l'adeguato sostegno finanziario attraverso sinergie e coordinamenti che evitino inutili duplicazioni. Sarà, infatti, il Centro di competenza ad agevolare lo sviluppo di infrastrutture, pur non dovendo esso svolgere direttamente compiti operativi quali quelli connessi ai gruppi di intervento per la sicurezza informatica in caso di incidenti (CSIRT), compresi il monitoraggio e la gestione di questi.

In pratica, il Centro è un organismo dotato di personalità giuridica[127] - la cui durata sarà limitata al periodo compreso fra il 28 giugno 2021 e il 31 dicembre 2029 - il quale, insieme con la Rete e la Comunità, dovrebbe contribuire al progresso e alla diffusione dei prodotti, servizi e processi per la sicurezza informatica, promuovendo, al

[124] Nota come direttiva NIS "*network and information security*".

[125] Esso ha sede a Bucarest e, ai sensi dell'art. 11 del Regolamento, ne sono membri l'Unione, rappresentata dalla Commissione, e gli Stati membri; la sua struttura comprende un consiglio di direzione, un direttore esecutivo ed un gruppo consultivo strategico.

[126] Per "rete" si intende quella costituita dai vari centri nazionali di coordinamento che il Regolamento vuole che siano istituiti in ciascuno Stato membro al fine di coadiuvare il Centro di competenza.

[127] Ad esso si applica il regolamento delegato (UE) 2019/715 della Commissione.

ISSN 2036-7821

contempo, ove possibile, l'attuazione del quadro europeo di certificazione della *cyber*sicurezza istituito dal Regolamento (UE) 2019/881.

Gli Stati sono investiti della responsabilità di contribuire al finanziamento del Centro di competenza anche attraverso sovvenzioni concesse da uno Stato membro ad un beneficiario in tale Stato[128], sì da integrare il sostegno finanziario dell'Unione ad un progetto nell'ambito del programma di lavoro annuale; è previsto, altresì, che, qualora un ente di uno Stato membro sia esso stesso beneficiario di un sostegno finanziario dell'Unione, saranno possibili anche contributi in natura, vale a dire contributi che corrispondono alle «*spese ammissibili sostenute dai centri nazionali di coordinamento e da altri enti pubblici quando questi partecipano a progetti finanziati dal regolamento, laddove tali spese non sono finanziate mediante un contributo dell'Unione o un contributo finanziario degli Stati membri*»[129].

Il Regolamento, inoltre, si preoccupa di fornire tutte le definizioni necessarie ed essenziali al fine di comprendere in maniera adeguata le problematiche connesse al tema della sicurezza informatica, riprendendo, ad esempio, quella relativa a cosa sia una "minaccia informatica"[130] ma anche cosa si intenda per "azione congiunta"[131].

Le funzioni ed i compiti attribuiti al Centro di competenza saranno svolte congiuntamente con gli Stati membri: infatti, l'art. 6 prevede che, entro il 29 dicembre 2021, ciascuno di essi designi un centro nazionale di coordinamento, vale a dire un ente (che può essere anche già situato in tale Stato membro) che appartenga al settore pubblico o sia a partecipazione pubblica maggioritaria e che eserciti funzioni amministrative pubbliche ai sensi del diritto nazionale, anche per delega. Esso deve essere in grado di sostenere il Centro di competenza e la rete nell'assolvimento della loro missione, disponendo di competenze in materia di *cyber*sicurezza nell'ambito della ricerca e della tecnologia.

In pratica, i vari centri nazionali fungono da punti di contatto a livello nazionale per la comunità ed assistono il Centro di competenza nel conseguimento dei suoi obiettivi e dei suoi compiti strategici, tra i quali, ad esempio, quello di sviluppare e monitorare l'attuazione dell'"agenda"[132].

---

[128] Considerando 52.

[129] Art. 1.

[130] Già definita come «*qualsiasi circostanza, evento o azione che potrebbe danneggiare, perturbare o avere un impatto negativo di altro tipo sulla rete e sui sistemi informativi, sugli utenti di tali sistemi e altre persone*» dall'art. 2, punto 8) del citato Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 aprile 2019 relativo all'ENISA, l'Agenzia europea per la *cyber*sicurezza.

[131] Si tratta di «*un'azione prevista nel programma di lavoro annuale che riceve un sostegno finanziario a titolo di Orizzonte Europa, del Programma Europa digitale o di altri programmi dell'Unione, nonché un sostegno finanziario o in natura da parte di uno o più Stati membri, ed è attuata mediante progetti che coinvolgono beneficiari stabiliti in tali negli Stati membri e che ricevono un sostegno finanziario o in natura ai beneficiari provenienti dai medesimi Stati membri*».

[132] L'agenda è definita, all'art. 1, come la strategia di cybersicurezza «in materia industriale, tecnologica e della ricerca globale e sostenibile, che formula raccomandazioni strategiche per lo sviluppo e la crescita del settore europeo della cybersicurezza nell'ambito industriale, tecnologico e della ricerca, e che contiene le priorità

ISSN 2036-7821

Oltre ai Centri nazionali, un ruolo importante è attribuito alla Comunità delle competenze in materia di *cyber*sicurezza; quest'ultima è costituita da organizzazioni industriali - comprese le PMI - accademiche e di ricerca, da altre associazioni pertinenti della società civile, ma anche da organizzazioni europee di normazione ed enti pubblici che si occupano di questioni operative e tecniche in materia di *cyber*sicurezza[133]. Anche la Comunità contribuisce alla missione del Centro di competenza e della Rete consolidando, condividendo e divulgando le competenze in materia di *cyber*sicurezza in tutta l'Unione.

Sia le azioni del Centro di competenza che quelle dei Centri nazionali e della Comunità devono essere improntate alla massima trasparenza, in quanto il pubblico e le parti interessate devono poter disporre tempestivamente di informazioni adeguate, obiettive, affidabili e facilmente accessibili, in particolare sui risultati del loro lavoro, potendo eventualmente anche presenziare in qualità di osservatori allo svolgimento di alcune attività.

Il Regolamento *de quo* segna, dunque, un passaggio importante in materia di sicurezza informatica, non solo perché istituisce un soggetto giuridico - il Centro di competenza, appunto - che deve svolgere la "missione" di coordinare le azioni di tutti gli Stati membri, ma anche perché, per la prima volta, evidenzia la necessità che esista una rete di soggetti, facenti capo ai singoli Stati stessi, che provveda a coordinare a livello nazionale le attività da implementare e che collabori con il Centro di competenza.

In pratica, attraverso tale atto normativo l'Unione europea ha investito ciascuno Stato della responsabilità di "fare gruppo" e di interagire su una tematica delicata, complessa ed ancora non adeguatamente studiata e compresa quale quella della *cybersecurity*, relativamente alla quale l'azione individuale non può essere efficace tanto quanto quella congiunta.

b) *La Legge 109/2021 istitutiva dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*

L'atto normativo di livello nazionale cui si è fatto cenno, invece, è la Legge 4 agosto 2021, n. 109, che, in realtà, è la legge di conversione del D. L. 82/2021 che è, per l'appunto, intitolata "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2021, n. 82, recante disposizioni urgenti in materia di *cyber*sicurezza, definizione dell'architettura nazionale di *cyber*sicurezza e istituzione dell'Agenzia per la *cyber*sicurezza nazionale"[134]; anche all'interno di tale disciplina, come nel Regolamento (UE) 2021/887, sono contenute le definizioni essenziali ai fini della comprensione del tema, prima fra tutte quella relativa proprio alla

strategiche per le attività del Centro di competenza e non è vincolante per quanto attiene alle decisioni da adottare riguardo ai programmi di lavoro annuali».

[133] Art. 8.

[134] L'istituzione di tale Agenzia era già stata prevista dalla Direttiva NIS e dal Reg. 881/2019, ma solo nel 2021 si è concretizzata.

ISSN 2036-7821

"*cyber*sicurezza"[135], ma anche quella relativa alla "resilienza nazionale nello spazio cibernetico"[136].

Tale legge, per la prima volta, individua ed attribuisce specificamente le competenze in materia di sicurezza informatica nazionale, istituendo, altresì, *ex novo* un soggetto deputato alla tutela ed alla garanzia di questo rilevante settore, vale a dire l'Agenzia per la *cyber*sicurezza nazionale.

Segnatamente, infatti, viene investito del potere di alta direzione e di responsabilità generale delle politiche di *cyber*sicurezza il Presidente del Consiglio dei Ministri, al quale competono l'adozione della strategia nazionale in materia - sentito il Comitato interministeriale per la *cyber*sicurezza (CIC)[137] - e la nomina e la revoca del direttore generale e del vice direttore generale dell'Agenzia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri.

All'Agenzia, invece, competono i compiti di coordinamento tra i soggetti pubblici coinvolti in materia di *cyber*sicurezza a livello nazionale e di promozione della realizzazione di azioni comuni dirette ad assicurare la sicurezza e la resilienza cibernetiche per lo sviluppo della digitalizzazione del Paese, del sistema produttivo e delle pubbliche amministrazioni.

Essa assume le funzioni di interlocutore unico nazionale per i soggetti pubblici e privati in materia di misure di sicurezza e svolge attività ispettive negli ambiti del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, della sicurezza delle reti e dei sistemi informativi e della sicurezza delle reti di comunicazione elettronica.

Può richiedere, anche sulla base di apposite convenzioni e nel rispetto degli ambiti di precipua competenza, la collaborazione di altri organi dello Stato, di altre amministrazioni, delle Forze armate, di quelle di Polizia o di enti pubblici per lo svolgimento dei suoi compiti istituzionali[138].

Presso l'Agenzia è costituito, in via permanente, il "Nucleo per la *cyber*sicurezza", a supporto del Presidente del Consiglio dei ministri per gli aspetti relativi alla

---

[135] Definita come l'insieme delle attività e degli obblighi derivanti da trattati internazionali, necessari per proteggere dalle minacce informatiche reti, sistemi informativi, servizi informatici e comunicazioni elettroniche, assicurandone la disponibilità, la confidenzialità e l'integrità e garantendone la resilienza, anche ai fini della tutela della sicurezza nazionale e dell'interesse nazionale nello spazio cibernetico.

[136] Con la quale si intendono le attività volte a prevenire un pregiudizio per la sicurezza nazionale come definito dall'articolo 1, comma 1, lettera f), del regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 luglio 2020, n. 131.

[137] Tale Comitato è istituito ai sensi dell'art. 4 della legge in questione.

[138] L'Agenzia ha sede a Roma ed è dotata di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria. Il suo direttore generale – che deve essere in possesso di una documentata esperienza di elevato livello nella gestione di processi di innovazione - dura in carica quattro anni, rinnovabili, con successivi provvedimenti, per una durata complessiva massima di ulteriori quattro anni. Si evidenzia, inoltre, che l'Agenzia è posta sotto il diretto controllo del COPASIR (Comitato Parlamentare per la Sicurezza della repubblica); essa è istituita in capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed avrà personale *ad hoc* anche non proveniente dalla Pubblica Amministrazione: in particolare, il suo organico sarà composto inizialmente da 300 dipendenti.

ISSN 2036-7821

prevenzione e preparazione ad eventuali situazioni di crisi e per l'attivazione delle procedure di allertamento.

Tale soggetto ha il compito di gestire in maniera unitaria le situazioni di crisi cibernetica (come quella che si è verificata durante la recente pandemia) e di assicurare che le attività di reazione e stabilizzazione di competenza delle diverse amministrazioni ed enti rispetto ad esse vengano espletate in maniera coordinata, mantenendo costantemente informato il Presidente del Consiglio dei ministri e raccogliendo ed elaborando rapporti e dati relativi alla crisi rispetto ai quali fornire informazioni. Il Nucleo deve, inoltre, provvedere a trasmettere tutti questi dati ai soggetti pubblici e privati interessati e deve partecipare ai meccanismi europei di gestione delle crisi cibernetiche, coordinandosi con gli omologhi organismi di altri Stati, della NATO, dell'Unione europea o di organizzazioni internazionali di cui l'Italia fa parte.

Va evidenziato, inoltre, che, in materia di trattamento dei dati personali, la legge *de qua* prevede espressamente che ai trattamenti effettuati da soggetti pubblici per finalità di difesa o di sicurezza dello Stato, in base ad espresse disposizioni di legge che prevedano specificamente il trattamento, si applicano le disposizioni del Codice della *Privacy*[139] concernenti i controlli relativi ai trattamenti di dati personali effettuati dal DIS, AISE e AISI[140] e di dati coperti da segreto di Stato. In base a tali disposizioni, il componente designato[141] per gli accertamenti dal Garante per la protezione dei dati personali deve prendere visione degli atti e dei documenti rilevanti e riferire oralmente nelle riunioni del Garante[142].

Al di là delle critiche che, inevitabilmente, sono state fatte a tale Legge circa la sua completezza, il suo pregio è avere dimostrato, per la prima volta, un interesse concreto da parte del Legislatore nazionale al tema della sicurezza informatica, pur nella consapevolezza che esso debba essere trattato ed abbia una dimensione extranazionale e globale, per cui i soggetti che si appropriano di siti altrui non sono quasi mai criminali di estrazione nazionale, ben radicati in una individuabile area geografica, ma sono criminali che abitano un luogo indefinito, per convenzione chiamato "*dark web*".

Precedentemente ad essa, oltre ai già citati D. Lgs. n. 65/2018 di recepimento della Direttiva (UE) 2016/1148 e D.L. n. 105 del 2019 in tema di *cyber*sicurezza, gli interventi normativi italiani sono stati forse ancora più prudenti di quelli europei e, soprattutto, sono stati prevalentemente orientati alla difesa della Pubblica

[139] E cioè il comma 1, dell'art. 58 del Codice della *Privacy*.

[140] E cioè, rispettivamente, il Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, l' Agenzia informazioni e sicurezza esterna e l'Agenzia informazioni e sicurezza interna, tutti organismi previsti dalla legge 3 agosto 2007, n. 124.

[141] Designato tramite il richiamo all'art. 160, comma 4 del Codice *Privacy*.

[142] Art. 13: «*Il trattamento dei dati personali svolto per finalità di sicurezza nazionale in applicazione del presente decreto è effettuato ai sensi dell'articolo 58, commi 2 e 3, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196*».

ISSN 2036-7821

Amministrazione e della sicurezza nazionale, senza, però, fornire soluzioni operative in tema di sicurezza della libertà del singolo cittadino o di tutela dei diritti e modalità di esercizio degli stessi.

Si fa riferimento, in particolare, agli interventi del 2013, e cioè i primi indirizzi ufficiali del Governo in materia di *cybersecurity*[143], con i quali si è definita l'architettura istituzionale deputata alla tutela della sicurezza nazionale circa le infrastrutture critiche materiali e immateriali; ma anche al "Quadro strategico nazionale per la sicurezza dello spazio cibernetico"[144] - che individua profili e tendenze evolutive della *cybersecurity*, definendo ruoli e compiti affinché possa esserci compartecipazione tra i diversi soggetti pubblici e privati nel contrasto alle minacce informatiche - ed al "Piano nazionale per la protezione cibernetica e la sicurezza informatica" - che, invece, individua strumenti e procedure per potenziare le capacità cibernetiche dell'Italia, attraverso sei indirizzi strategici e undici indirizzi operativi.

Ma si fa riferimento anche alla Direttiva 1 agosto 2015 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, tramite la quale è stato precisato il quadro d'insieme dell'attività di *cyber*sicurezza, fissando linee d'azione per i soggetti coinvolti e conferendo non solo maggiore attenzione alle azioni per il partenariato pubblico-privato - seppure sempre in termini molto generici - ma anche riconoscendo, per la prima volta, che il tema della *cybersecurity* è una questione di garanzia per i diritti fondamentali degli individui costituzionalmente protetti e non una mera questione di "difesa nazionale"[145].

Del 2017, invece, è il d.p.c.m. con il quale è stata ridefinita l'architettura nazionale della sicurezza cibernetica, con rafforzamento, tra l'altro, del ruolo del CISR (Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica) e riconduzione del Nucleo Sicurezza Cibernetica (NSC) all'interno del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), al fine di assicurare una risposta coordinata rispetto al verificarsi di eventi rilevanti in accordo con le strutture dei ministeri competenti in materia[146].

A fronte di tale panorama normativo, la recente Legge 109/2021, di conversione del D.L. 82/2021, istituendo l'Agenzia nazionale e ripartendo puntualmente le

[143] Si tratta del Decreto del Presidente del Consiglio 24 gennaio 2013, Direttiva recante indirizzi per protezione cibernetica e la sicurezza informatica nazionale, pubblicato nella G.U. 19 marzo 2013, n. 66.

[144] Si tratta del QSN, elaborato dal Tavolo Tecnico *Cyber* (TTC) –che opera presso il DIS ed al quale partecipano i rappresentanti *cyber* del CISR (Affari esteri, Interno, Difesa, Giustizia, Economia e Finanze, Sviluppo economico), dell'Agenzia per l'Italia Digitale e del Nucleo per la Sicurezza Cibernetica.

[145] Del 2015 sono anche i due d.p.c.m. emanati il 6 novembre in tema di disciplina della firma digitale dei documenti classificati (il n. 4/2015, recante "Disciplina della firma digitale dei documenti classificati e di tutela amministrativa del segreto di Stato e delle informazioni classificate e a diffusione esclusiva" ed il n. 5/2015, recante "Disposizioni per la tutela amministrativa del segreto di Stato e delle informazioni classificate e a diffusione esclusiva").

[146] D.p.c.m. 17 febbraio 2017.

ISSN 2036-7821

competenze tra specifici soggetti istituzionali, sembra avere finalmente conferito la giusta attenzione alla necessità di garantire anche i diritti fondamentali degli individui in materia di sicurezza informatica; essa consente la realizzazione di una struttura leggera, centralizzata e multidisciplinare, in parte governativa, in parte privata e in parte legata al mondo della ricerca, in grado di far fronte ad una serie di servizi e attività di ricerca, ma anche di rivestire un ruolo primario nelle linee attuative del processo dinamico di implementazione del Piano Strategico Nazionale di Sicurezza Cibernetica, insieme alle altre componenti del sistema governativo nazionale - obiettivo, questo, atteso da tempo.
Essa, insomma, giunge non solo a dare forza agli obiettivi contenuti nel PNRR - che, in merito, vuole dare un impulso decisivo al rilancio della competitività, investendo, con ampi settori di intervento, in primo luogo sulla digitalizzazione e modernizzazione della Pubblica Amministrazione - ma anche ad attribuire, all'interno del nostro ordinamento, le competenze a soggetti specifici, sì che il ruolo del nostro Paese possa essere concreto e consapevole nel perseguimento di obiettivi non frammentari e ben definiti.
Tutto ciò può contribuire a rinforzare l'impianto giuridico e la funzione politica della strategia nazionale sulla *cybersecurity*. Del resto, solo attraverso fondamenta normative solide si può garantire la resilienza della complessa infrastruttura giuridica che, pur esistendo già, deve ancora, in parte, essere sviluppata.

11. Considerazioni conclusive.
Al netto delle novità legislative alle quali si è appena fatto riferimento e che sono ancora troppo recenti perché si possa trarre un bilancio concreto sulla loro efficacia, dalla disamina condotta in tale scritto emergono due conclusioni che appaiono in contraddizione tra loro: da un lato si tende ad un elevato processo di digitalizzazione che, estesosi, ormai, a tutti i settori della vita, sia pubblica che privata, ha consentito progresso e miglioramento; dall'altro si deve provvedere a difendersi da questa stessa estensione, perché da essa deriva un altrettanto elevato rischio di aggressione e compromissione dei dati e delle informazioni personali, con conseguenze anche gravi e che si riflettono sui diritti inviolabili degli individui. Infatti, la trasposizione della vita reale nel mondo virtuale rende particolarmente facile incorrere, nel *web*, in varie tipologie di reati che, però, denotano un'aggravante rispetto a quelle che si verificano nella vita reale, e cioè che nel mondo virtuale sono virtuali anche le identità che in esso agiscono e, quindi, le condotte criminose realizzabili sono molteplici ed anche più difficili da individuare e perseguire in maniera adeguata.
Queste difficoltà, purtroppo, come si è avuto modo di evidenziare, non riguardano specificamente solo il singolo utente, ma si estendono anche alle aziende private ed alle Pubbliche Amministrazioni perché le minacce, data la velocità con cui si diffondono, riescono a colpire ogni settore e realtà della vita quotidiana.

ISSN 2036-7821

Anche la Pubblica Amministrazione, quindi, può diventare vittima di attacchi come quello del *phishing* che, per questi motivi, possono essere considerati l'altra faccia della medaglia, o meglio, il "risvolto" negativo di quella stessa innovazione ed evoluzione tecnologica che, negli ultimi venti anni in particolare, hanno procurato vantaggi che non sono equiparabili neanche a quelli dell'epoca della rivoluzione industriale.

Non è possibile rinunciare alle semplificazioni che il sistema della rete offre. Esse hanno cambiato completamente il mercato, che ora consente opportunità che lo rendono un luogo irresistibile per la varietà di offerta facilmente raggiungibile da chiunque, semplicemente navigando in rete. Ma questi stessi dati, immessi in rete per fruire dei vantaggi che il mercato offre, diventano, purtroppo, un obiettivo per i criminali informatici che riescono ad utilizzarli e ad impossessarsene con la complicità inconsapevole degli stessi utenti che, accettando le condizioni del servizio cui hanno avuto accesso, ne consentono la raccolta per fini non leciti[147].

Insomma, al dinamismo e alla facilità di accesso da parte di chiunque al mercato - e, dunque, all'informazione e alla conoscenza, a prescindere dal luogo, dalla qualifica o dall'esperienza che si possiedano – corrisponde una estrema vulnerabilità proprio del trattamento dei dati inseriti all'interno del sistema[148]. Tutti i rapporti e le ricerche condotte da organismi nazionali ed internazionali sul c.d. "furto di identità" hanno incluso i *phishing attacks* fra le principali tecniche utilizzabili per realizzare una "frode identitaria"[149] perché riescono a carpire informazioni personali, abitudini e stili di vita grazie anche ad operazioni semplici ed usuali, come gli acquisti *on line*[150].

Questi attacchi sono cresciuti in maniera esponenziale negli ultimi due anni (complice anche la situazione pandemica) e ad essi fanno, di solito, seguito ingenti richieste di riscatto di notevole entità inviate non solo alle Pubbliche Amministrazioni, ma anche a grandi società ed alle aziende[151], tutte disposte pure a pagare, sia per ripristinare i sistemi sia perché costrette dalla minaccia di rendere

---

147 Cfr. M. MIDIRI, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, su www.federalismi.it, n. 14/2020, pp. 209-234.

148 Per approfondire il tema si consiglia M. KRANZBERG, *The Information Age: Evolution or Revolution?*, in B. R. GUILE (ed.), *Information Technologies and Social Transformation*, Washington, D. C., 1985, 50 ss.

149 Dai risultati del *Threat Landscape Report* che l'agenzia ENISA (Agenzia dell'Unione europea per la *cyber*sicurezza) pubblica annualmente per contribuire allo sviluppo di una maggiore sicurezza delle reti e delle informazioni nell'ambito dell'Unione Europea, il *phishing* vanta il primato di rientrare tra le prime 15 *cyber* minacce. L'Agenzia evidenzia che gli attacchi di *phishing* hanno lo scopo di «*…persuade potential victims into divulging sensitive information such as credentials, or bank and credit card details*», ma hanno anche la capacità di centrare l'obiettivo proprio per la facilità con cui vengono divulgate informazioni e dati personali i quali, dunque, necessitano di un sistema di *cyber* sicurezza adeguato, in grado di offrire una protezione capace di preservarne la riservatezza (o confidenzialità), l'integrità e la disponibilità in un tempo dato.

150 Infatti, il primo alleato degli *hacker* è proprio l'*e-commerce* che, dal 2015, ha prodotto in Italia una crescita più che raddoppiata sull'anno precedente, facendo raggiungere al fatturato italiano vette molto elevate.

151 BANCA D'ITALIA, *Sicurezza cibernetica: il contributo della Banca d'Italia e dell'Ivass*, Gruppo di coordinamento sulla sicurezza cibernetica (GCSC), 2018.

ISSN 2036-7821

pubbliche le informazioni sottratte, da cui potrebbero derivare danni gravi al *brand* ed alla reputazione, oltre al pericolo che si possa venire a conoscenza di informazioni riservate[152].

Chi pone in essere un attacco informatico, dunque, riesce a trovarsi quasi sempre in una posizione di vantaggio rispetto alla sua vittima che, al contrario, si trova in una situazione di soggezione proprio a causa dell'importanza e della rilevanza degli interessi che la condotta criminale potenzialmente o concretamente punta a ledere, e gli strumenti di difesa attualmente a disposizione non sembrano, purtroppo, essere ancora completamente efficienti.

Tale aspetto, insieme con la diffusione sempre maggiore di tale fenomeno, è la tangibile dimostrazione che il settore informatico necessita di una tutela *ad hoc,* più puntuale e prettamente indirizzata a porre rimedio a problemi che denotano un ritardo che, negli anni, si è fatto sempre più evidente e che dipendono da reati che, dato il contesto in cui maturano – e cioè il *cyberspace* - sono troppo specifici per essere tutelati da norme che si adattino ad essi ma che, tuttavia, non li disciplinino direttamente perché nascono riferite a contesti diversi.

La evidenziata assenza ha fatto sì che fosse la giurisprudenza a dovere svolgere un ruolo determinante in merito alla individuazione di tali tipologie di reati, tant'è che, già dodici anni fa, essa aveva affrontato le questioni di fatto e di diritto relativamente all'utilizzo di dati fraudolentemente acquisiti (*user names* e *password*) per ottenere indebiti profitti e per acquistare carte prepagate delle istituzioni coinvolte che successivamente sono state utilizzate sia per la realizzazione di illeciti, sia per aprire conti correnti per il medesimo scopo, sia, infine, per far circolare i profitti dei reati posti in essere[153].

Senza dubbio il ruolo svolto dai giudici è stato fondamentale e determinante, ma non è possibile continuare a credere che le lacune possano essere colmate solo dall'opera dell'interprete del singolo caso di specie.

---

[152] Da un anno a questa parte gli attacchi hanno utilizzato l'emergenza da Coronavirus come esca per attirare vittime, in particolare, sfruttando l'attesa e la speranza relative al vaccino contro il *virus*; per cui è accaduto di frequente che l'utente meno attento abbia cliccato sulla *mail* convinto di accedere a notizie di speranza a lui direttamente indirizzate, ed invece abbia installato *file* malevoli sul proprio dispositivo. Non solo. Gli attacchi sono stati mirati oltre che nei confronti di ospedali, contro la stessa OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) che, come l'INPS, nel primo semestre del 2020, ha avuto dei problemi informatici, per fortuna in parte arginati.

[153] Si fa riferimento, specificamente, alla sentenza del Tribunale di Milano (Giudice per le indagini preliminari) del 10 dicembre 2007 n. 888, nella quale è stato sostenuto che «*Sono penalmente responsabili coloro che, associandosi ed avvalendosi delle tecniche di* phishing*, realizzano furti di identità e truffe aggravate attraverso accessi abusivi a sistemi di* home banking *ai fini di utilizzare indebitamente carte di credito e di pagamento. Il reato è da considerarsi transnazionale ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. b, l. 16 marzo 2006, n. 146, dal momento che trattasi di illeciti commessi in Italia ma aventi una parte sostanziale di preparazione e pianificazione in Romania*». In tale sentenza, il giudice aveva affermato la sussistenza di un vincolo associativo continuativo allo scopo di commettere una serie di delitti, ritenendo, dunque, applicabili, al fenomeno "*phishing*" gli artt. 615 *ter* c. p., 617 *sexies* c. p., 640 c. p. e l'art. 12 della L. 5 luglio 1991, n. 197.

ISSN 2036-7821

Dunque, servono norme più puntuali per la definizione delle specifiche tipologie di reato, ma servono anche l'attuazione di un'azione congiunta ed investimenti più proficui sugli strumenti di prevenzione, tutela ed alfabetizzazione, sì da conseguire un maggiore livello di responsabilizzazione al quale devono essere chiamati tutti, dagli utenti individuali della rete alle istituzioni pubbliche, in modo che ciascuno possa, nella consapevolezza delle proprie possibilità e dei propri limiti - oltre che, ovviamente, delle proprie funzioni - contribuire alla tutela di un ambiente - quello digitale - ancora troppo sconosciuto, non per questo ignorato, ma, spesso, utilizzato con assoluta superficialità.

Attraverso il Reg.(UE) 2019/881 l'Unione europea ha dimostrato di volere lasciare totalmente alla competenza degli Stati membri l'apparato sanzionatorio della *cyber*sicurezza; dal canto suo, il Legislatore italiano, con il D.L. n. 105 del 2019, ha delineato un modello delle competenze interne all'amministrazione italiana, ma pur avendo dato vita ad un bilanciamento tra le attività dei diversi ministeri, comitati e agenzie - puntando a mantenere il più possibile invariati gli oneri per il bilancio dello Stato – non è riuscito, però, a dipanare effettivamente e concretamente le competenze in un settore così strategico come quello della *cybersecurity*.

Insomma, quella frammentarietà che era già stata evidenziata, nel nostro ordinamento, dalle Direttive della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2013 e del 2015, non è stata superata e non si è ancora giunti a quel modello del "coordinamento", auspicato come il più coerente con la dimensione e la velocità d'azione del fenomeno *cyber*sicurezza che, a questo punto, ci si attende che possa essere conseguito grazie ai recenti interventi normativi.

Infatti, il Regolamento (UE) 2021/887 denota che l'Unione abbia compreso la necessità di un approccio strategico di tipo globale, fondato sulla cooperazione internazionale e sulla condivisione di informazioni a tutti i livelli, redistribuendo responsabilità tra settore pubblico e privato, al fine di creare un clima di fiducia reciproca che favorisca, nel pubblico interesse, il requisito della solidità dei sistemi.

Nella consapevolezza, dunque, che la *cybersecurity* debba essere una responsabilità condivisa, l'auspicio è che, da un lato attraverso il rafforzamento delle forme di collaborazione pubblico-privato nella combinazione di modelli differenti, necessariamente integrati, ma con una regia unitaria; e dall'altro attraverso l'attività della neo istituita Agenzia nazionale sulla tutela della sicurezza informatica - in uno con la puntuale attribuzione delle competenze – si possa effettivamente riuscire a superare la frammentarietà e la scarsa adeguatezza di risultati che attualmente ancora si registrano, a vantaggio di un consolidamento del sistema delle comunicazioni nel suo complesso, all'interno del quale anche i cittadini dovranno essere responsabilmente consapevoli, nell'interesse proprio quanto di quello generale.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

I provvedimenti del Questore aventi ad oggetto il permesso di soggiorno a cittadini di un paese terzo segnalati nel sistema d'informazione Schengen.

di Antonio Di Nuzzo

(Dottore di ricerca in Prospettive giuridiche della finanza e dell'amministrazione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. 2. La segnalazione del cittadino di un paese terzo nel sistema d'informazione Schengen di seconda generazione. 3. Le conseguenze della segnalazione sulla natura, vincolata o discrezionale, dei provvedimenti del Questore: 3.1. Il provvedi-mento di rilascio del permesso di soggiorno. 3.2. Il provvedimento di revoca del permes-so di soggiorno. 4. Il nuovo sistema d'informazione Schengen nel regolamento (UE) n. 2018/1861. 5. Osservazioni conclusive.

Abstract

By December 28, 2021, the European Commission will have to adopt a decision to identify the date from which the activities of the Schengen information system (hereinafter "SIS") will be governed by Regulation (EU) no. 2018/1861 amending the Convention implementing the Schengen Agreement and repealing Regulation (EC) no. 1987/2006 with which the second generation Schengen information system ("SIS II") was established.

This contribution represents an attempt to verify whether, and to what extent, the entry into force of Regulation (EU) no. 2018/1861 will affect the Quaestor's measures for issuing and revoking residence permits for third-country nationals reported in the Schengen information system

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Entro il 28 dicembre 2021 la Commissione europea dovrà adottare una decisione per individuare la data a partire dalla quale le attività del sistema d'informazione Schengen (d'ora in poi «SIS») saranno disciplinate dal regolamento (UE) n. 2018/1861 che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006 con cui fu istituito il sistema d'informazione Schengen di seconda generazione («SIS II»)[1].

Il presente contributo rappresenta un tentativo di verificare se, ed in quale misura, l'entrata in vigore del regolamento (UE) n. 2018/1861 inciderà sui provvedimenti del Questore di rilascio e revoca del permesso di soggiorno a cittadini di un paese terzo segnalati nel sistema d'informazione Schengen.

Lo scopo è quello di provare a comprendere se le nuove norme euro-unitarie possano influire anche sugli orientamenti giurisprudenziali maturati, fino ad oggi, in relazione alla natura, vincolata o discrezionale, del potere attribuito al Questore di rilasciare, rifiutare o revocare il permesso di soggiorno agli stranieri segnalati nel SIS.

A tale fine si è resa necessaria una indagine, oltre che del dato normativo, anche della giurisprudenza amministrativa che si è formata negli ultimi 10 anni in seguito al contenzioso generato dai provvedimenti suddetti.

Tale indagine non può, però, prescindere da una preliminare analisi della nozione normativa di "segnalazione" e dei motivi che la giustificano non potendosi, peraltro, trascurare che questi ultimi se certamente si fondano sull'esigenza di garantire la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico negli Stati membri devono, tuttavia, essere bilanciati con i diritti fondamentali dello straniero[2].

2. La segnalazione del cittadino di un paese terzo nel sistema d'informazione Schengen di seconda generazione.

Il fine del Sistema d'informazione Schengen di seconda generazione, attualmente in vigore, è quello di «assicurare un elevato livello di sicurezza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea, incluso il mantenimento della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza nel territorio degli Stati membri e applicare le disposizioni della parte terza, titolo IV del trattato relativo

[1] Lo stato di avanzamento dei preparativi per la piena attuazione delle nuove basi giuridiche per il sistema d'informazione Schengen (SIS) è oggetto della relazione COM (2020) 72 della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 28 febbraio 2020.

[2] E pertanto vanno inseriti «nel percorso che muove da un *diritto amministrativo del sospetto* nei riguardi dello straniero ad un *diritto amministrativo del rispetto* verso i suoi diritti fondamentali». L'espressione è di M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, n. 5/2018, p. 28.

Ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (cd. CAAS) la nozione di cittadino di paese terzo corrisponde a quella di "straniero".

ISSN 2036-7821

alla circolazione delle persone in detto territorio avvalendosi delle informazioni trasmesse tramite tale sistema» (art. 1, par. 2, Reg. (CE) n. 1987/2006)[3].

[3] Esula dallo scopo del presente lavoro la più ampia indagine sulla limitazione delle libertà fondamentali per motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica, pur nella consapevolezza della esistenza, su tale tema, di approfondite analisi scientifiche per la quali si rimanda a G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in Dig. disc.. pubbl., X, Torino, 1995, 437; G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, 2003, 282; O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, 1, Milano, 1904, 435.

Sulle complesse nozioni di "sicurezza pubblica" e "ordine pubblico" non appare, però, superfluo richiamare l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale.

Segnatamente, il Giudice delle leggi con riferimento alla nozione di "sicurezza pubblica" ha precisato che «sembra razionale e conforme allo spirito della Costituzione dare alla parola "sicurezza" il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'"ordinato vivere civile" , che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico» (Così, Corte Cost., sentenza n. 2 del 1956, punto 5 del *considerato in diritto*); con riferimento, invece, alla nozione di "ordine pubblico" ha chiarito che «al regime democratico e legalitario, consacrato nella Costituzione vigente, e basato sull'appartenenza della sovranità al popolo (art. 1), sull'eguaglianza dei cittadini (art. 3) e sull'impero della legge (artt. 54, 76-79, 97-98, 101, ecc.), è connaturale un sistema giuridico, in cui gli obbiettivi consentiti ai consociati e alle formazioni sociali non possono esser realizzati se non con gli strumenti e attraverso i procedimenti previsti dalle leggi, e non è dato per contro pretendere di introdurvi modificazioni o deroghe attraverso forme di coazione o addirittura di violenza. Tale sistema rappresenta l'ordine istituzionale del regime vigente; e appunto in esso va identificato l'ordine pubblico del regime stesso» (Così, Corte Cost., sentenza n. 19 del 1962, punto 4 del *considerato in diritto*).

Autorevole dottrina ha proposto di «riconoscere una portata autonoma al concetto di sicurezza pubblica, senza dimenticare le difficoltà di affrancarlo da quello di ordine pubblico, dal quale può in buona sostanza diversificarsi per tendere essenzialmente sia alla salvaguardia della pacifica convivenza e coesistenza dei cittadini (piuttosto che alla conservazione dell'ordinamento e dei suoi supremi principi informatori, compito viceversa affidato agli strumenti e alle funzioni di ordine pubblico), i quali aspirano all'elisione di conflitti e di nocumenti anche solo potenziali per se stessi e per i propri beni, sia alla realizzazione delle condizioni che agevolano lo sviluppo e il progresso sociale, secondo una prospettiva (o valenza c.d. sociale) cui sono congeniali misure di carattere non tanto difensivo (con finalità preventive e repressive) quanto propulsivo e promozionale di una migliore condizione di benessere e di convivenza fra i consociati», G. FARES, *Le nozioni di ordine pubblico e di sicurezza pubblica*, in G. CORSO e V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale, Volume I, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 597-598.

È stato, peraltro, segnalato da F. ROTA, *Sicurezza, ordine pubblico e polizie, Evoluzione dei concetti e riorganizzazione del sistema per la tutela delle libertà sullo sfondo della "nuova" amministrazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 36, che «La configurabilità di un diritto alla sicurezza si pone su di un piano completamente diverso da quello dei diritti connessi alla sicurezza. Nella seconda ipotesi infatti l'interesse che ha come oggetto la sicurezza è suscettibile di diversa valutazione e qualificazione normativa che muta da caso a caso e, pertanto, tali interessi possono assurgere a diritti soggettivi, ad interessi legittimi o, in alcune ipotesi possono configurarsi oneri, doveri ed obblighi; nella prima è la sicurezza nella sua totalità a costituire l'oggetto del diritto».

Altra dottrina segnala due differenze tra la nozione di "sicurezza europea" e quella di "sicurezza nazionale" laddove afferma che «In primo luogo, in molti Stati il diritto della sicurezza è alquanto semplice: conosce pochi tipi di atti e procedure, definiti da relativamente poche regole, che sono spesso codificate in poche leggi fondamentali. Al contrario, il diritto della sicurezza europea è molto complesso e frammentario e conosce molti diversi tipi di atti e procedure. La complessità organizzativa, […] suggerisce la seconda differenza: il principio organizzativo fondamentale, che regola il sistema di sicurezza europea, è quello del coordinamento, che consente alle autorità nazionali di collaborare efficacemente. Nei diritti nazionali della sicurezza, al contrario, il principio fondamentale è quello della gerarchia, al quale è informata la disciplina delle forze di polizia, anche se in misura

ISSN 2036-7821

Le informazioni necessarie al funzionamento del SIS sono trasmesse tramite:
a. la segnalazione costituita da «un insieme di dati inseriti nel SIS II che permetta alle autorità competenti di identificare un individuo in vista di intraprendere un'azione specifica» (art. 3, lett. a), reg. (CE) n. 1987/2006)[4];
b. le informazioni supplementari che sono, invece, «informazioni non memorizzate nel SIS II ma connesse alle segnalazioni del SIS II» (art. 3, lett. b) reg. (CE) n. 1987/2006);
c. i dati complementari ovvero «i dati memorizzati nel SIS II e connessi alle segnalazioni del SIS II, che devono essere immediatamente disponibili per le autorità competenti nei casi in cui una persona i cui dati sono stati inseriti nel SIS II sia localizzata grazie all'interrogazione di tale sistema» (art. 3, lett. c, reg. (CE) n. 1987/2006).
La segnalazione rappresenta un motivo ostativo alla cosiddetta "circolazione esterna" ovvero l'ingresso e il soggiorno nell'UE di cittadini di un paese terzo rispetto all'Unione europea[5].
Ed invero, sia l'art. 5, par. 1, lett. d) della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (cd. CAAS)[6], sia l'art 6, par. 1, lett. d) del Regolamento (UE) n. 2016/399 (cd. Codice frontiere Schengen) stabiliscono, tra le altre condizioni d'ingresso nel territorio dell'Unione, per un soggiorno di durata non superiore a tre mesi, che i cittadini di un paese terzo non devono risultare essere stati segnalati nel SIS ai fini della non ammissione anche se, pur in presenza di una segnalazione, «possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali» (art. 6, par. 5, lett. c), Reg. (UE) n. 2016/399)[7].

---

minore che negli apparati militari», sono parole di E. CHITI e B.G. MATTARELLA, *La sicurezza europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl*. fasc. 2, 2008, p. 305.

[4] Ai sensi dell'art. 20, par. 2, Reg. (CE) n. 1987/2006 i dati che costituiscono la segnalazione sono: «cognomi e nomi, cognomi alla nascita, eventuali cognomi precedenti e "alias" che possono essere registrati a parte; segni fisici particolari, oggettivi ed inalterabili; luogo e data di nascita; sesso; fotografie; impronte digitali; cittadinanza(e); indicazione che la persona in questione è armata, violenta o è evasa; ragione della segnalazione; autorità che effettua la segnalazione; riferimento alla decisione che ha dato origine alla segnalazione; azione da intraprendere; connessioni con altre segnalazioni già introdotte nel SIS II a norma dell'articolo 37».

[5] Essa si distingue dalla cosiddetta "circolazione interna" che riguarda, invece, la mobilità dei cittadini di Stati membri dell'UE all'interno del suo territorio ed è regolata dalla direttiva 2004/38/CE. La terminologia attribuita alla circolazione come "interna" o "esterna" è segnalata anche da G. BONATO, *La libertà di circolazione e soggiorno nell'Unione europea e la tutela dell'ordine pubblico*, in *Les mouvements migratoires entre rèalitè et reprèsentation*, *Italies*, 14/2010, p. 2.

[6] Ratificata, per l'Italia, con L. 388/1993.

[7] Ferma restando la riportata deroga, per i cittadini di paesi terzi che, invece, sono già in possesso di un permesso di soggiorno o di un visto per soggiorno di lunga durata, la semplice segnalazione non è sufficiente ad impedirne l'ingresso ai soli fini di transito essendo, infatti, necessario «che tale segnalazione sia accompagnata da istruzioni di respingere o rifiutare il transito» (art. 6, par. 5, lett. a), Reg. (UE) n. 2016/399). Si deve, inoltre, precisare che le condizioni stabilite per l'ingresso devono permanere per tutta la durata del soggiorno (si rinvia

ISSN 2036-7821

La segnalazione è la conseguenza di una decisione, adottata solo sulla base di una valutazione individuale, presa dalle autorità amministrative o giudiziarie competenti conformemente alle norme procedurali stabilite dalla legislazione nazionale (art. 24, par. 1, Reg. (CE) n. 1987/2006).

La decisione presupposta dalla segnalazione deve fondarsi:

a. su una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale che la presenza del cittadino di un paese terzo può costituire nel territorio di uno Stato membro (art. 24, par. 2, reg. (CE) n. 1987/2006) e, precisa la norma, rispettivamente, alle lettere a) e b) del par. 2, che tale minaccia sussiste «se il cittadino di un paese terzo è stato riconosciuto colpevole in uno Stato membro di un reato che comporta una pena detentiva di almeno un anno» o «se nei confronti del cittadino di un paese terzo esistono fondati motivi per ritenere che abbia commesso un reato grave o se esistono indizi concreti sull'intenzione di commettere un tale reato nel territorio di uno Stato membro».

b. sul fatto che il cittadino di un paese terzo è stato oggetto di una misura di allontanamento, rifiuto di ingresso o espulsione non revocata né sospesa che comporti o sia accompagnata da un divieto d'ingresso o eventualmente di soggiorno, basata sull'inosservanza delle regolamentazioni nazionali in materia di ingresso e di soggiorno dei cittadini di un paese terzo (art. 24, par. 3, reg. (CE) n. 1987/2006).

In simili casi anche la legislazione italiana impedisce l'ingresso dello straniero.

Infatti, l' art. 4, co. 3, D. lgs. 286/1998 stabilisce che «Non e' ammesso in Italia lo straniero […] che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressone dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone» o che risulti segnalato «ai fini […] della non ammissione per gravi motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale e di tutela delle relazioni internazionali» (art. 4, co. 6, D.lgs. 286/1998), mentre l'art. 5, co. 6, D. lgs. 286/1998 prevede che «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano».

Dalle norme fin qui citate si ricava, dunque, che allorquando un cittadino straniero è stato oggetto di una decisione amministrativa o giudiziaria di uno Stato membro poiché rappresenta una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica dell'Unione europea oppure perché è stato destinatario di un precedente provvedimento, ancora efficace, recante il divieto di ingresso, si verificano le

sul punto a Corte di Giustizia dell'Unione Europea, S. Affum c. Préfet du Pas-de-Calais, causa C-47/15, EU:C:2016:408, punto 59).

ISSN 2036-7821

condizioni per la segnalazione nel SIS e tale segnalazione è un motivo ostativo all'ingresso o alla permanenza dello stesso in un paese membro[8].
Rinviando al successivo paragrafo l'analisi delle conseguenze che la segnalazione può comportare sui provvedimenti del Questore di rilascio, rifiuto e revoca del permesso di soggiorno (e cioè se essa escluda o meno qualsiasi valutazione discrezionale nel procedimento amministrativo di adozione dei suddetti provvedimenti), appare opportuno, preliminarmente, indagare se, al ricorrere delle condizioni normative sopra riportate, la segnalazione è obbligatoria.
Sotto tale profilo, non può evitarsi di notare che mentre allorquando lo straniero sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica la segnalazione sembra essere obbligatoria (in tali casi, infatti, l'art. 24, par. 2, Reg. (UE) n. 1987/2016 prevede che la segnalazione «è inserita»), nel diverso caso, invece, dello straniero destinatario di un provvedimento recante il divieto di ingresso per non aver osservato la normativa nazionale in materia di ingresso e di soggiorno la segnalazione appare essere facoltativa (poiché, per simili fattispecie, la medesima norma, al par. 3, prevede che la segnalazione «può inoltre essere inserita»).
Tale lettura, tuttavia, sembra essere stata smentita da una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che riconosce agli Stati membri la discrezionalità sia di stabilire quando il cittadino di un paese terzo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, sia di decidere, una volta accertata detta condizione, se segnalarlo nel SIS.
Difatti, i giudici di Lussemburgo hanno affermato, per un verso, che «l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto dalla Corte alle autorità competenti degli Stati membri nella verifica del rispetto delle condizioni cui è subordinato il rilascio di un visto uniforme deve logicamente, tenuto conto della complessità di un tale esame (v., in tal senso, sentenza del 19 dicembre 2013, Koushkaki, C-84/12, EU:C:2013:862, punti da 56 a 60), essere riconosciuto alle suddette autorità anche quando esse stabiliscono se un cittadino di un paese terzo costituisca una minaccia per l'ordine pubblico, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), del codice frontiere Schengen» e per altro verso che «dall'articolo 24, paragrafo 2, del regolamento n. 1987/2006 risulta che un cittadino di un paese terzo che è stato riconosciuto colpevole di un reato che comporta una pena detentiva di almeno un anno o nei confronti del quale esistono fondati motivi per ritenere che abbia commesso un reato grave *può essere segnalato* ai fini del rifiuto di ingresso nel SIS in quanto costituisce una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica»[9].

[8] Ai sensi dell'art. 4, co. 6-*bis*, D. lgs. 286/1998, la segnalazione in Italia «è adottata dal direttore della Direzione centrale della Polizia di prevenzione del Ministero dell'interno, su parere del comitato di analisi strategica antiterrorismo di cui all'articolo 12, comma 3, della legge 3 agosto 2007, n. 124».
[9] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid c. E.P., causa C-380/18, EU:C:2019:1071, punti 37 e 41. Corsivo di chi scrive.

ISSN 2036-7821

Tale pronuncia, da un lato, conduce a ritenere che si debba escludere qualsiasi automatismo tra l'esistenza di una condanna per un reato che comporti una pena detentiva di almeno un anno e la segnalazione nel SIS, e, dall'altro lato, che, invece, anche in assenza di una condanna la segnalazione può essere inserita qualora esistono fondati motivi per ritenere che lo straniero abbia commesso un reato grave o indizi concreti sull'intenzione di commettere un tale reato nel territorio di uno Stato membro.

La sentenza in commento, avverte, però, sotto tale ultimo profilo, che «il reato che il cittadino di un paese terzo in questione è sospettato di aver commesso deve essere di gravità sufficiente, alla luce della sua natura e della pena prevista, da giustificare la cessazione immediata del soggiorno di tale cittadino nel territorio degli Stati membri» e che «in assenza di una condanna, le autorità competenti possono dedurre una minaccia per l'ordine pubblico soltanto in presenza di elementi concordanti, obiettivi e precisi, che consentano di sospettare il suddetto cittadino di aver commesso un reato del genere» attribuendo al giudice nazionale il compito di verificare che le dette condizioni possano dirsi soddisfatte nel caso concreto[10].

Non appare superfluo aggiungere che la legittimità di una segnalazione può essere oggetto di verifica anche da parte dell'amministrazione allorquando la segnalazione sia avvenuta sulla base di una norma nazionale in contrasto con la normativa regolamentare euro-unitaria[11].

Nel successivo paragrafo si proverà a chiarire, alla luce anche della giurisprudenza amministrativa, se l'esistenza di una segnalazione nel SIS obbliga, per ciò solo, il Questore a rifiutare il rilascio del permesso del soggiorno o a revocare quello già rilasciato.

3. Le conseguenze della segnalazione sulla natura, vincolata o discrezionale, dei provvedimenti del Questore:

3.1. Il provvedimento di rilascio del permesso di soggiorno.

[10] Sentenza del 12 dicembre 2019, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid c. E.P., causa C-380/18, cit. alla nota 9, punti 48 e 49. L'art. 43, par. 1, reg. (CE) n. 1987/2006, stabilisce che «Chiunque può adire la giurisdizione o l'autorità competente in base alla legislazione di qualsiasi Stato membro, per accedere, rettificare, cancellare o ottenere informazioni o per ottenere un indennizzo relativamente ad una segnalazione che lo riguarda».

[11] La Corte di Giustizia ritiene, infatti, sussistente un obbligo di disapplicazione della norma interna in contrasto con quella europea (qualora quest'ultima risulti adottata in una materia che rientra nelle competenze dell'Unione europea e sia dotata del cd. effetto diretto – come è certamente nel caso del regolamento (CE) n. 1987/2006) nei confronti di tutti gli organi dello Stato e dunque anche dell'amministrazione (si veda, Corte di Giustizia, Fratelli Costanzo SPA, causa 103/88, EU:C:1989:256). Peraltro, l'art. 37, par. 6, reg. (CE) n. 1987/2006, prevede che uno Stato membro possa rendere impossibile l'accesso alla connessione tra segnalazioni effettuata da altro Stato membro qualora tale connessione «sia incompatibile con la sua legislazione nazionale o i suoi obblighi internazionali».

ISSN 2036-7821

Come si è già accennato, la presenza di una segnalazione nel SIS indica che lo straniero segnalato è privo di un requisito essenziale per l'ingresso e la permanenza nel territorio dell'Unione europea poiché rappresenta una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica degli Stati membri.

L'art. 24, par. 2, Reg. (CE) n. 1987/2006 stabilisce, infatti, che «una segnalazione è inserita quando la decisione di cui al paragrafo 1 è fondata su una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale che la presenza del cittadino di un paese terzo in questione può costituire nel territorio di uno Stato membro».

Ne dovrebbe conseguire che le due condizioni di ingresso poste dall'art. 6, par. 1, Reg. (UE) n. 2016/399, rispettivamente alle lettere e) e d), ovvero «non essere segnalato nel SIS» e «non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico», siano, in realtà, coincidenti.

Tale conclusione pare si possa, implicitamente, ricavare anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia laddove ha avvertito che la considerazione secondo cui «la nozione di "minaccia per l'ordine pubblico", ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), del codice frontiere Schengen, sia più ristretta di quella da cui dipende l'applicazione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), dello stesso introdurrebbe un'incoerenza in detto codice»[12].

La medesima ricostruzione può valere anche per la normativa italiana atteso che la stessa, per un verso, stabilisce la non ammissione dello straniero «che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressone dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone» (art. 4, co. 3, D. lgs. 286/1998), e per altro verso, che «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati […] quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti» (art. 5, co. 6, D.lgs. 286/1998) e si è visto che lo straniero segnalato non soddisfa una delle condizioni per l'ingresso in Europa proprio perché, in virtù di tale segnalazione, è da considerarsi una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica.

Alla luce dell'analisi fin qui svolta occorre, allora, chiedersi se, in presenza di una segnalazione nel SIS, il Questore abbia l'obbligo di negare il rilascio (o il rinnovo) del permesso di soggiorno o soltanto la facoltà di farlo; in altre parole, si tratta di verificare se la segnalazione attribuisce a tale attività amministrativa un carattere vincolato o discrezionale[13].

[12] Sentenza del 12 dicembre 2019, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid c. E.P., causa C-380/18, punto 43, cit. alla nota 9.

[13] L'art. 5, co. 2, D. lgs. 286/1998 attribuisce al Questore della provincia in cui lo straniero si trova al momento dell'ingresso il potere di rilasciare il permesso di soggiorno mentre il comma 5 della medesima norma attribuisce

ISSN 2036-7821

A tale riguardo è necessario fare riferimento al Capitolo 5 della CAAS (recante norme su «Titoli di soggiorno e segnalazioni ai fini della non ammissione») il cui art. 25 disciplina la procedura che gli Stati membri dovranno adottare per rilasciare o ritirare un titolo di soggiorno allo straniero segnalato nel SIS[14].
Tale norma prevede, al par. 1, una consultazione tra Stati nel caso in cui lo straniero che aspira ad ottenere il titolo di soggiorno risulti già essere stato segnalato al momento della richiesta, e, al par. 2, una consultazione nel caso in cui, invece, la

---

al Questore della provincia in cui lo straniero dimora il potere di rifiutare il rinnovo del permesso di soggiorno o di revocarlo.

Si può, invece, escludere che la sola segnalazione comporti l'obbligo per l'autorità nazionale di impedire la libera circolazione del cittadino straniero che sia anche un familiare di un cittadino membro dell'Unione europea. In tal caso, infatti, si deve fare applicazione del principio generale (di cui all'art. 27 della direttiva 2004/38/CE che ha ripreso quello già espresso dall'abrogata direttiva 64/221/CEE) in virtù del quale la libertà di circolazione può subire limitazioni solo se dal comportamento personale di un soggetto si possa desumere una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da poter pregiudicare l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica dell'Unione europea. Sotto tale profilo, invero, la Corte di Giustizia ha precisato che «l'iscrizione nel SIS di un cittadino di uno Stato terzo coniuge di un cittadino di uno Stato membro costituisce certamente un indizio dell'esistenza di un motivo che giustifichi il fatto che gli venga negato l'ingresso nello spazio Schengen. Tuttavia, tale indizio dev'essere corroborato da informazioni che consentano allo Stato membro che consulta il SIS di constatare, prima di rifiutare l'ingresso nello spazio Schengen, che la presenza dell'interessato nel detto spazio costituisce una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività» (sentenza del 31 gennaio 2006, Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna, Causa C-503/03, EU:C:2006:74, punto 53).

Peraltro, l'art. 3, par. 1, lett. d), ii), reg. (CE) n. 1987/2006, esclude che nella nozione di "cittadino di paese terzo" possa rientrarvi anche colui che «gode di diritti in materia di libera circolazione equivalenti a quelli dei cittadini dell'Unione europea».

In altre parole, come è stato efficacemente sintetizzato dalla dottrina, «il rispetto alla vita familiare (sancita dall'art. 8 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché principio generale di diritto comunitario ex art. 6, par. 2, TUE), garantisce pertanto agli extracomunitari familiari dei cittadini comunitari una protezione analoga a quella fornita a questi ultimi, anche con riferimento al loro ingresso e soggiorno nel territorio degli Stati membri dell'Unione», così S. AMALFITANO, *Segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione nello «spazio Schengen». Profili di incompatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc. 3, 2006, pag. 489. Sul tema si rinvia anche a A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. internaz.*, fasc. 1, 2011, pag. 5.

[14] Tale procedura è quella attualmente in vigore atteso che le norme del regolamento istitutivo del SIS di seconda generazione hanno sostituito, esclusivamente, gli articoli da 92 a 119 della convenzione di Schengen (cfr. art. 52 reg. (CE) n. 1987/2006).

L'art. 25 della CAAS così recita: «1. Qualora una Parte contraente preveda di accordare un titolo di soggiorno ad uno straniero segnalato ai fini della non ammissione, essa consulta preliminarmente la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione e tiene conto degli interessi di quest'ultima; il titolo di soggiorno sarà accordato soltanto per motivi seri, in particolare umanitari o in conseguenza di obblighi internazionali.

Se il titolo di soggiorno viene rilasciato, la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione procede al ritiro di quest'ultima ma può tuttavia iscrivere lo straniero nel proprio elenco delle persone segnalate.

2. Qualora risulti che uno straniero titolare di un titolo di soggiorno in corso di validità rilasciato da una delle Parti contraenti è segnalato ai fini della non ammissione, la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione consulta la Parte che ha rilasciato il titolo di soggiorno per stabilire se vi sono motivi sufficienti per ritirare il titolo stesso. Se il documento di soggiorno non viene ritirato, la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione procede al ritiro di quest'ultima, ma può tuttavia iscrivere lo straniero nel proprio elenco nazionale delle persone segnalate».

ISSN 2036-7821

segnalazione venga inserita successivamente al rilascio del titolo o lo stesso sia stato rilasciato nonostante la segnalazione[15].

Al riguardo è necessario, in ogni caso, precisare che soltanto il caso in cui la segnalazione sia avvenuta da parte di uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l'autorità che deve rilasciare il titolo di soggiorno è espressamente disciplinato dalla CAAS la quale, invece, non disciplina il diverso caso in cui l'autorità che deve rilasciare il titolo appartiene allo Stato membro che ha effettuato la segnalazione poiché, evidentemente, in tale evenienza non sussiste l'esigenza di salvaguardare anche gli interessi di un' altra Parte contraente (difatti, il meccanismo di consultazione, come precisa la norma in commento, «tiene conto degli interessi di quest'ultima»)[16].

Si può già anticipare come la giurisprudenza amministrativa che si è formata, negli ultimi 10 anni, per effetto del contenzioso relativo alla spettanza del titolo di soggiorno ai soggetti segnalati nel SIS non pare abbia ancora raggiunto un orientamento uniforme circa le conseguenze della segnalazione sulla natura del potere di rilasciare o rinnovare il permesso di soggiorno; una parte di essa, invero, soprattutto quella più risalente, ritiene che tale potere sia vincolato dalla segnalazione, mentre quella più recente sembra riconoscere alla amministrazione procedente, nonostante la segnalazione, un margine di valutazione[17].

L'orientamento del giudice amministrativo secondo il quale la segnalazione ha una efficacia vincolante afferma, infatti, che «l'iscrizione del nominativo dello Straniero ad opera di una Parte contraente conformemente alle previsioni di cui al richiamato

[15] Ai sensi dell' art. 7, par. 1, reg. (CE) n. 1987/2006, la consultazione avviene attraverso gli «uffici N. SIS II», designati in ciascun Stato membro, per quanto riguarda le segnalazioni e, ai sensi del successivo par. 2 della stessa norma, attraverso gli «uffici SIRENE», ugualmente istituiti da ogni Stato membro, per quanto riguarda le informazioni supplementari.

Deve notarsi che dalla lettura del par. 2 dell'art. 25 della convenzione non si evince chiaramente se la fattispecie disciplinata riguardi solo l'ipotesi di una segnalazione avvenuta successivamente al rilascio del titolo o se, invece, essa contempli anche l'ipotesi in cui il titolo sia stato rilasciato dopo e nonostante la segnalazione. In tale ultimo caso, però, si deve ritenere che la segnalazione sia stata illegittimamente inserita poiché, ai sensi del par. 1 della medesima norma, una volta che sia stato rilasciato un titolo di soggiorno la segnalazione deve essere ritirata mentre può essere mantenuta se è stata rifiutata la richiesta di rilascio. In altre parole, la *ratio* della norma sembra essere quella di voler escludere che un cittadino straniero sia, allo stesso tempo, un soggetto segnalato e titolare di un permesso di soggiorno. Ne dovrebbe conseguire che il par. 2 dell'art. 25 della convenzione pur utilizzando il verbo "segnalare" al presente (reca, infatti, la locuzione «è segnalato») intende, in realtà, riferirsi alla ipotesi in cui una Parte contraente voglia segnalare un cittadino straniero cui sia stato già consentito, legittimamente, l'ingresso nel territorio di un'altra Parte contraente oppure alla diversa ipotesi, però patologica, in cui la mancata consultazione tra Stati abbia reso possibile la circolazione in uno Stato membro di un cittadino di paese terzo segnalato ai fini della non ammissione da un altro Stato membro.

[16] Ed invero, anche il giudice amministrativo ha fatto notare come «la procedura di consultazione non sia affatto posta nell'interesse dello straniero, ma degli Stati aderenti alla convenzione» (così, TAR Toscana – Firenze, sez. II, sentenza del 29 giugno 2011, n. 1123, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[17] La medesima difformità di orientamenti è rintracciabile nella giurisprudenza precedente il 2010 sull'analisi della quale si rimanda a P. PIRRUCCIO, *Sul visto d'ingresso dello straniero segnalato come inammissibile nello spazio Schengen*, in *Giur. merito*, fasc. 1, 2010, pag. 215.

ISSN 2036-7821

art. 96 (*i.e.*: nell'ambito del Sistema Informativo Schengen) priva del tutto l'Amministrazione nazionale di qualunque discrezionalità nell'adozione dei provvedimenti ostativi» (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4560, nello stesso senso, Cons. Stato, VI, 10 gennaio 2011 n. 38; Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2014, n. 4601)[18].

Un altro orientamento, invece, in ragione del fatto che l'art. 25, par. 1, della CAAS consente comunque alle autorità nazionali di rilasciare allo straniero segnalato il titolo di soggiorno, anche se «soltanto per motivi seri», attribuisce alla segnalazione una efficacia semi-vincolante.

Sostiene, invero, il Supremo consesso amministrativo che «la segnalazione Schengen, se non propriamente vincolante in senso assoluto, è comunque semi-vincolante, nel senso che lo Stato che riceve la segnalazione, se intende ciò nonostante rilasciare un permesso di soggiorno non può farlo a propria piena discrezione ma "soltanto per motivi seri, in particolare umanitari o in conseguenza di obblighi internazionali"»[19].

La giurisprudenza amministrativa più recente, tuttavia, sembra escludere la portata vincolante della segnalazione.

Ed, invero, si legge in questa giurisprudenza che «Non può infatti essere condiviso l'assunto, espresso dall'Amministrazione e condiviso dal primo giudice, secondo il quale un provvedimento di inammissibilità nei territori dell'area Schengen […] comporti necessariamente l'obbligo, per lo Stato nel quale risiede il cittadino extracomunitario, di ritirare il permesso di soggiorno, o di rifiutare il rinnovo»[20].

Nello stesso senso è stato rimarcato che «le segnalazioni effettuate da uno Stato non rappresentano per sé un vincolo intangibile a carico degli altri Stati»[21].

Analogamente, il Consiglio di Stato, ha ribadito, di recente, che «in base alla pacifica giurisprudenza di questa Sezione (sentenze nn. 3427/2015 e 1837/2016) un provvedimento di inammissibilità nei territori dell'area Schengen, emesso dagli organi di uno Stato membro dell'Unione Europea, non comporta necessariamente l'obbligo, per lo Stato nel quale risiede il cittadino extracomunitario, di ritirare il permesso di soggiorno, o di rifiutare il rinnovo»[22].

---

[18] L'art. 96 della CAAS cui si riferisce la giurisprudenza citata è stato sostituito, senza modifiche sostanziali, dall'art. 24 reg. (CE) n. 1987/2006.

[19] Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2015, n. 3427, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[20] Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2016, n. 1837, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Si deve precisare che il diverso approdo cui giunge la sentenza citata deriva dalla particolarità della fattispecie scrutinata atteso che, come avverte la medesima sentenza, «E' infatti molto singolare che un cittadino extracomunitario, in Italia da molti anni, cui evidentemente sono note le conseguenze del viaggiare all'estero senza passaporto, si rechi in uno Stato diverso da quello di abituale residenza senza il suddetto documento e che ivi tenti, come dichiarato, la manovra estremamente ingenua di presentare il passaporto di un parente come proprio».

[21] TAR Lombardia – Brescia, sez. I, 28 agosto 2017, n. 1072 in www.giustizia-amministrativa.it.

[22] Cons. Stato, sez. III, ord. 12 giugno 2020, n. 3478, in www.giustizia-amministrativa.it. Deve sottolinearsi, però, che in quel caso il Consiglio di Stato ha ritenuto dirimente, ai fini dell'accoglimento dell'appello cautelare, la

ISSN 2036-7821

Peraltro, la difformità di indirizzi giurisprudenziali emerge anche con riferimento al connesso profilo dell'attività istruttoria che deve compiere il Questore allorquando intenda adottare un provvedimento di diniego di rilascio del titolo di soggiorno e della motivazione che deve sorreggere tale provvedimento.

A tale riguardo, invero, una parte della giurisprudenza esclude qualunque onere informativo ritenendo sufficiente, per giustificare un provvedimento di diniego, la semplice esistenza della segnalazione[23].

È stato, infatti, precisato che «l'Autorità amministrativa nazionale non è tenuta a verificare le ragioni della segnalazione a mezzo dell'acquisizione, da parte dello Stato estero da cui origina la segnalazione, della documentazione utile a dimostrare le ragioni della non ammissione del soggetto nell'area Schengen. Ciò, essenzialmente, poiché – anche se i provvedimenti di non ammissibilità inseriti da Stati esteri potrebbero discendere anche da mere irregolarità amministrative, di per sé inidonee a denotare un'intrinseca pericolosità dello straniero - la ratio del combinato disposto degli artt. 96 e 25, sta nell'esigenza di evitare, o comunque ridurre ad eccezioni i casi in cui la valutazione compiuta da uno Stato aderente alla Convenzione venga posta nel nulla o comunque messa in discussione e diversamente valutata da un altro Stato. Tale (tendenziale) automatismo è dunque la conseguenza della assai limitata sindacabilità (reciproca) del merito del provvedimento adottato da ciascun Stato aderente alla Convenzione di Schengen. D'altra parte, ammettere la generale necessità di sindacare la decisione di un diverso Stato, sotto il profilo della sussistenza di un'effettiva pericolosità dello straniero, vanificherebbe le stesse finalità dell'Area Schengen»[24].

Secondo un altro indirizzo giurisprudenziale, invece, il provvedimento di diniego non può limitarsi a richiamare, nella motivazione, l'esistenza della segnalazione ma

---

circostanza in virtù della quale il Mini-stero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione centrale della poli-zia criminale, aveva richiesto alla Questura di Parma «di voler valutare la possibilità di richiedere la cancellazione della segnalazione SIS II alla Svizzera». Deve essere, altresì, evidenziato che anche una parte della giurisprudenza più recente continua a considerare la sola esistenza della segnalazione come un motivo ostativo al rilascio del titolo di soggiorno ritenendo che l'amministrazione sia priva di qualsivoglia discrezionalità nel relativo procedimento (si rinvia, sul punto, a TAR Puglia – Lecce, sez. II, 20 gennaio 2020, n. 61).

[23] Con riferimento al contenuto della motivazione, tale giurisprudenza si inserisce in quel filone che, in ragione della natura vincolata dell'attività amministrativa esercitata, ritiene essere sufficiente l'indicazione della norma applicata e dei presupposti di fatto emersi dall'attività istruttoria. Sul punto, si rimanda, fra molte, a Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2000, n. 3669. Non può, però, escludersi che almeno nelle ipotesi in cui il Questore, pur in presenza di una segnalazione, intenda accordare il permesso di soggiorno per ragioni umanitarie il contenuto della motivazione debba essere più ampio atteso che l'accertamento di tale presupposto sembra attribuire connotazioni tecnico-discrezionali alla corrispondente attività amministrativa che, come tale, esige una motivazione più articolata.

[24] Così, Cons. Stato, sez. III, 31 maggio 2013, n. 2978; nello stesso senso, TAR Piemonte, sez. I, 4 dicembre 2020, n. 802; Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2012, n. 5092; sez. VI, 9 giugno 2009, n. 3559; sez. VI, 20 maggio 2009, n. 3095, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

deve tener conto anche degli esiti di una attività istruttoria da cui emerga il motivo della segnalazione.

Tale giurisprudenza sottolinea, infatti, che «ove l'amministrazione intenda fondare il diniego di rilascio del permesso di soggiorno sull'esistenza di una segnalazione al SIS a carico dello straniero, essa deve rendere noti sia la provenienza della segnalazione, sia il concreto evento che l'abbia determinata, in modo che l'interessato possa contestare la riferibilità a sé della segnalazione stessa: diversamente opinando, il sistema Schengen opererebbe in modo completamente derogatorio rispetto agli usuali canoni dello Stato di diritto, facendo prevalere immotivatamente le segnalazioni di polizie straniere ancorché prive di minima concretezza, e nonostante gli elementi di segno contrario rappresentati dagli interessati»[25].

La stessa pronuncia in commento precisa, però, che «operando la segnalazione in via di automatismo, e non sussistendo "seri motivi" per l'avvio della procedura di consultazione fra Stati, è del tutto irrilevante che essa sia dipesa da ragioni non connotate da particolare gravità per l'ordine e la sicurezza pubblici».

La insindacabilità delle ragioni su cui si fonda la segnalazione è stata, tuttavia, messa in discussione da quelle pronunce che ritengono, invece, necessario un contraddittorio tra Stati al fine di verificare se le valutazioni effettuate dallo Stato segnalante siano condivise da quello che deve riscontrare la richiesta di rilascio del titolo di soggiorno.

In tal senso è stato, perciò, sostenuto come «come corrisponda a un evidente interesse dello Stato Italiano chiarire l'evento che ha portato all'espulsione dell'odierno appellante dal territorio della Repubblica Ellenica» con la conseguenza che, nel caso di specie, il provvedimento (di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno) è stato considerato illegittimo per non essere «stata accertata l'effettiva pericolosità dell'odierno appellante»[26]. Ad analoghe conclusioni giunge il giudice amministrativo allorquando ritiene necessario «comprendere con chiarezza in cosa sia consistita la condotta oggetto del provvedimento giudiziario svizzero presupposto, e se la stessa sia punita come reato anche in Italia»[27].

La giurisprudenza, appare essere, invece, concorde nel ritenere che laddove il Questore intenda rilasciare il permesso di soggiorno, nonostante la segnalazione, deve, preliminarmente, avviare il procedimento di consultazione previsto dall'art. 25, par. 1, della CAAS al fine di considerare anche gli interessi dello Stato segnalante (l'orientamento è ricavabile, in particolare, da TAR Toscana – Firenze, sez. II,

[25] Così, TAR Toscana – Firenze, sez. II, 1123/2011 cit. alla nota 16 (il medesimo indirizzo è stato espresso da Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1239).

[26] Cons. Stato, sez. III, 1837/2016, cit. alla nota 20.

[27] Cons. Stato, sez. III, ordinanza 3478/2020, cit. alla nota 22.

ISSN 2036-7821

sentenza del 29 giugno 2011, n. 1123; Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2015, n. 3427; Cons. Stato, sez. III, ordinanza del 12 giugno 2020, n. 3478)[28].

Volendo provare a sintetizzare i risultati dell'analisi fin qui condotta può sostenersi che allorquando il Questore deve riscontrare una richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno e il richiedente risulti segnalato nel SIS:

a. ha l'obbligo di respingerla, dando semplicemente conto della esistenza della segnalazione, secondo l'indirizzo giurisprudenziale che le attribuisce efficacia vincolante;

b. ha l'obbligo di respingerla, dovendo, però, indicare in motivazione le ragioni su cui si fonda la segnalazione, alla luce della giurisprudenza che la ritiene semi-vincolante.

Invece, secondo l'orientamento del giudice amministrativo che non ritiene vincolante la segnalazione:

c. può respingerla solo se all'esito del contraddittorio con lo Stato segnalante risultano chiare le ragioni della segnalazione e dalle stesse emerga la effettiva pericolosità del soggetto segnalato[29];

d. può accoglierla, dopo aver avviato il procedimento di consultazione con lo Stato segnalante, solo se ricorrono seri motivi e indipendentemente dai presupposti in virtù dei quali è stata effettuata la segnalazione[30].

Tali due ultime opzioni sembrano essere quelle più aderenti alla disciplina euro-unitaria e alla *ratio* ad essa sottesa.

Infatti, è difficile sostenere che la segnalazione abbia sempre efficacia vincolante poiché la suddetta disciplina prevede espressamente che se ricorrono "seri motivi" il titolo di soggiorno può essere rilasciato nonostante il richiedente sia stato segnalato e a prescindere dalle ragioni della segnalazione[31].

---

[28] Come già segnalato alla nota 15, la consultazione deve avvenire attraverso gli «uffici N. SIS II» ai sensi dell' art. 7, par. 1, reg. (CE) n. 1987/2006.

[29] Difatti, come avverte il giudice amministrativo, «il principio fraus omnia corrumpit non può trovare indiscriminata e irragionevole applicazione nella materia riguardante il rilascio o il rinnovo dei permessi in favore dei cittadini stranieri, non potendo trovare ingresso in un moderno ordinamento democratico, nemmeno per esigenze di ordine pubblico, un diritto amministrativo "del sospetto", che discrimini la posizione dello straniero da quello del cittadino solo in quanto tale, poiché spetta all'Amministrazione sempre verificare, senza seguire astratti teoremi inquisitori, se il comportamento fraudolento del cittadino straniero sia effettivamente tale, nel caso concreto, e denoti il reale intento di aggirare la legislazione in materia per procurarsi illegalmente ingresso e/o permanenza sul territorio nazionale, e ciò anche attraverso un ragionamento di tipo presuntivo, che si fondi su indizi gravi, precisi e concordanti, ma mai attraverso inversioni probatorie o petizioni di principio, che colmino, sul piano motivazionale, un sostanziale vuoto istruttorio» (Cons. St., sez. III, 17 novembre 2015, n. 5248, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[30] Dal combinato disposto dell'art. 25, par. 1, della CAAS, dell'art. 6, par. 5, lett. c), del reg. (UE) n. 2016/399 e dell'art. 5, co. 6, D. lgs. 286/1998 emerge che il permesso di soggiorno può essere rilasciato, nonostante la segnalazione, per motivi di carattere umanitario, per motivi di interesse nazionale, per esigenze di rispetto di obblighi costituzionali o internazionali.

[31] A tali conclusioni giunge anche una parte della dottrina secondo la quale nella valutazione circa il rilascio, il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno nei confronti del cittadino straniero che, ai sensi dell'art. 5, co. 6,

ISSN 2036-7821

Per lo stesso motivo, sembra corretto sostenere che il titolo di soggiorno può essere negato solo se dalle valutazioni compiute dello Stato segnalante è possibile ricavare la effettiva pericolosità del soggetto segnalato.

Difatti, come si è detto in precedenza, lo scopo del SIS è quello di assicurare un elevato livello di sicurezza di uno spazio comune che, proprio perché tale, deve essere tutelato attraverso il necessario confronto tra lo Stato membro che segnala una minaccia e quello che potrebbe subirne le conseguenze rilasciando il permesso di soggiorno.

E non a caso l'art. 25, par. 1, della CAAS prevede che «Se il titolo di soggiorno viene rilasciato, la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione procede al ritiro di quest'ultima» con ciò dimostrando di accordare prevalenza alle valutazioni effettuate dallo Stato che rilascia il permesso di soggiorno su quelle effettuate dallo Stato segnalante.

È evidente, perciò, che se uno Stato può rilasciare il titolo di soggiorno ad un soggetto segnalato vuol dire che, oltre a ritenere sussistenti "seri motivi" per farlo, può valutare diversamente la minaccia segnalata.

3.2. Il provvedimento di revoca del permesso di soggiorno.

L'art. 25, par. 1, della CAAS sembra disciplinare soltanto le ipotesi di rilascio e di rinnovo del permesso di soggiorno poiché fa riferimento esclusivamente ai casi in cui si «preveda di accordare un titolo di soggiorno».

Infatti, nella formulazione letterale della norma (la quale, come si è visto, regola le ipotesi in cui si intenda rilasciare ovvero si «preveda di accordare» il titolo) difficilmente potrebbe rientrare anche un provvedimento di ritiro del titolo come la revoca che (essendo un provvedimento c.d. di secondo grado, espressione del riesercizio del potere) è destinato, invece, ad incidere su titoli già accordati.

Peraltro, l'art. 25 della CAAS disciplina espressamente il procedimento di ritiro del permesso di soggiorno soltanto al par. 2 laddove stabilisce che tale procedimento deve essere avviato dallo Stato segnalante attraverso la consultazione di quello che lo ha rilasciato per verificare se quest'ultimo intenda ritirarlo e con la conseguenza che il mancato ritiro del titolo determina il ritiro della segnalazione[32].

D.lgs. 286/1998, non soddisfa le condizioni applicabili in uno degli Stati contraenti sulla base di accordi o convenzioni inter-nazionali resi esecutivi in Italia e, perciò anche di quello segnalato nel SIS, «la legge sembra lasciare un margine significativo di discrezionalità in capo all'autorità provinciale di pubblica sicurezza» (A. IANNUZZI, *Manuale breve di pubblica sicurezza*, *Dike giuridica editrice*, Roma, 2020, p. 610).

[32] L'art. 25, par. 2, della CAAS, infatti, recita: «Qualora risulti che uno straniero titolare di un titolo di soggiorno in corso di validità rilasciato da una delle Parti contraenti è segnalato ai fini della non ammissione, *la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione consulta la Parte che ha rilasciato il titolo di soggiorno* per stabilire se vi sono motivi sufficienti per ritirare il titolo stesso.

Se il documento di soggiorno non viene ritirato, la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione procede al ritiro di quest'ultima, ma può tuttavia iscrivere lo straniero nel proprio elenco nazionale delle persone segnalate». Corsivi di chi scrive.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa pare orientata ad includere nell'ambito di applicazione dell'art. 25, par. 1, della CAAS anche i provvedimenti di ritiro del permesso di soggiorno.

Ed invero, il Consiglio di Stato allorquando ha precisato, interpretando la norma in commento, che la segnalazione nel SIS effettuata da uno Stato membro «non comporta necessariamente l'obbligo, per lo Stato nel quale risiede il cittadino extracomunitario, di *ritirare* il permesso di soggiorno, o di rifiutare il rinnovo» sembra ricomprende nella disciplina dettata dalla stessa tanto i provvedimenti di rilascio quanto quelli di revoca del titolo di soggiorno[33].

A ben vedere, anche la legislazione italiana sembra equiparare, sul piano della conseguenze che possono derivare da una segnalazione, il rigetto della domanda di rilascio del permesso di soggiorno e la revoca dello stesso poiché l'art. 5, co. 6, del d. lgs. 286/1998 stabilisce che «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati […] quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti».

Peraltro, la norma è stata così interpretata da una circolare del Capo della Polizia di Stato (n. 52 del 17.11.1997) con la quale è stato chiarito che nelle ipotesi «di revoca del permesso di soggiorno, perché non soddisfatte le condizioni di soggiorno previste nel territorio di uno degli Stati contraenti (inammissibilità ai sensi art. 96 della Convenzione Schengen), dovrà essere avviata la procedura di consultazione delle Autorità nazionali dei Paesi contraenti ai sensi dell'art. 25 della stessa Convenzione» e che, pertanto, nel caso del «cittadino straniero titolare di un permesso di soggiorno italiano in corso di validità, ma segnalato da altro Stato contraente come inammissibile […] si deve procedere *secondo l'art. 25 comma 1 della Convenzione Schengen*, ossia si debbono avviare le consultazioni con lo Stato contraente segnalante»[34].

Tale interpretazione, secondo cui la disciplina procedimentale prevista per il provvedimento di rilascio del titolo di soggiorno si applica anche al provvedimento di revoca dello stesso, consente di ritenere che le osservazioni svolte dalla giurisprudenza amministrativa con riguardo al primo atto amministrativo possono valere anche per il secondo[35].

---

[33] Cons. Stato, sez. III, ordinanza del 12 giugno 2020, n. 3478, cit. alla nota 22. Corsivo di chi scrive.

[34] La circolare precisa anche che il procedimento di consultazione verrà avviato dal Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, a seguito di richiesta da parte della Questura competente. Corsivo di chi scrive.

[35] Si deve, tuttavia, evidenziare che l'art. 25 della CAAS pone una sostanziale differenza, con riferimento al procedimento amministrativo, tra i provvedimenti di rilascio e di revoca del titolo. Infatti, mentre nel primo caso l'obbligo di avviare le consultazioni è previsto a carico dello Stato che deve riscontrare la richiesta di rilascio (o di rinnovo), nel secondo caso, invece, è lo Stato segnalante che le deve avviare per verificare se esistono i presupposti per ritirare il permesso.

ISSN 2036-7821

Ne consegue, pertanto, che allorquando il Questore deve valutare la opportunità di revocare il permesso di soggiorno ad un soggetto segnalato nel SIS:
a. ha l'obbligo di revocarlo, dando semplicemente conto della esistenza della segnalazione, secondo l'indirizzo giurisprudenziale che le attribuisce efficacia vincolante;
b. ha l'obbligo di revocarlo, dovendo, però, indicare in motivazione le ragioni su cui si fonda la segnalazione, alla luce della giurisprudenza che la ritiene semi-vincolante.
Invece, secondo l'orientamento del giudice amministrativo che non ritiene vincolante la segnalazione:
c. può revocarlo solo se all'esito del contraddittorio con lo Stato segnalante risultano chiare le ragioni della segnalazione e dalle stesse emerga la effettiva pericolosità del soggetto segnalato;
d. può confermarlo, dopo aver avviato il procedimento di consultazione con lo Stato segnalante o in seguito al procedimento di consultazione avviato da quest'ultimo, solo se ricorrono seri motivi e indipendentemente dai presupposti in virtù dei quali è stata effettuata la segnalazione.
Come osservato in conclusione del paragrafo precedente e per le medesime ragioni, anche per il provvedimento di revoca le opzioni di cui alle lettere c) e d) sopra esposte sembrano essere quelle più aderenti alla disciplina euro-unitaria.
Anche in tal caso, infatti, l'art. 25, par. 2, della CAAS attribuisce prevalenza alle valutazioni effettuate dallo Stato che deve verificare la opportunità di revocare il permesso su quelle dello Stato segnalante poiché stabilisce che «Se il documento di soggiorno non viene ritirato, la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione procede al ritiro di quest'ultima»[36].
È evidente, perciò, che se uno Stato può decidere di non revocare (e quindi di confermare) il titolo di soggiorno ad un soggetto segnalato vuol dire che, oltre ad aver riscontrato la sussistenza di "seri motivi" per farlo, ha anche valutato diversamente la minaccia segnalata[37].

[36] Occorre, però, osservare che secondo una parte della giurisprudenza l'obbligo per lo Stato segnalante di ritirare la segnalazione a seguito del rilascio, da parte di altro Stato, del titolo di soggiorno sia limitato alle sole segnalazioni fondate sulla inosservanza delle regolamentazioni nazionali in materia di ingresso e di soggiorno degli stranieri. Tale giurisprudenza, infatti, sostiene che lo Stato segnalante «a fronte del rilascio di un titolo di soggiorno regolare da parte di uno Stato contraente, generalmente non ha nulla da obiettare al rilascio di un permesso di soggiorno rispetto alle segnalazioni motivate, ai sensi dell'art. 96, comma 3, della Convenzione, esclusivamente dal mancato rispetto delle norme sull'ingresso o la permanenza entro i propri confini nazionali». (Così, TAR Veneto – sez. III, 24 maggio 2014, n. 720; nello stesso senso, Tar Toscana, Sez. III, 1 agosto 2013, n. 1207; Tar Veneto, Sez. III, 10 maggio 2012, n. 664). Corsivo di chi scrive.

[37] A ciò si aggiunga che secondo il prevalente orientamento del giudice amministrativo (per il quale si rinvia a Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2021, n. 1700) il provvedimento di revoca (ed in generale tutti quelli espressione di riesercizio del potere) sono manifestazione di una scelta ampiamente discrezionale di modo che diventa ancor più difficile sostenere che in presenza di una segnalazione nel SIS il Questore abbia l'obbligo di revocare il permesso di soggiorno.

ISSN 2036-7821

4. Il nuovo sistema d'informazione Schengen nel regolamento (UE) n. 2018/1861.

Il 28 novembre 2018 il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno adottato il regolamento (UE) n. 2018/1861 che ha soppresso l'art. 25 della CAAS ed ha abrogato il regolamento (CE) n. 1987/2006[38].

L'art. 66, par. 2, di tale regolamento prevede che «Al più tardi del 28 dicembre 2021 la Commissione adotta una decisione che stabilisce la data alla quale le attività del SIS hanno inizio a norma del presente regolamento».

Al fine di verificare se le nuove disposizioni regolamentari possano influire sulla natura, vincolata o discrezionale, dei provvedimenti di rilascio e revoca del permesso di soggiorno, considerando anche l'interpretazione che ne ha fornito la giurisprudenza con riferimento alla disciplina abrogata, è necessario analizzare le principali novità normative sia con riguardo alla nozione di segnalazione nel SIS sia con riguardo al procedimento di consultazione tra Stati membri.

A differenza della disciplina attualmente in vigore che opera un generico richiamo alla «ragione della segnalazione», oltre ad essa, l'art. 20, par. 2, lett. q), reg. (UE) n. 2018/1861 impone di indicare nella segnalazione il motivo specifico, tra quelli previsti dal successivo art. 24, su cui la stessa si fonda.

Segnatamente, l'art. 24, stabilisce che lo straniero può essere ritenuto una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica quando, anche alla luce di «una valutazione delle circostanze personali del cittadino di paese terzo interessato e delle conseguenze di un respingimento e di un rifiuto di soggiorno» ricorra una delle seguenti ipotesi:

a. «è stato riconosciuto colpevole in uno Stato membro di un reato che comporta una pena detentiva di almeno un anno»;

b. «esistono fondati motivi per ritenere che il cittadino di paese terzo abbia commesso un reato grave, compreso un reato di terrorismo, o esistono indizi concreti della sua intenzione di commettere un tale reato nel territorio di uno Stato membro»;

c. « ha eluso o tentato di eludere la normativa dell'Unione o nazionale che disciplina l'ingresso e il soggiorno nel territorio degli Stati membri».

Le principali novità, con riguardo alle ragioni della segnalazione, sono rappresentate:

1. dall'obbligo di indicare nella segnalazione il motivo specifico, tra quelli normativamente previsti, per cui è stata inserita;
2. dalla necessità di effettuare una valutazione delle circostanze personali del soggetto da segnalare e delle conseguenze che sullo stesso può avere la segnalazione;
3. dall'inserimento dei reati di terrorismo tra quelli ritenuti gravi e che, perciò, giustificano una segnalazione[39];

[38] L'art. 64 reg. (UE) 2018/1861, infatti, stabilisce che «L'articolo 25 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen è soppresso» mentre l'art. 65 del medesimo regolamento stabilisce che «Il regolamento (CE) n. 1987/2006 è abrogato a decorrere dalla data di applicazione del presente regolamento».

ISSN 2036-7821

4. dal rilievo che assume già soltanto il tentativo di elusione della normativa sull'ingresso e il soggiorno in uno Stato membro; elusione (commessa o tentata) che, peraltro, non pare debba necessariamente risultare da «una misura di allontanamento, rifiuto di ingresso o espulsione non revocata né sospesa che comporti o sia accompagnata da un divieto d'ingresso o eventualmente di soggiorno» come, invece, stabilisce l'art. 24, par. 3, del reg. (CE) n. 1987/2006;
5. da una specifica disciplina dedicata alla «compatibilità delle segnalazioni» e finalizzata ad evitare che per il medesimo soggetto siano presenti nel SIS più segnalazioni tra loro contrastanti[40].

La segnalazione, dunque, si arricchisce con una serie di elementi, prima non contemplati, che potrebbero agevolare la verifica, da parte del Questore, delle circostanze di fatto in virtù delle quali è stata inserita; verifica che, come si è visto in precedenza, una parte della giurisprudenza, non riconoscendo un effetto vincolante alla segnalazione, ha ritenuto essere essenziale, quanto meno nei casi più controversi, per accertare la effettiva pericolosità del soggetto segnalato (si rinvia, sotto tale

[39] Con riguardo ai reati di terrorismo il nuovo regolamento prescrive che, in simili ipotesi, «il caso è ritenuto adeguato, pertinente e sufficientemente importante da giustificare la segnalazione nel SIS» (art. 21, par. 2, reg. (UE) n. 2018/1861). Ne dovrebbe conseguire che per tali fattispecie di reato non è necessario procedere anche alla valutazione delle circostanze personali dello straniero e alle conseguenze, per lo stesso, della segnalazione. Non appare superfluo evidenziare, sotto tale profilo, che l'art. 3, co. 1, D.l. 27 luglio 2005, n. 144 (convertito in L. 155/2005) attribuisce al Prefetto il potere di espulsione dello straniero se vi sono «fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali».

[40] L'art. 23 reg. (UE) 2018/1861, infatti, dispone che: «1. Prima di inserire una segnalazione, uno Stato membro verifica se la persona interessata sia già stata segnalata nel SIS. A tal fine, è effettuata anche una verifica con i dati dattiloscopici, se tali dati sono disponibili. 2. Per una stessa persona deve essere inserita nel SIS una sola segnalazione per Stato membro. Se necessario, possono essere inserite nuove segnalazioni sulla stessa persona da altri Stati membri, conformemente al paragrafo. 3. Quando una persona è già stata segnalata nel SIS, uno Stato membro che desideri inserire una nuova segnalazione verifica che non esista alcuna incompatibilità tra le segnalazioni. Se non vi è alcuna incompatibilità, lo Stato membro può inserire la nuova segnalazione. Se le segnalazioni sono incompatibili, gli uffici SIRENE degli Stati membri interessati si consultano tramite lo scambio di informazioni supplementari al fine di raggiungere un accordo. Le norme sulla compatibilità delle segnalazioni sono stabilite nel manuale SIRENE. Per motivi di interesse nazionale essenziale è possibile derogare alle norme sulla compatibilità previa consultazione tra gli Stati membri. 4. In caso di riscontri positivi (hit) su segnalazioni multiple di una stessa persona, lo Stato membro di esecuzione si conforma alle norme in materia di priorità delle segnalazioni previste nel manuale SIRENE. Nel caso in cui una persona sia oggetto di segnalazioni multiple inserite da diversi Stati membri, le segnalazioni per l'arresto inserite conformemente all'articolo 26 del regolamento (UE) 2018/1862 sono eseguite in via prioritaria a norma dell'articolo 25 di detto regolamento».

Non v'è chi non veda che la possibilità per uno Stato membro di verificare tale compatibilità può rappresentare un indizio del fatto che una segnalazione non ha sempre natura vincolante e non può, pertanto, escludersi che una incompatibilità tra segnalazioni emerga proprio nel momento in cui il Questore debba assumere provvedimenti relativi al rilascio o alla revoca del titolo di soggiorno; in tale evenienza ne potrebbe conseguire la sindacabilità di una segnalazione (poiché incompatibile con altra segnalazione), o comunque l'obbligo di comunicare la incompatibilità all'autorità nazionale competente, e perciò la necessità di una attività istruttoria ulteriore in mancanza della quale il provvedimento con cui si neghi (o si revochi) il rilascio del permesso di soggiorno potrebbe manifestare un sintomo di eccesso di potere appunto perché fondato su una segnalazione incompatibile con altra segnalazione.

ISSN 2036-7821

profilo, a Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2016, n. 1837 e Cons. Stato, sez. III, ordinanza del 12 giugno 2020, n. 3478 sopra citate).

Le modifiche normative più rilevanti sono, però, contenute negli artt. 27, 28, 29 e 30 del reg. (UE) n. 2018/1861 i quali disciplinano, rispettivamente, la "consultazione preventiva", la "consultazione preliminare", la "consultazione a posteriori" e la "consultazione in caso di riscontro positivo".

La consultazione preventiva prevista dall'art. 27 del regolamento disciplina l'ipotesi in cui uno Stato membro abbia avviato un procedimento amministrativo finalizzato a verificare l'esistenza delle condizioni per il rilascio o la proroga del titolo di soggiorno nei confronti di un soggetto già segnalato da altro Stato membro[41].

In tal caso, e premesso che la decisione finale spetta allo Stato membro di rilascio, quest'ultimo deve avviare una fase di consultazione con lo Stato segnalante (il quale se non risponde entro dieci giorni manifesta tacitamente la volontà di non opporsi al rilascio del titolo) per valutare, all'esito della consultazione e tenendo in considerazione (oltre ai motivi di una eventuale ed espressa opposizione dello Stato segnalante anche) le possibili minacce all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica dell'Unione europea, se rilasciare o prorogare il titolo di soggiorno. Il rilascio o la proroga del titolo determinano la cancellazione della segnalazione.

Ne dovrebbe conseguire che in simili casi il Questore, per un verso, non è più vincolato dalla esistenza della segnalazione ma solo obbligato ad avviare la consultazione sopra riferita, e per altro verso, che, a differenza di quanto prevede l'art. 25 della CAAS, può rilasciare o prorogare il permesso di soggiorno anche in assenza di "seri motivi"[42].

---

[41] Art. 27 reg. (UE) 2018/1861: «Qualora uno Stato membro esamini la possibilità di rilasciare o di prorogare un permesso di soggiorno o un visto per soggiorno di lunga durata ad un cittadino di paese terzo oggetto di una segnalazione ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno inserita da un altro Stato membro, gli Stati membri interessati si consultano, tramite lo scambio di informazioni supplementari, in conformità delle disposizioni seguenti: a) lo Stato membro di rilascio consulta lo Stato membro segnalante prima di rilasciare o prorogare il permesso di soggiorno o il visto per soggiorno di lunga durata; b) lo Stato membro segnalante risponde alla richiesta di consultazione entro dieci giorni di calendario; c) l'assenza di risposta entro il termine di cui alla lettera b) implica che lo Stato membro segnalante non si oppone al rilascio o alla proroga del permesso di soggiorno o del visto per soggiorno di lunga durata; d) al momento di adottare la decisione pertinente, lo Stato membro di rilascio tiene conto dei motivi alla base della decisione dello Stato membro segnalante e prende in considerazione, in conformità della legislazione nazionale, ogni eventuale minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica che la presenza del cittadino di paese terzo in questione può porre nel territorio degli Stati membri; e) lo Stato membro di rilascio comunica la sua decisione allo Stato membro segnalante; e f) se lo Stato membro di rilascio comunica allo Stato membro segnalante la sua intenzione o la sua decisione di rilasciare o prorogare il permesso di soggiorno o il visto per soggiorno di lunga durata, lo Stato membro segnalante cancella la segnalazione ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno. La decisione finale di rilasciare a un cittadino di paese terzo il permesso di soggiorno o il visto per soggiorno di lunga durata spetta allo Stato membro di rilascio».

[42] Occorre, però, avvertire che tale obbligo motivazionale potrebbe comunque discendere dall'applicazione dell'art. 6, par. 5, lett. c) del Codice frontiere Schengen il quale stabilisce che gli stranieri segnalati «possono essere

ISSN 2036-7821

In altri termini, appare evidente che la norma in commento attribuisce carattere discrezionale all'attività amministrativa avente ad oggetto il rilascio o la proroga del permesso di soggiorno nei confronti di un cittadino di paese terzo segnalato nel SIS con l'unico limite derivante dalla necessità di valutare (in base, però, alla legislazione nazionale) se esiste una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica dell'Unione europea ciò dovendosi, probabilmente, anche tradurre in un obbligo di motivazione in tal senso.

Difatti, sembra inopinabile che la nuova disciplina abbia inciso proprio sugli elementi da cui parte della giurisprudenza amministrativa ha ricavato gli effetti vincolanti della segnalazione ovvero:

a. l'assenza di un onere istruttorio e motivazionale da parte del Questore eccedente rispetto alla indicazione dell'esistenza della ragione ostativa, all'indicazione del Paese che aveva operato la segnalazione e al titolo relativamente al quale la segnalazione al Sistema Informativo era stata effettuata (onere che, invece, sembra, ora, derivare da una fase di consultazione ben più articolata che in passato);

b. la possibilità di accordare il permesso di soggiorno, nonostante la segnalazione, soltanto per motivi seri, in particolare umanitari o in conseguenza di obblighi internazionali, atteso che, come si è visto, tale limite non è più richiamato nel reg. (UE) n. 2018/1861.

Gli artt. 28 e 29 del regolamento disciplinano, invece, ed in maniera più chiara rispetto a quanto previsto dalla CAAS, il rapporto tra la segnalazione e il provvedimento di revoca del titolo di soggiorno[43].

---

autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali».

[43] Art. 28 reg. (UE) n. 2018/1861: «Qualora uno Stato membro abbia adottato la decisione di cui all'articolo 24, paragrafo 1, ed esamini la possibilità di inserire una segnalazione ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno per un cittadino di paese terzo che è titolare di un permesso di soggiorno o di un visto per soggiorno di lunga durata validi rilasciati da un altro Stato membro, gli Stati membri interessati si consultano, tramite lo scambio di informazioni supplementari, in conformità delle disposizioni seguenti: a) lo Stato membro che ha adottato la decisione di cui all'articolo 24, paragrafo 1, informa lo Stato membro di rilascio in merito alla decisione; b) le informazioni scambiate ai sensi della lettera a) del presente articolo contengono dettagli sufficienti sui motivi alla base della decisione di cui all'articolo 24, paragrafo 1; c) sulla base delle informazioni fornite dallo Stato membro che ha adottato la decisione di cui all'articolo 24, paragrafo 1, lo Stato membro di rilascio valuta se vi siano motivi per revocare il permesso di soggiorno o il visto per soggiorno di lunga durata; d) al momento di adottare la decisione pertinente, lo Stato membro di rilascio tiene conto dei motivi alla base della decisione dello Stato membro che ha adottato la decisione di cui all'articolo 24, paragrafo 1, e prende in considerazione, in conformità della legislazione nazionale, ogni eventuale minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica che la presenza del cittadino di paese terzo in questione può porre nel territorio degli Stati membri; e) entro 14 giorni di calendario dal ricevimento della richiesta di consultazione, lo Stato membro di rilascio comunica la sua decisione allo Stato membro che ha adottato la decisione di cui all'articolo 24, paragrafo 1, o, se non è stato possibile adottare una decisione entro tale termine da parte dello stato di rilascio, gli rivolge una richiesta motivata di prorogare eccezionalmente i termini di risposta per un massimo di altri 12 giorni di calendario; f) qualora lo Stato membro di rilascio comunichi allo Stato membro che ha adottato la decisione di cui all'articolo 24, paragrafo 1, di mantenere il permesso di soggiorno o il visto per soggiorno di lunga durata, lo Stato membro che ha adottato la decisione non inserisce la segnalazione ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno».

ISSN 2036-7821

In particolare, l'art. 28, avente ad oggetto la consultazione preliminare, stabilisce a carico dello Stato membro che voglia inserire una segnalazione l'obbligo di consultarsi con lo Stato membro che ha già rilasciato al soggetto da segnalare un titolo di soggiorno.
In tal caso, dunque, il Questore dovrà valutare, all'esito della consultazione, e in considerazione sia dei motivi posti a fondamento della decisione propedeutica all'inserimento della segnalazione che delle possibili minacce all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica, se revocare il permesso di soggiorno; la mancata adozione del provvedimento di revoca impedisce l'inserimento della segnalazione.
L'art. 29, avente ad oggetto la consultazione a posteriori, detta norme finalizzate ad evitare che un medesimo soggetto risulti, allo stesso tempo, segnalato nel SIS e in possesso di un titolo di soggiorno (evenienza, che però, in applicazione dei precedenti artt. 27 e 28, non dovrebbe verificarsi)[44].
Anche in tale ipotesi lo Stato segnalante ha l'obbligo di consultare quello che ha rilasciato il titolo di soggiorno.

[44] Art. 29 reg. (UE) n. 2018/1861: «Qualora risulti che uno Stato membro abbia inserito una segnalazione ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno per un cittadino di paese terzo che è titolare di un permesso di soggiorno o di un visto per soggiorno di lunga durata validi rilasciati da un altro Stato membro, gli Stati membri interessati si consultano, tramite lo scambio di informazioni supplementari, in conformità delle disposizioni seguenti: a) lo Stato membro segnalante informa lo Stato membro di rilascio in merito alla segnalazione ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno; b) le informazioni scambiate di cui alla lettera a) includono dettagli sufficienti sui motivi alla base della segnalazione ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno; c) lo Stato membro di rilascio valuta, sulla base delle informazioni fornite dallo Stato membro segnalante, se vi siano motivi per revocare il permesso di soggiorno o il visto per soggiorno di lunga durata; d) al momento di adottare la decisione, lo Stato membro di rilascio tiene conto dei motivi alla base della decisione dello Stato membro segnalante e prende in considerazione, in conformità della legislazione nazionale, ogni eventuale minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica che la presenza del cittadino di paese terzo in questione può porre nel territorio degli Stati membri; e) entro 14 giorni di calendario dal ricevimento della richiesta di consultazione, lo Stato membro di rilascio comunica allo Stato membro segnalante la sua decisione o, se non è stato possibile per lo Stato membro di rilascio adottare una decisione entro tale termine, gli rivolge una richiesta motivata di proroga dei termini di risposta; i termini possono essere eccezionalmente prorogati per un massimo di altri 12 giorni di calendario; f) qualora lo Stato membro di rilascio comunichi allo Stato membro segnalante di mantenere il permesso di soggiorno o il visto per soggiorno di lunga durata, lo Stato membro segnalante cancella immediatamente la segnalazione ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno».
La norma non chiarisce, però, se la segnalazione sia stata inserita prima o dopo il rilascio del titolo di soggiorno da parte di un altro Stato membro. In realtà, la prima fattispecie non potrebbe verificarsi atteso che, ai sensi dell'art. 28 del regolamento, la decisione di non revocare il titolo di soggiorno non consente l'inserimento della segnalazione e non potrebbe verificarsi neppure la seconda poiché l'art. 27 del regolamento stabilisce che il rilascio del titolo di soggiorno determina la cancellazione della segnalazione già effettuata. In altre parole dalle norme appena citate deve ricavarsi il principio in virtù del quale il rilascio del titolo di soggiorno così come la decisione di non revocarlo a favore del cittadino di un paese terzo impediscono che quest'ultimo possa risultare anche segnalato nel SIS. Appare, perciò, evidente che l'art. 29 è una norma finalizzata a regolare quelle ipotesi, patologiche, in cui non essendo stata avviata una fase di consultazione il medesimo soggetto risulti essere, contemporaneamente, in possesso di un titolo di soggiorno rilasciato da uno Stato membro e oggetto di segnalazione inserita nel SIS da altro Stato membro.

ISSN 2036-7821

Ne consegue che se il Questore, nonostante la segnalazione e ritenendo insussistenti nel caso specifico elementi che possano determinare una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, decide di non revocare il permesso di soggiorno la segnalazione deve essere cancellata.
Le norme fin qui analizzate disciplinano i rapporti bilaterali tra lo Stato membro che ha rilasciato (o non ha revocato) il titolo di soggiorno e lo Stato membro che ha inserito (o intende inserire) una segnalazione nel SIS e, come si è visto, accordano prevalente rilevanza all'esistenza del titolo di soggiorno che, perciò, comporta la cancellazione (o l'impossibilità di inserimento) della segnalazione.
L'art. 30 del regolamento disciplina, invece, i rapporti trilaterali tra lo Stato membro che ha riconosciuto al cittadino straniero il titolo di soggiorno, lo Stato membro che lo ha segnalato e quello che deve adottare una ulteriore specifica attività prevista dalla segnalazione (il cd. hit o riscontro positivo)[45].
Il procedimento amministrativo previsto dalla norma può essere ricondotto a quello indicato all'art. 29 (poiché, infatti, si stabilisce che «lo Stato membro segnalante avvia la procedura di cui all'articolo 29») con la differenza, però, per queste ipotesi, che la decisione adottata dallo Stato membro di esecuzione può prescindere dall'esito della consultazione avvenuta tra gli altri due Stati membri.
In altri termini, sembra potersi ritenere che in simili fattispecie anche laddove lo Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno non intenda revocarlo per effetto della segnalazione (la quale andrebbe per questo cancellata) lo Stato membro di esecuzione potrà comunque adottare nei confronti del cittadino straniero un provvedimento negativo in conformità del cd. codice frontiere Schengen.

5. Osservazioni conclusive.

Il regolamento (UE) n. 2018/1861 è destinato ad incidere significativamente sulla natura del potere attribuito al Questore di rilasciare o revocare il permesso di soggiorno ai cittadini di un paese terzo segnalati nel SIS.
Ed invero, come si è visto, mentre le norme poste dalla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen consentono alla competente Autorità del singolo Stato membro di riconoscere allo straniero segnalato il diritto di soggiorno soltanto «per

[45] Art. 30 reg. (UE) n. 2018/1861: «Qualora uno Stato membro constati un riscontro positivo (hit) su una segnalazione ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno inserita da uno Stato membro e riguardante un cittadino di paese terzo che è titolare di un permesso di soggiorno o di un visto per soggiorno di lunga durata validi rilasciati da un altro Stato membro, gli Stati membri interessati si consultano attraverso lo scambio di informazioni supplementari in conformità delle disposizioni seguenti: a) lo Stato membro di esecuzione informa lo Stato membro segnalante in merito alla situazione, b) lo Stato membro segnalante avvia la procedura di cui all'articolo 29; c) lo Stato membro segnalante comunica allo Stato membro di esecuzione l'esito della consultazione. La decisione riguardante l'ingresso del cittadino di paese terzo è adottata dallo Stato membro di esecuzione in conformità del regolamento (UE) 2016/399».

ISSN 2036-7821

motivi seri, in particolare umanitari o in conseguenza di obblighi internazionali» tale limitazione non è più prevista dal regolamento del 2018[46].
Allo stesso tempo il procedimento di consultazione tra Stati membri viene rafforzato attraverso la previsione di una disciplina meglio definita che in passato sia con riguardo alle ipotesi cui è applicabile sia con riguardo ai tempi entro cui deve svolgersi.
Tali novità normative hanno ad oggetto i due principali elementi da cui parte della giurisprudenza amministrativa ha ricavato la natura vincolata del potere attribuito al Questore rispetto alla presenza di una segnalazione.
Si è visto, infatti, che secondo il giudice amministrativo tale vincolo emerge tanto dalla possibilità di superare gli effetti della segnalazione soltanto per le limitate ipotesi in cui ricorrano motivi seri, quanto dall'assenza in capo all'Autorità nazionale di particolari obblighi informativi circa le ragioni poste a fondamento della decisione di inserire una segnalazione nel SIS; ragioni ritenute insindacabili dal Questore al momento della adozione del titolo autorizzativo del soggiorno.
Dal sistema di consultazioni previsto dal nuovo regolamento si ricava, invece, che il Questore, pur non potendo sindacare i motivi che hanno indotto un altro Stato membro a segnalare lo straniero, può, però, ritenerli inconferenti e procedere, nonostante la segnalazione, al rilascio del permesso di soggiorno o alla conferma di quello già rilasciato dovendo, in tal caso, motivare sulla insussistenza di pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica.
Occorre chiedersi, però, se tale valutazione debba risultare anche dalla motivazione del provvedimento che incide negativamente sul diritto di soggiorno o se, invece, in tali casi, sia sufficiente richiamare l'esistenza della segnalazione e le ragioni su cui è fondata.
La risposta sembra essere affermativa poiché gli artt. 27, 28, 29 e 30 del reg. (UE) n. 2018/1861 esigono la necessità della consultazione tra Stati membri a prescindere dall'esito, positivo o negativo, del procedimento amministrativo nazionale relativo al permesso di soggiorno.
Le citate norme, infatti, prevedono che soltanto dopo la consultazione lo Stato membro, per i provvedimenti di rilascio o di proroga, comunica «se» ha deciso di accordare il titolo di soggiorno o, per i provvedimenti di revoca, «qualora» abbia deciso di mantenere il permesso di soggiorno.
Non v'è chi non veda che l'utilizzo di locuzioni ipotetiche autorizza a sostenere che la consultazione deve avvenire qualunque sia la decisione che lo Stato membro di rilascio abbia deciso di adottare e che perciò, anche laddove questa fosse negativa, dalla relativa motivazione devono potersi evincere le valutazioni effettuate tanto con riguardo ai motivi della segnalazione quanto in riferimento, e «in conformità della

[46] E fatte salve le considerazioni esposte alla nota 42.

ISSN 2036-7821

legislazione nazionale», ai pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica in virtù dei quali si è deciso di negare il rilascio del permesso di soggiorno o di revocare quello già rilasciato.
Si tratta indubbiamente di una valutazione assai delicata che laddove mancasse o fosse insufficiente è agevole ritenere possa inficiare la legittimità del provvedimento che nega il soggiorno del cittadino di un paese terzo.
La delicatezza del compito dipende, peraltro, dalla circostanza che le limitazioni delle libertà personali devono essere effettuate «nell'ordinamento euro-unitario, alla luce dell'interesse pubblico europeo inteso come categoria distinta dall'interesse pubblico dello Stato membro»[47] e in considerazione del cd. principio di *non-refoulement* sancito dall'art. 4 del regolamento n. 2016/399[48].

[47] Così, A. PAJNO, *Rapporti tra le Corti – diritti fondamentali e temi legali dell'immigrazione*, in atti del convengo di Roma, 27 maggio 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[48] Il quale stabilisce che «In sede di applicazione del presente regolamento, gli Stati membri agiscono nel pieno rispetto del pertinente diritto unionale, compresa la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), del pertinente diritto internazionale, compresa la convenzione relativa allo status dei rifugiati firmata a Ginevra il 28 luglio 1951 («convenzione di Ginevra»), degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di *non-refoulement* (non respingimento), e dei diritti fondamentali. Conformemente ai principi generali del diritto unionale, le decisioni adottate ai sensi del presente regolamento devono essere adottate su base individuale».

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il complesso rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo in tema di sanzioni disciplinari sportive.

di Mario Paladino

(Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. – 2. Le sanzioni disciplinari sportive nella giurisprudenza meno recente. – 2.1. La giurisprudenza antecedente il D.L. 220/2003. – 2.2. Gli orientamenti successivi al D.L. 220/2003. – 3. Le sanzioni disciplinari sportive nella giurisprudenza più recente. – 4. Una possibile ricostruzione teorica. – 4.1. Il rapporto sussistente fra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento generale. – 4.2. La rilevanza delle sanzioni disciplinari sportive non tecniche per l'ordinamento giuridico della Repubblica. – 4.3. La tutela giurisdiziona-le statale contro le sanzioni disciplinari sportive non tecniche. – 4.4. Il rapporto intercor-rente fra norme sportive e ordinamento comunitario – 5. Conclusioni.

Abstract

As is known, a substantial doctrinal debate has developed around sporting disciplinary sanctions, essentially animated by the intent to shed light on the identity and powers of the subjects competent to hear the related disputes. In particular, it is historically debated whether the legitimacy of the measures in question can be questioned only by the sports justice bodies or also, and if so to what extent, by the state judge.

The matter is now regulated by the Decree-Law of 19 August 2003, n. 220, converted with amendments into Law 17 October 2003, n. 280, whose art. 2, co. 1, reserved to the sports system, "In application of the principles referred to in Article 1 [...] the regulation of issues concerning [...] b) conduct relevant on a disciplinary level and the imposition and application of the related disciplinary sanctions sports "

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Come è noto, intorno alle sanzioni disciplinari sportive si è sviluppato un corposo dibattito dottrinale, animato essenzialmente dall'intento di far luce sulla identità e sui poteri dei soggetti competenti a conoscere delle relative controversie[1]. In particolare, risulta storicamente discusso se la legittimità dei provvedimenti in

[1] Fra i numerosi contributi, si v.: M. AIELLO, *Sanzioni disciplinari sportive e tutela giurisdizionale*, in *Iustitia*, 2008, fasc. 2, pp. 195 ss.; G. ALFANO, *Riflessioni sull'esercizio del potere disciplinare nell'ordinamento della F.I.G.C.*, Atti della Tavola Rotonda "La giustizia sportiva, oggi (tra economia e diritto)", Napoli, 8 maggio 2017, in *Rass. dir. econ. sport*, 2017, fasc. 1, pp. 12 ss.; M. ANGELONE, *Il faticoso percorso di allineamento della giustizia disciplinare sportiva all'assiologia costituzionale*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2018, fasc. 1, pp. 27 ss.; M. ANTONIOLI, *Sui rapporti fra giurisdizione amministrativa e ordinamento sportivo* (Nota a Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5025), in *Dir. proc. amm.*, 2005, fasc. 4, pp. 1026 ss.; A.E. BASILICO, *L'autonomia dell'ordinamento sportivo e il diritto ad agire in giudizio: una tutela «dimezzata»?* (Nota a Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49), in *Giorn. dir. amm.*, 2011, fasc. 7, pp. 734 ss.; A. BONOMI, *Giustizia sportiva e giustizia statale. Qualche riflessione sulla legittimità costituzionale della legge 17 ottobre 2003, n. 280*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, pp. 171 ss.; C. BORGIA, *L'ordinamento giuridico sportivo e i poteri del giudice amministrativo in materia di sanzioni disciplinari sportive*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2017, fasc. 7-8, pt. 2, pp. 367 ss.; A. BUONFINO, *Profili risarcitori nel procedimento disciplinare sportivo e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. sport.*, 2016, fasc. 1, pp. 56 ss.; R. CAPRIOLI, *Osservazioni sulla giustizia sportiva dal punto di vista dell'ordinamento statale*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2016, fasc. 1-3, pp. 69 ss.; V. CINGANO, *Delimitazione della giurisdizione amministrativa nelle controversie sportive ai sensi del d.l. 19 agosto 2003 n. 220: l'impugnazione del provvedimento che colloca un arbitro di calcio nel ruolo dei fuori quadro* (Nota a TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 16 novembre 2007, n. 10911), in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, fasc. 10, pp. 3095 ss.; A. CORSARO, *L'autonomia dell'ordinamento sportivo e i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato* (Nota a Cons. giust. amm. Reg. Sic., 8 novembre 2007, n. 1048), in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, fasc. 11, pp. 3234 ss.; R. DE NAPOLI, *I poteri autoritativi delle Federazioni sportive: la natura amministrativa della loro attività e la conseguente competenza del giudice amministrativo alla soluzione delle controversie*, in *Dir. econ.*, 2018, fasc. 2; A. DE SILVESTRI, *La giustizia disciplinare sportiva dopo la sentenza della consulta tra ulteriori contraddizioni di sistema e spunti ricostruttivi* (Relazione al Convegno "La giustizia sportiva nel calcio: prospettive di riforma", Firenze, 30 ottobre 2013), in *Rass. dir. econ. sport*, 2014, fasc. 2-3, pp. 197 ss.; A. DI MEO, *Rapporti tra giustizia sportiva e giurisdizione statale: legge 280/2003 ed evoluzione giurisprudenziale*, in *Amministrativamente*, 2018, fasc. 7-8; S. FILUCCHI, *Il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni disciplinari sportive*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, fasc. 1, pp. 107 ss.; L. GIACOMARDO, *Corte costituzionale e tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo. Chiarimento (definitivo?) in tema di sanzioni disciplinari sportive*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2012, fasc. 1-2, pp. 100 ss.; F. GRECO, *Ordinamento sportivo e statale: dibattito aperto e riflessioni a distanza di qualche anno dalla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 49 del 2011*, in *GiustAmm.it*, 2015, fasc. 10; P. GROSSI, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo* (Relazione al Convegno di Studi "I rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo", Firenze, 2 dicembre 2011), in *Dir. amm.*, 2012, fasc. 1-2, pp. 3 ss.; E. MAIO, *Le sanzioni disciplinari sportive tra neutralità delle forme giuridiche e pluralità degli effetti* (Nota a Corte cost., 17 aprile 2019, n. 160), in *Rass. dir. econ. sport*, 2019, fasc. 1, pp. 96 ss.; G. MORBIDELLI, *Giustizia disciplinare sportiva ed effettività della tutela* (Relazione al Convegno "La giustizia sportiva nel calcio: prospettive di riforma", Firenze, 30 ottobre 2013), in *Rass. dir. econ. sport*, 2014, fasc. 2-3, pp. 271 ss.; E. MORLINO, *Autonomia dell'ordinamento sportivo e giudice amministrativo: profili critici di una ridefinizione degli equilibri* (Nota a ord. TAR Lazio-Roma, sez. I ter, 11 ottobre 2017, n. 10171), in *Riv. dir. sport.*, 2017, fasc. 2, pp. 409 ss.; I. PIAZZA, *Ordinamento sportivo e tutela degli associati: limiti e prospettive del nuovo equilibrio individuato dalla Corte costituzionale* (Nota a Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49), in *Giur. it.*, 2012, fasc. 1, pp. 187 ss.; S. PLACIDUCCIO, *La giustizia sportiva dopo la sentenza n. 49/2011 della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2016, fasc. 2, pp. 41 ss.; F.G. SCOCA, *I mezzi di tutela giurisdizionale sono soggetti alla discrezionalità del legislatore* (Nota a Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49), in *Corr. giur.*, 2011, fasc. 11, pp. 1548 ss.; V. TURCHINI, *Sanzioni disciplinari, risarcimento del danno e lealtà sportiva: alla ricerca di un difficile equilibrio* (Nota a TAR Lazio-Roma, sez. I ter, 10 novembre 2016, n. 11146), in *Riv. dir. sport.*, 2016, fasc. 2, pp. 427 ss.; S. VENTURI, *Giustizia tecnica e disciplinare nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice sportivo: armonie e disarmonie tra ordinamenti sportivo e statale*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2012, fasc. 2, pp. 79 ss.

ISSN 2036-7821

questione sia sindacabile solo dagli organi di giustizia sportiva ovvero anche, e se sì in quale misura, dal giudice statale.

La materia è oggi regolata dal Decreto-Legge 19 agosto 2003, n. 220, convertito con modificazioni nella Legge 17 ottobre 2003, n. 280, il cui art. 2, co. 1, *riserva* all'ordinamento sportivo, «In applicazione dei principi di cui all'articolo 1 […] la disciplina delle questioni aventi ad oggetto […] b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive».

Si avrà modo di osservare che della riserva in parola la giurisprudenza ha offerto, nel corso del tempo, interpretazioni diverse, e che in alcune pronunce si sono sollevati dubbi circa la sua legittimità costituzionale[2]. Ad ogni modo, la Consulta, con le sentenze 11 febbraio 2011, n. 49 e 25 giugno 2019, n. 160, ha offerto una lettura costituzionalmente orientata della disciplina prevista dal D.L. 220/2003, affermando che, allorquando la situazione soggettiva lesa dalla sanzione assuma nell'ordinamento della Repubblica la configurazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo, il titolare della medesima può ricorrere al giudice amministrativo (d'ora innanzi G.A.) per ottenere il risarcimento del danno, ma non anche l'annullamento del provvedimento afflittivo, la tutela caducatoria dovendo considerarsi riservata al giudice sportivo[3].

Il tema appare di notevole interesse dal momento che le sanzioni disciplinari sportive possono incidere in maniera assai significativa nella sfera giuridica dei loro destinatari, ciò imponendo, con ogni evidenza, di riflettere su come vadano contemperati l'autonomia dell'ordinamento sportivo e i diritti dei soggetti lesi dal provvedimento afflittivo.

Ebbene, obiettivo del presente studio è provare a chiarire se, alla luce del diritto positivo vigente, anche in considerazione del rapporto intercorrente fra ordinamento sportivo e ordinamento dell'Unione Europea, la legittimità delle sanzioni disciplinari sportive possa ritenersi sindacabile dal G.A. e, se sì, di quali poteri questi disponga in relazione ad esse. L'indagine sarà condotta attraverso il metodo induttivo/deduttivo: si partirà dall'esame della giurisprudenza meno recente formatasi sul tema; si effettuerà poi una ricognizione delle risposte sui profili problematici emersi rinvenibili nelle pronunce giurisdizionali degli ultimi anni; infine, si tenterà di elaborare, attraverso la teoria generale del diritto, la logica giuridica e i principi generali dell'ordinamento, una ricostruzione teorica.

[2] Si v. *infra*, § 2.2 e § 3.
[3] Si v. Corte cost., 11/2/2011, n. 49; 25/6/2019, n. 160, entrambe in *cortecostituzionale.it*.

ISSN 2036-7821

2. Le sanzioni disciplinari sportive nella giurisprudenza meno recente.

Sembra evidente, alla luce di quanto accennato, che la emanazione del D.L. 220/2003 e la pronuncia delle sentt. 49/2011 e 160/2019 della Corte costituzionale costituiscono eventi di importanza decisiva nella evoluzione del rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo in tema di sanzioni disciplinari.

Invero, come si vedrà, con la pronuncia del 2019 la Consulta ha sostanzialmente confermato quanto asserito con quella del 2011. È quest'ultima, pertanto, che pare rappresentare il momento iniziale della 'storia recente' della giurisprudenza sulla materia, poiché è con essa che la Corte espressamente adotta per la prima volta l'orientamento dal quale, sino ad oggi, non sembra essersi discostata.

Orbene, nella evoluzione della giurisprudenza sulle sanzioni disciplinari sportive paiono nitidamente individuabili almeno due fasi: quella antecedente la sent. 49/2011 e quella che si apre con quest'ultima. Nell'ambito della prima, poi, sembra opportuno distinguere due 'sottofasi': quella anteriore alla emanazione del D.L. 220/2003 e quella ad essa successiva.

2.1. La giurisprudenza antecedente il D.L. 220/2003.

Adottando una posizione che resterà costante nel tempo, sin da prima della emanazione del D.L. 220/2003 la giurisprudenza afferma che alcune delle norme dell'ordinamento sportivo sono tendenzialmente prive di rilevanza per quello generale. Si tratta di quelle regole 'di carattere tecnico' preordinate «a disciplinare il modo di essere dell'attività agonistica e, cioè, ad apprestare i parametri strumentali e logici per procedere a quelle verifiche comparative dei valori individuali e collettivi, che costituiscono il fine della competizione sportiva»[4]. Ebbene, secondo la giurisprudenza amministrativa, «tali regole si atteggiano […] come vere e proprie norme interne, destinate a restare circoscritte, quanto alla loro operatività diretta, non solo al settore sportivo, in senso generale, ma addirittura alle singole sezioni nelle quali si articola tale settore, a seconda della specifica materia agonistica, essendo ogni Federazione in cui si organizza il CONI, destinataria del potere di dettare le norme tecniche e sportive per l'esercizio dello sport controllato»[5].

[4] TAR Lazio-Roma, sez. III, 15/7/1985, n. 1099, in *Giust. civ.*, 1986, fasc. 10, pp. 2630 ss., 2633.

[5] TAR Lazio-Roma, sez. III, 15/7/1985, n. 1099 cit., 2633. Il giudice amministrativo di prime cure così prosegue: «Tale produzione regolamentare, destinata a porre i criteri di identificazione o di valutazione della gara sportiva, si inquadra agevolmente in tutto quel complesso di disposizioni interne, ben conosciute anche in altri settori della pubblica amministrazione, che non assumono il carattere di norme giuridiche per l'ordinamento generale e la cui violazione non dà, quindi, luogo a ricorso alla giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 26 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 e degli art. 2 e 3, l. 6 dicembre 1971 n. 1034. "Regolamenti interni" li qualifica la stessa norma dell'art. 5, l. n. 426 del 1942 e l'aggettivazione non è senza significato, ove raffrontata con la potestà regolamentare di cui godono tutte le persone giuridiche pubbliche e che è fonte secondaria di produzione normativa. Del resto, non è neppure da trascurarsi il rilievo formale che la regolamentazione di cui trattasi non è soggetta ad alcuna verifica, neppure di mera legittimità da parte di autorità tutorie, risolvendosi tale verifica esclusivamente all'interno della stessa istituzione (cfr. l'art. 5, legge n. 426 cit.), il che contrasterebbe con la natura di regolamentazione indipendente che

ISSN 2036-7821

Con la sentenza 26 ottobre 1989, n. 4399, anche le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione enunciano la tendenziale irrilevanza per l'ordinamento generale delle «regole tecniche che determinano il risultato di una competizione agonistica»[6]. Secondo il Giudice Supremo, in rapporto a siffatte norme non sono configurabili né diritti soggettivi, né interessi legittimi, ciò comportando, per chi ritenga di aver subito una lesione con riferimento ad esse, la impossibilità di adire l'autorità giurisdizionale statale[7].

---

alla stessa dovrebbe essere riconosciuta, in quanto volta a disciplinare materia integralmente deferita all'amministrazione sportiva e non altrimenti regolata dalla legislazione primaria. A ciò va aggiunta la circostanza che non solo l'ordinamento generale affida all'autonomia delle Federazioni la regolamentazione *de qua*, ma non si cura di fissare neppure i principi e i criteri generali cui la stessa dovrebbe ispirarsi, e neppure è senza significato, in proposito, che l'art. 14, l. 23 marzo 1981 n. 91, nel porre, al comma 1, il principio informatore della democrazia interna, si preoccupi esclusivamente degli statuti e dei regolamenti di organizzazione delle Federazioni, senza fare alcun riferimento ai regolamenti sportivi, per i quali, anzi, al comma immediatamente successivo, ribadisce l'autonomia tecnica delle Federazioni stesse sotto la vigilanza del CONI» (pp. 2633-2634). Nella sentenza si osserva che «In realtà, l'esame del nostro attuale sistema giuridico rivela come, in nessuna sua manifestazione, l'ordinamento prenda in considerazione, per attribuirle una qualche rilevanza a livello di interesse generale, la disciplina tecnica delle attività ludiche, siano esse competitive o no, arrestandosi la soglia dell'interesse pubblico al solo obiettivo di favorire lo sviluppo e il perfezionamento della pratica dell'attività sportiva agonistica intesa al miglioramento fisico e morale della popolazione (art. 2, legge n. 426 del 1952). Al di sotto di tale soglia, per quel che concerne le scelte tecniche dei modi di svolgimento dell'attività, i criteri attraverso i quali si giunge a classificare gli atleti o le squadre; quali presupposti debbano essere rispettati perché le gare possano ritenersi regolarmente giunte alla loro conclusione e perché possa da esse trarsi l'indicazione dei valori sportivi, vi è l'*indifferente giuridico*, risolvendosi la valenza disciplinatrice delle relative regole esclusivamente nell'ambito del particolare settore nel quale sono destinate ad operare, in forza dell'accettazione convenzionale che di tali regole fanno i singoli organizzati» (p. 2634, corsivo di chi scrive).

[6] Cass. civ., SS.UU., 26/10/1989, n. 4399, in *Foro it.*, 1990, I, 899.

[7] Cass. civ., SS.UU., 26/10/1989, n. 4399 cit. Nella pronuncia si legge che «Secondo l'ordinamento sportivo, il risultato delle competizioni agonistiche si acquisisce mediante applicazione di norme tecniche, tra le quali rientra […] quella che comporta la verifica di regolarità del punteggio (la c.d. verifica di "regolarità della gara", operativamente affidata agli organi di "giustizia sportiva"). E se non può, in ipotesi, negarsi che dal conseguimento definitivo del risultato possano sorgere vari interessi, di varia natura […], non è neppure pensabile – data la peculiarità del sistema, prevalentemente tecnico, di acquisizione dei risultati sportivo agonistici – che possano essere vantati diritti soggettivi o lamentare lesioni di essi, con riferimento alle valutazioni operate dagli organi tecnici ("arbitri" e "giudici") ai fini di quella acquisizione. *Manca infatti la possibilità di identificare nelle regole tecniche in questione e nella disciplina del riscontro dell'osservanza di esse da parte degli organi federali l'esistenza di "norme di relazione", tale da dar luogo alla configurabilità di diritti soggettivi e di contrapposti obblighi fra i vari soggetti che sono coinvolti nell'esercizio dell'attività sportiva*» (corsivo di chi scrive). D'altro canto, secondo la Corte, «*neppure può configurarsi la sussistenza di interessi legittimi. Perché questi ultimi siano configurabili come posizioni soggettive concretamente tutelabili davanti al giudice amministrativo, occorre che l'atto provvedimentale suscettibile di annullamento sia un vero e proprio "provvedimento amministrativo", cioè un provvedimento emanato da un soggetto di diritto pubblico, o da un altro organismo che, però, da tale soggetto abbia ricevuto una specifica investitura, nell'esercizio di una potestà pubblica*. Ma, una volta detto che le federazioni sportive sono soggetti privati e che, in quanto organi del Coni, ricevono da quest'ultimo investitura pubblica solo per emanare norme regolamentari di contenuto organizzatorio finalisticamente coincidenti in modo perfetto con le norme fondamentali del detto ente pubblico, deve concludersi che hanno natura intrinseca di atti amministrativi solo ed esclusivamente quei provvedimenti che siano direttamente attuativi delle norme predette» (corsivo di chi scrive). Alla luce di ciò, il Giudice Supremo afferma che «È obbligo, allora, la conclusione che una volta escluso – come pare indubitabile doversi fare – che rientrino in modo diretto nelle categorie delle norme organizzatorie quelle regole che l'ordinamento federale ha emanato o emana per l'ordinata acquisizione dei risultati delle competizioni agonistiche, ogni e qualunque

ISSN 2036-7821

Nondimeno, la giurisprudenza amministrativa non esclude che «in taluni casi, anche la violazione delle norme tecniche sportive possa dar luogo a lesioni di interessi direttamente o indirettamente protetti dall'ordinamento, allorché tale violazione integri correlativamente anche l'infrazione di principi dell'ordinamento giuridico generale»[8].

Invero, con riguardo ai provvedimenti sanzionatori, la giurisprudenza anteriore al D.L. 220/2003 talvolta individua il discrimine tra situazioni rilevanti e non per l'ordinamento statale nella idoneità dell'atto ad incidere significativamente su quel peculiare *status* soggettivo di affiliato o tesserato «che consente l'accesso all'attività agonistica e che, in conformità con l'ordinamento generale e nel rispetto delle sue finalità, ne permette la piena applicazione nell'osservanza dei regolamenti federali»[9]. Ai fini della valutazione della rilevanza, dunque, assume un'importanza decisiva il rapporto che si instaura tra l'interessato e la Federazione cui questi aderisce.

Ora, chiamati a «verificare se ed in quale misura gli atti sanzionatori posti in essere dalla c.d. giustizia sportiva siano in grado di incidere» sul predetto *status*, «determinandone una lesione rilevante a livello di ordinamento generale», i giudici asseriscono che «allorché il regime sanzionatorio si estrinseca attraverso atti autoritativi *in grado di recidere o alterare stabilmente il rapporto sottostante*, instaurato a tutela dell'interesse primario all'esercizio dell'attività sportiva nell'àmbito degli assetti ordinamentali, allora ci troviamo di fronte a veri e propri provvedimenti amministrativi lesivi della sfera giuridica degli interessati e, perciò, sottoposti al sindacato del giudice amministrativo. Diversa è, invece, la situazione con riferimento a tutti quegli atti e determinazioni della giustizia sportiva i quali *non sono in grado di spezzare, né di modificare in misura sostanziale e giuridicamente rilevante il detto rapporto*, mirando essi esclusivamente non alla salvaguardia del bene primario a tale rapporto sotteso, sibbene soltanto dei risultati ad esso inerenti»[10] (corsivi di chi scrive).

Si evidenzia che le 'sanzioni di natura prettamente sportiva' correlate alle regole tecniche, «proprio per la loro *qualitas*, prive di giuridico rilievo a livello di

---

provvedimento attuativo di esse non potrà mai essere qualificato come provvedimento amministrativo, non potendo in alcun modo essere qualificato come espressione (diretta o indiretta) di una potestà pubblica. La conclusione del discorso sin qui svolto, conducente alla negazione sia del diritto soggettivo che dell'interesse legittimo (e, perciò, all'esclusione di ogni possibilità di adire il giudice statale), è, pertanto, una sola, ed è quella che non trascura di considerare come nell'ambito di taluni organismi (prevalentemente ma non necessariamente privati) sussiste – quale espressione di una particolare autonomia – la possibilità dell'emanazione di determinate norme "interne" di comportamento, la cui osservanza o meno, da parte dei destinatari, *pur rilevante nell'ambito predetto, è assolutamente irrilevante*, nell'ambito dell'ordinamento generale» (corsivo di chi scrive).

[8] TAR Lazio-Roma, sez. III, 15/7/1985, n. 1099 cit., p. 2634. Il G.A. chiarisce, però, che «In questo caso […], l'infrazione della norma interna non rileva, come violazione di essa, ma solo come sintomo della non osservanza di altri principi o precetti giuridicamente rilevanti posti a presidio di situazioni individuali ritenute meritevoli di tutela».

[9] TAR Lazio-Roma, sez. III, 26/8/1987, n. 1486, in *Giust. civ.*, 1988, fasc. 9, pp. 2155 ss., 2156.

[10] TAR Lazio-Roma, sez. III, 26/8/1987, n. 1486 cit., pp. 2156-2157.

ISSN 2036-7821

ordinamento generale, sfuggono, per ciò stesso, nella loro applicazione, al sindacato del giudice amministrativo». E tuttavia, ciò «non esclude l'eventualità che per l'obiettiva e concreta portata stessa della sanzione sportiva in fatto irrogata, questa sia di per sé in grado di assumere un rilievo sostanziale anche nei confronti del ripetuto *status* soggettivo di affiliato o tesserato, paralizzando, di fatto, le facoltà tutte ad esso inerenti in misura tale da determinare una effettiva ed apprezzabile cesura o perdita di contenuti del rapporto stesso, con conseguente lesione del bene della vita ad esso correlato»[11].

In un'altra pronuncia, con riferimento agli atti di non ammissione ai campionati, si afferma che, per stabilire se sussista o meno la giurisdizione del G.A., occorre «accertare se le norme che si assumono violate attengano alla vita interna della federazione ed ai rapporti tra società sportive e tra le società stesse e gli sportivi professionisti ovvero alla realizzazione di interessi fondamentali ed istituzionali dell'attività sportiva»[12].

Viene altresì precisato che la giurisdizione dei giudici statali non può ritenersi esclusa *sic et simpliciter* in virtù del cd. 'vincolo di giustizia', istituto che imporrebbe ai soggetti appartenenti all'ordinamento sportivo di ricorrere, allorquando reputino che sia intervenuta una violazione della normativa federale, esclusivamente alla giustizia sportiva[13]: infatti, se, da un lato, l'istituto in parola «può liberamente operare o nell'ambito strettamente tecnico-sportivo, come tale irrilevante per l'ordinamento dello Stato, ovvero nell'ambito in cui ciò sia consentito dall'ordinamento dello Stato, e cioè in quello dei diritti disponibili», dall'altro esso non è considerato applicabile «nell'ambito degli interessi legittimi, i quali, a causa del loro intrinseco collegamento con un interesse pubblico e in forza dei principi sanciti dall'art. 113 della Costituzione, sono insuscettibili di formare oggetto di una rinunzia preventiva, generale e temporalmente illimitata alla tutela giurisdizionale»[14].

---

[11] TAR Lazio-Roma, sez. III, 26/8/1987, n. 1486 cit., p. 2157.

[12] Cons. Stato, sez. VI, 30/9/1995, n. 1050, in *Giust. civ.*, 1996, fasc. 2, pp. 577 ss., 580. Secondo il supremo giudice amministrativo, «L'indagine deve, in altri termini, essere condotta avendo riguardo, non al soggetto che agisce, ma alla natura dell'attività svolta».

[13] Cfr. T.E. FROSINI, *La giustizia sportiva italiana e comparata* (Relazione al Convegno "La Giustizia sportiva", Parma, 2 dicembre 2016), in *federalismi.it*, 2017, fasc. 15, pp. 5-8.

[14] Cons. Stato, sez. VI, 30/9/1995, n. 1050 cit., p. 581. Al riguardo pare opportuno ricordare che ad avviso di Cass. civ., sez. lav., 1/8/2003, n. 11751, in *Foro it.*, «La collocazione degli atleti e della società all'interno dell'assetto organizzativo delle Federazioni (a seguito del tesseramento e dell'affiliazione) e la contestuale loro soggezione agli organi della giustizia sportiva non importano per coloro che sono divenuti soggetti dell'ordinamento sportivo una rinuncia definitiva ed assoluta ad adire il giudice statale nei casi di lesione dei loro diritti (o interessi legittimi) connessi all'esercizio dell'attività agonistica. Corollario di un tale assunto, condiviso da autorevole dottrina ed incentrato sulla irrinunziabilità in via generalizzata e preventiva al diritto costituzionale alla giurisdizione statale, è l'invalidità di tutte quelle clausole, pur volontariamente accettate dall'atleta all'atto del tesseramento, che sanzionano con lo scioglimento del vincolo associativo il ricorso agli organi della giustizia ordinaria o amministrativa».

ISSN 2036-7821

Come si può notare, nella elaborazione giurisprudenziale anteriore al D.L. 220/2003 la sindacabilità della sanzione disciplinare sportiva ad opera dell'autorità giudiziaria statale è subordinata alla rilevanza del provvedimento per l'ordinamento generale. È evidente, però, che non è per nulla agevole individuare un criterio che consenta di inferire con discreta certezza la sussistenza di siffatta rilevanza. Il che, invero, può senz'altro favorire l'insorgere di conflitti tra gli organi di giustizia sportiva e i giudici statali[15].

2.2. Gli orientamenti successivi al D.L. 220/2003.

Come si è anticipato, la emanazione del D.L. 220/2003 costituisce uno snodo cruciale nella evoluzione dei rapporti fra ordinamento statale e ordinamento sportivo in materia di sanzioni disciplinari.

L'art. 1 del decreto, come modificato dalla legge di conversione, così recita: «La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale. I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo». Da un lato, dunque, la norma sancisce il principio di *autonomia* dell'ordinamento sportivo; dall'altro, di questo principio circoscrive espressamente l'ambito di applicazione.

Ora, l'art. 2, co. 1, del decreto, come modificato dalla legge di conversione, stabilisce che «In applicazione dei principi di cui all'articolo 1, è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive; b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive». La norma sembrerebbe disporre con chiarezza in merito alle questioni disciplinari, le quali, alla stregua di quelle tecniche, vengono *riservate* all'ordinamento sportivo. E tuttavia, ciò è disposto «In applicazione dei principi di cui all'articolo 1», il quale fra l'altro, come si è detto, fa «salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo»: il che, con ogni evidenza, rende problematico comprendere quale sia la portata della riserva.

Va altresì ricordato che, giusta l'art. 3, co. 1, dello stesso decreto, «Esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui

[15] Cfr. G. GRECO, *Giustizia sportiva e tutela giurisdizionale sulle sanzioni disciplinari, alla luce del principio di proporzionalità*, in *federalismi.it*, 2018, fasc. 10, pp. 5-11.

ISSN 2036-7821

rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2, è disciplinata dal codice del processo amministrativo», il quale, all'art. 133, devolve tali controversie alla giurisdizione esclusiva del G.A.[16].

Chiamata a fornire risposte agli interrogativi emergenti, la giurisprudenza ha elaborato, nel corso del tempo, interpretazioni diverse del testo normativo.

Secondo uno degli orientamenti, malgrado la previsione della riserva di cui all'art. 2, co. 1, D.L. 220/2003, le sanzioni disciplinari, allorquando assumano rilevanza per l'ordinamento generale, sono sindacabili anche dal giudice statale[17].

I sostenitori di questa tesi affermano che, sebbene «l'art. 2, lett. b), d.l. n. 220 del 19 agosto 2003, in applicazione del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo da quello statale, riservi al primo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto "i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive", tuttavia detto principio, letto unitamente all'art. 1, 2° comma, stesso d.l., non appare operante nel caso in cui la sanzione non esaurisce la sua incidenza nell'ambito strettamente sportivo, ma rifluisce nell'ordinamento generale dello Stato»[18]. Con altre parole, il principio di autonomia «opera nei limiti dei casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo»[19].

La rilevanza per l'ordinamento generale è solitamente inferita dalla idoneità della sanzione ad incidere in maniera significativa sullo *status* dell'atleta. La

[16] In particolare, l'art. 133, co. 1, Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104, devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. «le controversie aventi ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ed escluse quelle inerenti i rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti» (lett. z), nonché quelle «relative ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche» (lett. z-*septies*).

[17] Si v.: TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 18/4/2005, n. 2801, in *dejure.it*; TAR Lazio-Roma, sez. III ter, ord. 21/4/2005, n. 2244, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 14/12/2005, n. 13616, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio-Roma, sez. III ter, ord. 22/8/2006, n. 4666, in *Foro it.*, 2006, III, 538; TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 22/8/2006, n. 7331, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, fasc. 9, pp. 2967 ss.; TAR Sicilia-Catania, sez. IV, 19/4/2007, n. 679, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, fasc. 3, pp. 1137 ss.; TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 21/6/2007, n. 5645, in *Foro it.*, 2007, III, 473; TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 19/3/2008, n. 2472, in *Foro it.*, 2008, III, 599; TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 3/11/2008, n. 9547, in *Foro it.*, 2009, III, 195.

[18] TAR Lazio-Roma, sez. III ter, ord. 22/8/2006, n. 4666 cit. Nella fattispecie, concernente il calcio, si riconosceva munita di rilevanza esterna una sanzione disciplinare, irrogata per la commissione di illecito sportivo, consistente nella inibizione per cinque anni e in una significativa ammenda pecuniaria. Si v. anche TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 5/11/2007, n. 10911, in *Foro it.*, 2008, III, 600, che, invece, pronunciandosi in relazione ad un ricorso proposto da un arbitro di calcio avverso i provvedimenti con i quali era stato collocato nel ruolo dei fuori quadro, rilevava la mancanza del «connotato della rilevanza esterna all'ordinamento sportivo degli effetti» degli atti impugnati, «che si esauriscono all'interno del predetto ordinamento non avendo alcun riflesso, né diretto né indiretto, nell'ordinamento generale il giudizio di scarsa capacità tecnica reso nei confronti dell'arbitro».

[19] TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 14/12/2005, n. 13616 cit.

ISSN 2036-7821

giurisprudenza in esame chiarisce che «nel caso di impugnazione di misure sanzionatorie disciplinari nei confronti degli affiliati alle federazioni sportive, la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste quando tali sanzioni non si esauriscano in ambito sportivo ma, essendo dirette a modificare in modo sostanziale, "ancorché non totalmente irreversibile", lo status dell'atleta, "ridondano pure in danno della di lui sfera giuridica nell'ordinamento statale"»[20].

Secondo un altro orientamento, invece, la riserva di cui all'art. 2, co. 1, lett. b), D.L. 220/2003, escluderebbe categoricamente la sussistenza della giurisdizione del giudice statale in relazione alle sanzioni disciplinari sportive.

In una nota decisione del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana[21], si asserisce che l'art. 2 del decreto «fissa positivamente alcuni casi» in cui la rilevanza alla quale fa riferimento l'art. 1, «per definizione dello stesso legislatore, senz'altro non ricorre». Con siffatta norma «Lo Stato […] ha dichiarato apertamente il proprio disinteresse per ogni questione concernente "l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale" in ogni sua articolazione; ed altrettanto è a dirsi per ogni questione che concerna "i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive"»[22].

---

[20] Così TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 18/4/2005, n. 2801 cit., che richiama TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 13/2/2003, n. 965, in *dejure.it*. Sul punto si v. anche: TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 22/8/2006, n. 7331 cit., secondo cui «la sanzione disciplinare della penalizzazione di punti dodici in classifica», comportando, per la società calcistica ricorrente, l'esclusione dalla graduatoria di quelle «ripescabili nel campionato nazionale di serie D, e la conseguente retrocessione […] nel campionato regionale di eccellenza, sembra assumere anche rilevanza esterna, incidendo sullo *status* del soggetto in termini non solo economici, ma anche di onorabilità» (p. 2970); TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 14/12/2005, n. 13616, nella cui opinione la sanzione della squalifica di un anno inflitta al calciatore ricorrente, «per la sua entità, sembra assumere anche rilevanza esterna, incidendo in maniera rilevante sullo status di tesserato, impedendogli l'espletamento dell'attività agonistica, con i connessi corollari attinenti all'immagine ed alla "carriera sportiva"»; TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 3/11/2008, n. 9547 cit.; TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 19/3/2008, n. 2472 cit.; TAR Lazio-Roma, sez. III ter, ord. 22/8/2006, n. 4666 cit.

[21] Si tratta di Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 8/11/2007, n. 1048, in *Foro it.*, 2008, III, 134.

[22] Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 8/11/2007, n. 1048 cit. Il giudice siciliano così prosegue: «Il corollario è che nessuna violazione di tali norme sportive potrà considerarsi di alcun rilievo per l'ordinamento giuridico dello Stato. Infatti, l'art. 3 del decreto in esame conferma che – "ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti" (in quanto si tratta non già di norme interne dell'ordinamento sportivo, ma della disciplina di rapporti di lavoro subordinato o autonomo, o comunque ad essi assimilati) – tra "ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle federazioni sportive" soltanto quelle "non riservat[e] agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'art. 2, [sono] devolut[e] alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo". Solo per queste ultime, perciò, l'art. 3 del decreto stabilisce, al 2° comma, la competenza funzionale del Tar Lazio con sede in Roma. È dunque giocoforza concludere che "ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle federazioni sportive ... riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'art. 2" resta, viceversa, esclusa tanto dalla giurisdizione del giudice ordinario, quanto da quella del giudice amministrativo; sicché non vi è competenza di alcun ufficio giudiziario, né dell'uno, né dell'altro plesso giurisdizionale».

ISSN 2036-7821

Le controversie riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'art. 2 del decreto «sono […] prive di ogni rilievo per il diritto statuale». Da ciò consegue che, «al fine di radicare o meno la giurisdizione statuale», bisogna verificare solamente «se la controversia in esame riguardi, o meno, rapporti per i quali», giusta il suddetto art. 2, «è esclusa la rilevanza» per l'ordinamento generale, «perché riservati a quello sportivo […]. Nessun rilievo, viceversa, va attribuito a tali fini alle conseguenze ulteriori – anche se patrimonialmente rilevanti o rilevantissime – che possano indirettamente derivare da atti che la legge considera propri dell'ordinamento sportivo e a quest'ultimo puramente riservati»[23].

La giurisprudenza in parola aggiunge che «Il legislatore ha operato una scelta netta, nell'ovvia consapevolezza che l'applicazione di una norma regolamentare sportiva ovvero l'irrogazione di una sanzione disciplinare sportiva hanno normalmente grandissimo rilievo patrimoniale indiretto; e tale scelta l'interprete è tenuto ad applicare, senza poter sovrapporre la propria "discrezionalità interpretativa" a quella legislativa esercitata dal parlamento»[24].

La tesi appena esposta viene successivamente accolta dal Consiglio di Stato[25], secondo il quale essa, rispetto a quella riferita in precedenza, «appare […] più

[23] Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 8/11/2007, n. 1048 cit.

[24] Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 8/11/2007, n. 1048 cit. Il giudice non manca di riconoscere «che l'applicazione del regolamento – sia da parte dell'arbitro nella singola gara determinante per l'esito dell'intera stagione; sia da parte del giudice sportivo di primo o di ultimo grado – e l'irrogazione delle più gravi sanzioni disciplinari (tra cui le penalizzazioni in classifica e le retrocessioni in campionati inferiori: si pensi ai notori esempi verificatisi nell'estate del 2006 […]) quasi sempre producono conseguenze patrimoniali indirette di rilevantissima entità». Nondimeno, «tali conseguenze, quand'anche in ipotesi possano essere la remota causa di una dichiarazione di fallimento, normativamente non dispiegano alcun rilievo ai fini della verifica di sussistenza della giurisdizione statuale; che infatti il legislatore ha radicato solo nei casi diversi da quelli, espressamente eccettuati, di cui all'art. 2, 1° comma», D.L. 220/2003. Il collegio asserisce di non ignorare «che in altre sedi […] siano state compiute ben diverse "interpretazioni correttive" delle norme» in questione, «in sostanza al fine di affermare pressoché sempre – con il sin troppo facile grimaldello esegetico delle conseguenze patrimoniali che sempre, ma indirettamente, derivano dall'applicazione dei regolamenti sportivi o dalle relative sanzioni disciplinari; ma che possono altresì derivare da ogni altra attività sociale giuridicamente indifferente – la sussistenza della giurisdizione amministrativa; tuttavia ritiene che esse travalichino il limite, per ogni giudice sempre insuperabile, della mera disapplicazione della legge. È infatti insostenibile la tesi che il […] d.l. 220/03 trovi applicazione solo per le questioni bagatellari, o per gli sport economicamente minori, ovvero infine per i soli campionati giovanili o dilettantistici; esso, viceversa, concerne indiscutibilmente – come risulta dal suo stesso tenore – in primo luogo gli sport professionistici, e tra essi senz'altro e soprattutto anche il giuoco del calcio. Va piuttosto ribadito che, ex art. 101, 2° comma, Cost. il giudice è soggetto alla legge dello Stato, che egli è sempre tenuto ad applicare per quale essa è – ove non ritenga di sollevare questioni circa la sua legittimità costituzionale – e comunque del tutto a prescindere da ogni soggettiva condivisione, o meno, delle scelte compiute dal legislatore». Ed invero, «Nella legge […] non vi è alcuna affermazione che gli atti, giusti o sbagliati, di applicazione delle norme regolamentari sportive o delle sanzioni disciplinari debbano avere rilievo, o meno, nell'ordinamento giuridico dello Stato, secondo che derivino conseguenze patrimoniali (più o meno gravi) dalla decisione sportiva; in essa, viceversa, *è espressamente stabilita l'irrilevanza per l'ordinamento statuale di ogni applicazione di norme regolamentari o di sanzioni disciplinari sportive, quali che ne siano le relative conseguenze indirette*» (corsivo di chi scrive).

[25] Si v. Cons. Stato, sez. VI, 25/11/2008, n. 5782, in *Foro it.*, 2009, III, 195.

ISSN 2036-7821

aderente alla formulazione letterale» degli artt. 2 e 3, D.L. 220/2003. Ciò in quanto «Il legislatore non fa alcuna distinzione in ordine alle conseguenze patrimoniali» che le sanzioni disciplinari sportive possono produrre[26].

Nondimeno, a differenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, che aveva ritenuto la riserva prevista dall'art. 2, co. 1, D.L. 220/2003, conforme alla Carta anche se intesa come volta ad escludere in ogni caso la sussistenza della giurisdizione del giudice statale nelle fattispecie indicate[27], ad avviso del Consiglio di Stato, «Così inteso», il decreto «dà luogo ad alcune perplessità in ordine alla legittimità costituzionale della riserva a favore della "giustizia sportiva": in particolare, non risultano manifestamente infondati quei dubbi di costituzionalità […] che evocano un possibile contrasto col principio della generale tutela statuale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (art. 24 Cost.), e con la previsione costituzionale che consente sempre l'impugnativa di atti e provvedimenti amministrativi dinnanzi agli organi di giustizia amministrativa (art. 103 e 113 Cost.)»[28].

E tuttavia, poiché, nel caso di specie, «La legittimità degli atti impugnati viene […] in rilievo solo in via indiretta ed incidentale, al fine di decidere sulla domanda risarcitoria», non potendo una eventuale decisione di annullamento restituire alla società ricorrente il bene della vita perduto, il giudice amministrativo d'appello ritiene di non dover sollevare questione di costituzionalità in riferimento agli artt. 2 e 3, D.L. 220/2003[29].

Ora, «Rispetto alla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno subìto da una società in conseguenza delle decisioni adottate da una federazione sportiva o dagli organi della giustizia sportiva», secondo il giudice, «non può essere sostenuto il difetto assoluto di giurisdizione, invocando» gli artt. 2 e 3, D.L. 220/2003[30].

Ciò in quanto «la domanda risarcitoria non è proponibile innanzi agli organi della giustizia sportiva (ai quali si può chiedere solo l'annullamento della sanzione). Escludere la giurisdizione statale avrebbe, allora, la conseguenza di creare un vero e

[26] Si v. Cons. Stato, sez. VI, 25/11/2008, n. 5782 cit.

[27] Si v. Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 8/11/2007, n. 1048 cit., secondo cui «risulta legittima la scelta del legislatore ordinario di stabilire che, quando un imprenditore decida di operare nel settore dello sport, resti interamente ed esclusivamente assoggettato alla disciplina interna dell'ordinamento sportivo (cui la legge ha voluto riconoscere la più ampia autonomia), ma limitatamente ai due soli profili» di cui all'art. 2, co. 1, lett. a) e b), D.L. 220/2003. Il giudice ritiene «da un lato che il chiaro disposto normativo primario […] non sia passibile di alcuna diversa interpretazione, se non che dandosi adito a una sua inammissibile disapplicazione da parte del giudice; nonché, dall'altro lato, che esso neppure presenti profili di sospetta illegittimità costituzionale, sicché palesemente non v'è luogo a sollevare alcuna questione in proposito».

[28] Cons. Stato, sez. VI, 25/11/2008, n. 5782 cit. «Né sembra possibile», aggiunge il giudice, «procedere ad un'interpretazione correttiva e costituzionalmente orientata dalle norme in esame: la strada dell'interpretazione "correttiva" […] finisce, infatti, per tradursi, di fronte ad una norma dalla chiara ed univoca portata precettiva, in un'operazione di disapplicazione della legge incostituzionale», non praticabile.

[29] Si v. Cons. Stato, sez. VI, 25/11/2008, n. 5782 cit.

[30] Si v. Cons. Stato, sez. VI, 25/11/2008, n. 5782 cit.

ISSN 2036-7821

proprio vuoto di tutela: i danni provocati dalle decisioni delle federazioni sportive (o dalla Camera di Conciliazione e di Arbitrato del Coni[31]) diventerebbero irrisarcibili, anche quando incidono (come spesso accade) su situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico generale»[32].
Nondimeno, ad avviso del Consiglio di Stato, «In questo caso […] l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme è possibile». Gli artt. 1, 2 e 3 del decreto devono essere interpretati «nel senso che laddove il provvedimento adottato dalle federazioni sportive o dal Coni abbia incidenza anche su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico statale, la domanda volta ad ottenere non la caducazione dell'atto, ma il conseguente risarcimento del danno, debba essere proposta innanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, non operando alcuna riserva a favore della giustizia sportiva, innanzi alla quale la pretesa risarcitoria nemmeno può essere fatta valere»[33].
Riassumendo, il Consiglio di Stato, manifestando dubbi circa la conformità alla Carta di una radicale esclusione della giurisdizione statale in materia di sanzioni disciplinari sportive, ritiene possibile una interpretazione costituzionalmente orientata del disposto normativo in riferimento ad un giudizio il cui oggetto non è più costituito dall'annullamento dell'atto afflittivo, ma esclusivamente dalla domanda risarcitoria; con riguardo alle controversie concernenti la eliminazione dei provvedimenti disciplinari, invece, il giudice d'appello, nell'accogliere la tesi sostenuta dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, non reputa praticabile alcuna lettura 'correttiva' degli artt. 2 e 3 del decreto.

3. Le sanzioni disciplinari sportive nella giurisprudenza più recente.
Si può agevolmente notare che dall'analisi giurisprudenziale effettuata sinora emergono svariati nodi problematici. Le questioni cruciali, invero, sembrano essere tre: a) come debba configurarsi il rapporto tra l'ordinamento statale e quello sportivo in linea generale; b) se le sanzioni disciplinari sportive possano acquisire rilevanza per l'ordinamento statale ai sensi dell'art. 1, co. 2, D.L. 220/2003, e, se sì, come siffatta rilevanza vada in concreto individuata; c) se eventualmente sia da ritenersi

[31] Organo di giustizia sportiva soppresso nel 2007. Le sue funzioni furono dapprima suddivise fra due nuovi organi, sempre istituiti presso il CONI: l'Alta Corte di Giustizia Sportiva e il Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport. Nel 2014 anche questi organi sono stati soppressi, venendo sostituiti dal Collegio di Garanzia dello Sport.
[32] Cons. Stato, sez. VI, 25/11/2008, n. 5782 cit., che così prosegue: «Non si avrebbe più soltanto una questione processuale, involgente i rapporti tra giustizia sportiva e giurisdizione statale, ma si avrebbe una vera e propria deroga sostanziale all'applicazione dell'art. 2043 c.c., deroga priva di ogni plausibile giustificazione e sprovvista di fondamento normativo espresso».
[33] Cons. Stato, sez. VI, 25/11/2008, n. 5782 cit. Risulta decisivo il rilievo secondo cui l'art. 2, D.L. 220/2003, «nel delimitare la riserva a favore dell'ordinamento sportivo, non fa alcun riferimento alle controversie risarcitorie».

ISSN 2036-7821

ammissibile che il G.A., in riferimento ai provvedimenti in esame, disponga del potere risarcitorio ma non di quello caducatorio.

Come si è anticipato in premessa, pare opportuno verificare, anzitutto, in che modo siffatti profili problematici vengono considerati nelle pronunce giurisdizionali più recenti.

La presa di posizione del Consiglio di Stato non poteva non incidere in maniera significativa sullo sviluppo della giurisprudenza successiva. Ed infatti, decorso non molto tempo dalla sua pronuncia, il TAR Lazio[34], che in precedenza aveva interpretato il testo normativo secondo il primo degli orientamenti descritti, chiamato a dirimere una controversia avente ad oggetto l'annullamento di una sanzione disciplinare[35], fa proprie le conclusioni del giudice di secondo grado e solleva questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 2, co. 1, lett. b), e co. 2, D.L. 220/2003, come convertito nella L. 280/2003, per violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost., «nella parte in cui riserva al solo giudice sportivo la competenza a decidere le controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari "non tecniche", ma con effetti che vanno oltre l'ambito sportivo, inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive, sottraendole allo scrutinio del giudice amministrativo, ancorché a giudizio di quest'ultimo sia palese la loro incidenza su diritti e interessi legittimi che dall'ordinamento generale egli è chiamato a tutelare»[36].

Segnatamente, secondo il giudice rimettente, «risulta in primo luogo violato l'art. 24 Cost. che, definendo la difesa come un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, garantisce a tutti la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, e affida tale compito al giudice statale»[37].

Inoltre, «Risultano […] violati gli art. 103 e 113 Cost., che consentono sempre l'impugnativa di atti e provvedimenti amministrativi dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, senza che si possa, al contrario, dubitare della natura degli atti adottati dal Coni e dalle federazioni sportive e, dunque, della loro riconducibilità all'art. 103 Cost., atteso che l'art. 3 stesso d.l. n. 220 del 2003 riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione dei ricorsi proposti avverso detti atti, salvi i casi previsti dal precedente art. 2, 1° comma, lett. *a*) e *b*)»[38].

---

[34] Si v. TAR Lazio-Roma, sez. III ter, ord. 11/2/2010, n. 241, in *Foro it.*, 2010, III, 528.

[35] La sanzione impugnata consisteva nella inibizione dallo svolgimento di ogni attività endofederale per tre anni e quattro mesi.

[36] TAR Lazio-Roma, sez. III ter, ord. 11/2/2010, n. 241 cit.

[37] TAR Lazio-Roma, sez. III ter, ord. 11/2/2010, n. 241 cit.

[38] TAR Lazio-Roma, sez. III ter, ord. 11/2/2010, n. 241 cit. Ad avviso del rimettente, «l'unico modo per superare i dubbi di costituzionalità dell'art. 2 d.l. 19 agosto 2003 n. 220 sarebbe sostenere che anche le sanzioni disciplinari, inflitte non in violazione di regole tecniche di gioco, hanno carattere meramente interno ed esauriscono la loro efficacia all'interno dell'ordinamento sportivo». Tuttavia, il giudice ritiene di non poter pervenire a questa conclusione «atteso che tali sanzioni non si esauriscono in ambito sportivo ma, essendo dirette a modificare in modo sostanziale, ancorché non sempre totalmente irreversibile, lo *status* dell'affiliato, ridondano pure in danno della sua sfera giuridica nell'ambito dell'ordinamento statale».

ISSN 2036-7821

La Consulta, con la nota sent. 49/2011, ha dichiarato la questione di legittimità costituzionale non fondata[39].

Dopo aver rievocato la posizione assunta dalla giurisprudenza in ordine alle norme sportive 'meramente tecniche'[40], il Giudice delle leggi asserisce che «la valutazione tra l'irrilevante giuridico, che non dà accesso alla giurisdizione statale, e ciò che invece è per quest'ultima rilevante non può che essere rimessa al giudice di merito, che assumerà le sue decisioni secondo quanto prevede il diritto positivo»[41].

Ad avviso della Corte, la censura del rimettente «ha un carattere unitario, compendiabile nel dubbio che la normativa censurata precluda "al giudice statale" (espressione più volte utilizzata) di conoscere questioni che riguardino diritti soggettivi o interessi legittimi. La prospettazione della violazione anche degli artt. 103 e 113 Cost. viene formulata in quanto essi, a parere del giudice a quo, rappresentano il fondamento costituzionale delle funzioni giurisdizionali del giudice amministrativo che il rimettente, ai sensi di quanto dispone la normativa di cui deve fare applicazione, individua come il "giudice naturale" delle suddette controversie. Peraltro, con la loro evocazione, non si prospettano illegittimità costituzionali diverse da quelle formulate con riferimento all'art. 24 Cost.»[42].

Ebbene, secondo il Giudice delle leggi, «è la stessa sentenza del Consiglio di Stato» che, nell'opinione del rimettente, rende necessario il ricorso alla Corte, «a fornire, nel percorso argomentativo seguito (ed a prescindere da quanto in precedenza affermato […]), una chiave di lettura che fuga i dubbi di costituzionalità»[43].

Ad avviso della Consulta, l'interpretazione 'correttiva' del D.L. 220/2003 elaborata dal Consiglio di Stato va ritenuta praticabile anche in relazione alle controversie aventi ad oggetto l'annullamento dei provvedimenti disciplinari. Le sanzioni disciplinari non tecniche possono sì acquisire rilevanza per l'ordinamento generale, ma ciò non deve indurre a reputare incostituzionale la riserva di cui all'art. 2, co. 1, lett. b), del decreto, dal momento che «qualora la situazione soggettiva abbia consistenza tale da assumere nell'ordinamento statale la configurazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo», malgrado la tutela caducatoria resti riservata al giudice sportivo, è possibile ricorrere al G.A. per ottenere il risarcimento del danno[44].

La Corte precisa che questa «È sicuramente una forma di tutela, per equivalente, diversa rispetto a quella in via generale attribuita al giudice amministrativo (ed infatti si verte in materia di giurisdizione esclusiva), ma non può certo affermarsi che la mancanza di un giudizio di annullamento (che, oltretutto, difficilmente potrebbe

[39] Si v. Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.
[40] Storicamente ritenute irrilevanti, come si è visto, per l'ordinamento giuridico generale.
[41] Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.
[42] Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.
[43] Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.
[44] Si v. Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.

ISSN 2036-7821

produrre effetti ripristinatori, dato che in ogni caso interverrebbe dopo che sono stati esperiti tutti i rimedi interni alla giustizia sportiva, e che costituirebbe comunque, in questi casi meno gravi, una forma di intromissione non armonica rispetto all'affermato intendimento di tutelare l'ordinamento sportivo) venga a violare quanto previsto dall'art. 24 Cost.»[45].

Ciò in quanto «"appartiene alla sfera della discrezionalità legislativa apportare una deroga al diritto comune della responsabilità civile che realizzi un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze proprie" dei due portatori di interesse che si contrappongono»[46]. E nel caso delle sanzioni disciplinari sportive, «il legislatore ha operato un non irragionevole bilanciamento che lo ha indotto, per i motivi già evidenziati, ad escludere la possibilità dell'intervento giurisdizionale maggiormente incidente sull'autonomia dell'ordinamento sportivo»[47].

I giudici amministrativi hanno recepito l'orientamento della Corte, ritenendo la loro giurisdizione sussistente nei casi in cui le sanzioni disciplinari sportive controverse fossero 'rilevanti' per l'ordinamento generale, ma nei limiti della tutela risarcitoria[48].

Non sono mancate pronunce di condanna a corrispondere somme di denaro di notevole entità[49]. Ad un certo punto, però, il Consiglio di Stato ha sostenuto che l'ambito del danno risarcibile è comunque circoscritto, dovendo la tutela del G.A. «corrispondere, nei limiti della tutela per equivalente, alla ragione oggettiva dell'originario processo sportivo» ed «essere finalizzata a un ristoro del diritto o

[45] Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.

[46] Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit. Il Giudice delle leggi richiama quanto affermato in Corte cost., 20/6/2002, n. 254, in *cortecostituzionale.it*. «Tra l'altro», aggiunge, «le ipotesi di tutela esclusivamente risarcitoria per equivalente non sono certo ignote all'ordinamento. Infatti – ed il riferimento è pertinente in quanto si verte in tema di giurisdizione esclusiva –, è proprio una disposizione del codice civile, vale a dire l'art. 2058, richiamata dall'art. 30 del […] d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), a prevedere il risarcimento in forma specifica come un'eventualità ("qualora sia in tutto o in parte possibile"), peraltro sempre sottoposta al potere discrezionale del giudice ("tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore")».

[47] Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.

[48] Si v., *ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 24/9/2012, n. 5065, in *Foro it.*, 2013, III, 13; Cons. Stato, sez. VI, 27/11/2012, n. 5998, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 20/6/2013, n. 3368, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 22/12/2014, n. 6244, in *dejure.it*; Cons. Stato, sez. V, 22/6/2017, n. 3065, in *giustizia-amministrativa.it*.; Cons. Stato, sez. V, 22/8/2018, n. 5019, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio-Roma, sez. III quater, 11/12/2012, n. 10304, in *dejure.it*; TAR Lazio-Roma, sez. I ter, 10/11/2016, n. 11146, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio-Roma, sez. I ter, 18/1/2017, n. 869, in *giustizia-amministrativa.it*.

[49] Si v., ad esempio: TAR Lazio-Roma, sez. III quater, 9/3/2016, n. 3055, in *Foro it.*, 2016, III, 289, che condanna la Federazione Italiana Pallavolo al pagamento di euro 208.500,00 a favore di un'atleta cui era stata irrogata la sanzione della sospensione di sei mesi da ogni attività federale; TAR Lazio-Roma, sez. I ter, 23/1/2017, n. 1163, in *giustizia-amministrativa.it*, che condanna la Federazione Ginnastica d'Italia al pagamento di euro 100.000,00, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali, a favore di un'associazione che asseriva di essere stata danneggiata dalla sanzione disciplinare irrogata ad un proprio tesserato.

ISSN 2036-7821

dell'interesse fondamentale che sin *ab initio* si era domandato – evidentemente invano – al giudice sportivo di salvaguardare»[50].

Il supremo giudice amministrativo è tornato di recente a pronunciarsi in tema di sanzioni disciplinari sportive con la sentenza della quinta sezione, 5 febbraio 2019, n. 880, mediante la quale ha respinto l'appello proposto da un agente di calciatori contro la decisione del TAR Lazio-Roma che aveva rigettato il ricorso da lui esperito avverso gli atti del procedimento sportivo con i quali era stata sancita la sua condanna alla inibizione dall'attività per quattro anni e sei mesi e al pagamento di un'ammenda di settantamila euro[51].

Stando a quanto riferito nella pronuncia in esame, l'appellante aveva sostenuto, tra l'altro, che, alla luce della sopravvenuta decisione del TAR Lazio-Roma di sollevare, in un altro giudizio, questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 2, co. 1, lett. b), e co. 2, *in parte qua*, D.L. 220/2003, così come interpretati dalla sent. 49/2011 della Consulta, le statuizioni con cui, in primo grado, non si era conferita rilevanza alla medesima questione avrebbero dovuto ritenersi senza dubbio erronee[52].

Il giudice amministrativo d'appello afferma, innanzitutto, che, «come chiarito dalla sentenza della Corte costituzionale 11 febbraio 2011, n. 49», dal D.L. 220/2003 si evincono «tre forme di tutela giustiziale: *I)* una prima forma, limitata ai rapporti di carattere patrimoniale tra le società sportive, le associazioni sportive, gli atleti (e i tesserati), di cognizione del giudice ordinario; *II)* una seconda, relativa alle questioni aventi a oggetto le materie di cui all'art. 2, non apprestata da organi dello Stato, ma da organismi interni all'ordinamento sportivo, in quanto non idonee a far sorgere posizioni soggettive rilevanti per l'ordinamento generale, ma solo per quello settoriale; *III)* una terza, tendenzialmente residuale e di giurisdizione del giudice amministrativo "*esauriti i gradi della giustizia sportiva*"»[53].

Detto altrimenti, «le forme di tutela di spettanza del giudice amministrativo in giurisdizione esclusiva attengono a quanto», giusta gli artt. 1, 2 e 3, D.L. 220/2003, «non è riservato all'autonomia dell'ordinamento sportivo perché sono coinvolte situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico generale. Ma in concreto può esserne investito, ai sensi dell'art. 3, solo una volta esauriti i gradi della giustizia sportiva»[54].

Ora, quanto ai dubbi circa la conformità della disciplina alla Carta sollevati dall'appellante, il Consiglio di Stato evidenzia che «la Corte costituzionale, con la […] sentenza 11 febbraio 2011, n. 49, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità

[50] Cons. Stato, sez. V, 22/6/2017, n. 3065 cit.
[51] Si v. Cons. Stato, sez. V, 5/2/2019, n. 880, in *giustizia-amministrativa.it*.
[52] Si v. Cons. Stato, sez. V, 5/2/2019, n. 880 cit.
[53] Cons. Stato, sez. V, 5/2/2019, n. 880 cit.
[54] Cons. Stato, sez. V, 5/2/2019, n. 880 cit.

ISSN 2036-7821

costituzionale dell'art. 2, comma 1, lett. *b)*, e 2, d.-l. n. 220 del 2003 nella parte in cui riserva al giudice sportivo la competenza definitiva sulle controversie riguardanti sanzioni disciplinari non tecniche inflitte ai soggetti operanti nell'ordinamento sportivo, anche se i loro effetti […] superano l'ambito dell'ordinamento sportivo, incidendo su diritti e interessi legittimi, in riferimento agli art. 24, 103 e 113 Cost., così sottraendole alla cognizione di legittimità del giudice amministrativo, che resta competente a conoscere, in via incidentale e indiretta, solo della domanda risarcitoria proposta dal destinatario della sanzione. Ciò sulla scorta del bene della tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, e nella contestuale presenza della possibilità di chi lamenti la lesione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante per l'ordinamento statale di agire in giudizio per il conseguente risarcimento del danno»[55].

Ad ogni modo, anche per le controversie risarcitorie vale la cd. 'pregiudiziale sportiva', esse potendo «essere avviate solo dopo "*esauriti i gradi della giustizia sportiva*", come prevede l'art. 3 del d.-l. 220 del 2003»[56].

Il giudice amministrativo di secondo grado richiama il proprio orientamento secondo cui «In questo schema […] rileva che, anche se la tutela finisce per essere solo per equivalente monetario, il rapporto tra giustizia sportiva e giurisdizione amministrativa configura un modello progressivo a giurisdizione condizionata, dove coesistono successivi livelli giustiziali, che si susseguono in ragione di oggetto e natura, più o meno specialistica, delle competenze dell'organo giudicante, ancorandosi il sistema del diritto sportivo – cui è correlata la funzione giustiziale – alle premesse e ai caratteri impressi allo sport dal Comitato Olimpico Internazionale (CIO) sin dalla fondazione […] e, conseguentemente, dallo Statuto del CONI, ente pubblico esponenziale dell'ordinamento sportivo, che, all'art. 1, comma 2, definisce l'Istituto come "*autorità di disciplina, regolazione e gestione delle attività sportive, intese come elemento essenziale della formazione fisica e morale dell'individuo e parte integrante dell'educazione e della cultura nazionale*"»[57].

Da ciò consegue che l'ambito del danno risarcibile non può estendersi oltre certi limiti: «il perimetro della tutela risarcitoria è rilevante nei termini di una tutela della lesione interna a un ordinario e corretto sviluppo dell'attività sportiva […], in base

[55] Cons. Stato, sez. V, 5/2/2019, n. 880 cit.

[56] Cons. Stato, sez. V, 5/2/2019, n. 880 cit.

[57] Cons. Stato, sez. V, 5/2/2019, n. 880 cit. Il supremo giudice amministrativo conferma quanto sostenuto da Cons. Stato, sez. V, 22/6/2017, n. 3065 cit., che, tra l'altro, aveva aggiunto: «Come è in genere per siffatti sistemi di tutela, la razionalità dell'assetto in progressione comporta che le successive domande di tutela, che hanno per presupposto l'espletamento delle prime, siano informate al principio di sussidiarietà e di economia dei mezzi e siano tra loro coerenti per oggetto, *in primis* dal punto di vista funzionale: vale a dire per fondamenti della *causa petendi*. La ragione del domandare giustizia, cioè la prospettazione della lesione di cui si chiede la riparazione o il ristoro, non può che avere la medesima latitudine: pur se, in rapporto al tipo di giudicante e ai suoi poteri, può mutare il formale *petitum*, cioè la "*modalità di tutela giurisdizionale*". Non si può chiedere al livello successivo giustizia per una causa e per un bene della vita diversi da quelli invocati al livello necessariamente presupposto».

ISSN 2036-7821

all'apprezzamento incidentale del giudice amministrativo dei provvedimenti di giustizia sportiva, nel quadro di un equilibrio di sistema che così offre una tutela giudiziale effettiva»[58].

Qualche mese dopo la pronuncia di questa decisione, la Corte costituzionale, con la sent. 160/2019, ha confermato quanto asserito con la sent. 49/2011[59].

La Consulta respinge, innanzitutto, l'osservazione del rimettente secondo cui nella sentenza del 2011 i rilievi circa la compatibilità della disciplina censurata con gli artt. 103 e 113 Cost. non sarebbero stati compiutamente esaminati[60].

Inoltre, ad avviso della Corte, «non apporta nuovi profili di illegittimità, diversi da quelli già esaminati, nemmeno la prospettata qualificazione delle decisioni degli organi della giustizia sportiva come provvedimenti amministrativi, dal momento che la stessa sentenza n. 49 del 2011 non esclude che le sanzioni sportive possano ledere anche situazioni giuridiche aventi consistenza di interesse legittimo e ne colloca di conseguenza la tutela risarcitoria per equivalente nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»[61].

Rammentato ciò, sembra opportuno evidenziare quanto asserito dal Giudice delle leggi in merito «alla natura, per taluni profili originaria e autonoma,

---

[58] Cons. Stato, sez. V, 5/2/2019, n. 880 cit., ribadendo ancora quanto già asserito da Cons. Stato, sez. V, 22/6/2017, n. 3065 cit., secondo cui «Diversamente, arrivando a voler includere nell'oggetto di questa tutela per equivalente monetario voci per loro natura diverse da quelle proprie di quell'àmbito ed estranee alle dette finalità eminentemente pubblicistiche dell'ordinamento sportivo, si finirebbe per contraddire il rammentato vincolo di strumentalità funzionale che è proprio della giurisdizione condizionata nonché quello di stretta proporzionalità degli strumenti integrati di tutela. E si finirebbe per trasformare l'espressione dello sport in un'ordinaria fenomenologia individuale di mercato dove il sostegno pubblico perderebbe ragione o diverrebbe locupletativo. Si esulerebbe dalle ragioni di una particolare tutela giurisdizionale pubblica che ha per base espressa quelle dell'organizzazione pubblicistica dell'attività sportiva e la garanzia del suo legittimo funzionamento: il che è quanto giustifica la condizionata giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. *z)* Cod. proc. amm., che concerne atti […] originati nell'esercizio di attività a valenza pubblicistica. Perciò la particolare giustizia statuale approntata dalla legge corrisponde all'oggetto sostanziale della "giustizia sportiva": diversamente, non ci sarebbero ragioni per differenziarla da quella, di diritto comune, inerente un qualsivoglia fenomeno lucrativo privato, basato sull'utilizzo di risorse anche materiali private».

[59] Si v. Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit. Con siffatta sentenza la Consulta dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate da TAR Lazio-Roma, sez. I ter, ord. 11/10/2017, n. 10171, in *giustizia-amministrativa.it*, in riferimento all'art. 2, commi 1, lett. b), e 2, D.L. 220/2003, come convertito nella L. 280/2003, per violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost. Il giudice amministrativo di prime cure era stato adito da un dirigente sportivo tesserato della Federazione Italiana Giuoco Calcio per ottenere l'annullamento della sanzione disciplinare della inibizione per tre anni irrogata nei suoi confronti, nonché il risarcimento del danno subito.

[60] Si v. Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit. La Consulta ricorda che, nella sent. 49/2011, «scrutinando la legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, lettera b), e 2, del d.l. n. 220 del 2003 in riferimento agli artt. 24, 103 e 113 Cost.», ebbe modo di dare «espressamente conto del "carattere unitario" della censura» sottoposta al suo esame; inoltre, «Nel suo impianto complessivo […] la sentenza non omette di considerare i profili di illegittimità allora segnatamente prospettati […] in riferimento agli artt. 103 e 113 Cost.». Si v. altresì TAR Lazio-Roma, sez. I ter, ord. 11/10/2017, n. 10171 cit.

[61] Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit.

ISSN 2036-7821

dell'ordinamento sportivo, che di un ordinamento giuridico presenta i tradizionali caratteri di plurisoggettività, organizzazione e normazione propria»[62].

A questo riguardo la Consulta afferma che «Nel quadro della struttura pluralista della Costituzione, orientata all'apertura dell'ordinamento dello Stato ad altri ordinamenti, anche il sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui si esprime la sua personalità (art. 2 Cost.) e che assicurano il diritto di associarsi liberamente per fini che non sono vietati al singolo dalla legge penale (art. 18). Con la conseguenza che eventuali collegamenti con l'ordinamento statale, allorché i due ordinamenti entrino reciprocamente in contatto per intervento del legislatore statale, devono essere disciplinati tenendo conto dell'autonomia di quello sportivo e delle previsioni costituzionali in cui essa trova radice»[63].

D'altra parte, «la disciplina legislativa di meccanismi di collegamento, anche diretto, fra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale trova un limite nel necessario rispetto dei principi e dei diritti costituzionali»[64].

Da ciò consegue che «La regolamentazione statale del sistema sportivo deve […] mantenersi nei limiti di quanto risulta necessario al bilanciamento dell'autonomia del suo ordinamento con il rispetto delle altre garanzie costituzionali che possono venire in rilievo, fra le quali vi sono […] il diritto di difesa e il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale presidiati dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. In termini concreti tutto ciò fa sì che la tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, se non può evidentemente comportare un sacrificio completo della garanzia della protezione giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, può tuttavia giustificare scelte legislative che, senza escludere tale protezione, la conformino in modo da evitare intromissioni con essa "non armoniche", come il legislatore ha valutato che fosse, nel caso in esame, la tutela costitutiva»[65].

Secondo la Consulta, inoltre, «Deve essere […] respinta la tesi del carattere costituzionalmente necessitato della tutela demolitoria degli interessi legittimi», dal

[62] Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit.
[63] Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit.
[64] Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit.
[65] Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit. La Consulta precisa che la scelta interpretativa operata con la sent. 49/2011 «si fonda su una valutazione di non irragionevolezza del bilanciamento effettuato dal legislatore, che ha escluso "la possibilità dell'intervento giurisdizionale maggiormente incidente sull'autonomia dell'ordinamento sportivo" […] e limitato l'intervento stesso alla sola tutela per equivalente di situazioni soggettive coinvolte in questioni nelle quali l'autonomia e la stabilità dei rapporti costituisce di regola dimensione prioritaria rispetto alla tutela reale in forma specifica, per il rilievo che i profili tecnici e disciplinari hanno nell'ambito del mondo sportivo. Ambito nel quale, invero, le regole proprie delle varie discipline e delle relative competizioni si sono formate autonomamente secondo gli sviluppi propri dei diversi settori e si connotano normalmente per un forte grado di specifica tecnicità che va per quanto possibile preservato».

ISSN 2036-7821

momento che «se è fuor di dubbio che i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale espressi dagli artt. 24 e 113 Cost. devono avere applicazione rigorosa a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che ne sono titolari, ciò non significa che il citato art. 113 Cost., correttamente interpretato, sia diretto ad assicurare in ogni caso e incondizionatamente una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile contro l'atto amministrativo, spettando invece al legislatore ordinario un certo spazio di valutazione nel regolarne modi ed efficacia»[66].

Richiamato ciò, a questo punto sembra opportuno, alla luce di tutto quanto osservato, concludere la trattazione della giurisprudenza presa in esame provando a riepilogare le risposte da essa offerte in merito ai profili problematici già evidenziati: a) come debba configurarsi il rapporto fra l'ordinamento statale e quello sportivo in linea generale; b) se le sanzioni disciplinari sportive possano acquisire rilevanza per l'ordinamento statale ai sensi dell'art. 1, co. 2, D.L. 220/2003, e, se sì, come siffatta rilevanza vada in concreto individuata; c) se eventualmente sia da ritenersi ammissibile che il G.A., in riferimento ai provvedimenti in esame, disponga del potere risarcitorio ma non di quello caducatorio.

Ebbene, la questione della configurazione del rapporto sussistente fra l'ordinamento sportivo e quello statale in linea generale, come si è visto, è stata accuratamente analizzata dalla Consulta nella sent. 160/2019. La Corte, invero, pare lasciar intendere che quello sportivo sia un ordinamento giuridico a tutti gli effetti, distinto da quello statale. E chiarisce che nel caso in cui essi si intersechino, la disciplina statale deve limitarsi a prevedere quanto necessario ai fini del bilanciamento fra l'autonomia dell'ordinamento sportivo e le altre garanzie costituzionali in contrasto con questa.

Quanto al secondo profilo problematico messo in luce, si è avuto modo di osservare che la giurisprudenza presa in esame aderisce alla tesi secondo cui le sanzioni disciplinari sportive non tecniche possono acquisire rilevanza per l'ordinamento generale. La Consulta, con la sent. 49/2011, chiarisce che la valutazione circa la sussistenza in concreto di siffatta rilevanza compete al giudice di merito, chiamato a decidere «secondo quanto prevede il diritto positivo».

---

[66] Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit. Il Giudice delle leggi, poco oltre, aggiunge che «se […] il risarcimento rappresenta in linea generale una forma in sé non inadeguata di protezione delle posizioni dei soggetti colpiti dalle sanzioni sportive, non va trascurato il rilievo che assume, nell'ambito di una vicenda connotata pubblicisticamente quale quella in esame, l'accertamento incidentale condotto dal giudice amministrativo sulla legittimità dell'atto, di cui anche gli organi dell'ordinamento sportivo non possono non tenere conto»; e, dopo qualche riga, precisa che la sent. 49/2011 «non afferma la "equipollenza"» fra la tutela caducatoria e quella risarcitoria, «ma si limita a escludere che la mancanza di un giudizio di annullamento sia di per sé in contrasto con quanto previsto dall'art. 24 Cost., in quanto la disciplina in discussione riconosce all'interessato, secondo il diritto vivente, "una diversificata modalità di tutela giurisdizionale". La sentenza prende le mosse dall'espresso presupposto che la forma di tutela per equivalente sia sicuramente diversa rispetto a quella in via generale attribuita al giudice amministrativo, ma giudica il rimedio risarcitorio di regola idoneo a garantire un'attitudine riparatoria adeguata».

ISSN 2036-7821

Riguardo alla terza questione emersa, infine, nelle pronunce considerate, reputandosi la interpretazione costituzionalmente orientata elaborata dal Consiglio di Stato nella sent. 5782/2008 praticabile anche in relazione alle controversie aventi ad oggetto l'annullamento dei provvedimenti disciplinari, sembra ritenersi pienamente legittimo che il G.A., rispetto a tali provvedimenti, disponga del potere risarcitorio ma non di quello caducatorio.

4. Una possibile ricostruzione teorica.

Terminata l'analisi della giurisprudenza formatasi sull'oggetto della indagine, è giunto il momento di provare a vagliare i tre profili problematici evidenziati attraverso i parametri indicati in premessa: la teoria generale del diritto, la logica giuridica e i principi generali dell'ordinamento.

Si prenderanno le mosse da una riflessione sulla natura dell'ordinamento sportivo e sulla configurazione del rapporto sussistente tra esso e l'ordinamento statale.

Ci si soffermerà, poi, sul concetto di 'rilevanza' enunciato all'art. 1, co. 2, D.L. 220/2003, cercando di comprendere come debba delinearsi in ordine alle sanzioni disciplinari sportive non tecniche.

Successivamente, si tenterà di far luce sulle caratteristiche della tutela conseguibile in sede giurisdizionale amministrativa dal soggetto leso dai provvedimenti afflittivi in questione.

Infine, si cercherà di comprendere se e come il fenomeno sportivo rilevi per l'ordinamento comunitario, al fine di vagliare l'analisi condotta anche alla luce del diritto dell'Unione Europea.

4.1. *Il rapporto sussistente fra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento generale.*

L'art. 1, D.L. 220/2003, come convertito nella L. 280/2003, prescrive – lo si è già avuto modo di osservare – che «La Repubblica *riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale*, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale. I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati *in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo*» (corsivi di chi scrive).

Si è fatto più volte riferimento, in queste pagine, all'*ordinamento sportivo*. Ebbene, è giunto il momento di chiarire quale significato si intenda attribuire a tale nozione, dal momento che essa non è affatto pacifica: in particolare, non è unanimemente

ISSN 2036-7821

condivisa l'opinione secondo cui quello sportivo sarebbe un ordinamento giuridico in senso pieno[67].

Al fine di prendere posizione in merito a ciò, tuttavia, occorre *in primis* chiarire cosa si intenda per *ordinamento giuridico*, essendo estremamente controversa, com'è noto, anche siffatta nozione[68].

Invero, appare assolutamente condivisibile l'autorevole tesi secondo la quale si definisce *ordinamento giuridico* un «gruppo organizzato ed effettivamente produttore di norme giuridiche», ovvero un «gruppo di soggetti, che per interessi comuni si organizza, conferendo ad un'autorità dei poteri, e dandosi delle norme che hanno un'effettiva vigenza. Le componenti primarie dell'ordinamento sono quindi la *plurisoggettività* (complesso dei componenti il gruppo), l'*organizzazione* e la *normazione*»[69] (corsivi di chi scrive).

La stessa dottrina distingue l'*ordinamento giuridico generale* dagli *ordinamenti giuridici particolari*. Il primo è l'«ordinamento di un gruppo territoriale ampio, avente possibilità effettiva di occuparsi di tutti gli interessi del gruppo medesimo»[70]. Va rimarcato che «gli ordinamenti generali sono i soli ad essere insieme *originari*, *sovrani* e *assoluti*»[71].

Gli *ordinamenti giuridici particolari*, invece, «sono quelli nei confronti dei quali "si dispiega" l'autorità propria degli ordinamenti generali»[72]. Alcuni degli ordinamenti particolari sono costituiti da «gruppi di interessi privati, i quali si danno delle normazioni che, pur non essendo sempre in contrasto con quella generale, possono però da questa prescindere: donde il fenomeno del diritto dei privati»[73].

Un ordinamento particolare può essere, o meno, *sezionale*[74]. «Gli ordinamenti sezionali – o settoriali, secondo altra dizione – sono istituiti dallo Stato» allorquando in essi vengono «obbligatoriamente raggruppati» imprenditori privati cui sono affidate attività «le quali presentano aspetti di pubblico interesse». L'organizzazione

---

[67] Si v., tra gli altri, L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 1 ss., 19-20, secondo cui «Mettendo insieme tutte le perplessità suscitate dalla nozione di ordinamento sportivo è indubbiamente forte la tentazione di abbandonarla, nell'intento di superare le distorsioni di cui è causa oppure effetto. Considerato tuttavia che la nozione è entrata nel lessico corrente, e che a essa ricorre, seppure impropriamente, lo stesso legislatore costituzionale (art. 117 Cost. riformato), può ammettersene ancora l'uso, alla condizione però, per dirla con lo storico del diritto, che sia "resa perfettamente innocua". Il che equivale ad affermare che ordinamento sportivo significa semplicemente gruppo sociale organizzato; o anche che il fenomeno sportivo non gode di un regime speciale e privilegiato rispetto a ogni altro fenomeno associativo».

[68] Si v., tra gli altri, P. GROSSI, *Ordinamento*, in P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006; F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980.

[69] Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1988, p. 97.

[70] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I cit., p. 98.

[71] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I cit., p. 99.

[72] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 33 ss., 54, richiamando M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I cit., p. 98.

[73] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I cit., p. 99.

[74] Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1988, p. 887.

ISSN 2036-7821

di siffatti ordinamenti «è costituita da organi dello Stato (ma potrebbe anche essere costituita da un apposito ente)». Va evidenziato che gli «atti degli organi reggenti l'ordinamento sezionale sono sempre qualificabili nell'ordinamento generale statale come provvedimenti amministrativi»[75].

Ora, sulla base della impostazione richiamata, sembra potersi affermare senza troppe incertezze che quello sportivo sia un ordinamento giuridico in senso proprio, esso presentando senz'altro i menzionati caratteri della plurisoggettività, della organizzazione e della normazione[76].

Ciò posto, pare indubbio che l'ordinamento in esame appartenga non alla specie di quelli generali, ma a quella degli ordinamenti *particolari*[77]. Come si è visto, l'art. 1, co. 1, D.L. 220/2003, *riconosce* la sua *autonomia*; esso, però, sembra mancare di *sovranità* – almeno ove per questa si intenda la «capacità di decidere 'in ultima istanza' per la comunità»[78] –, apparendo difficilmente contestabile che nei suoi confronti si dispieghi l'autorità propria dell'ordinamento generale della Repubblica[79].

In astratto, invero, l'assunto secondo cui quello della Repubblica sarebbe un ordinamento *generale* e *sovrano* potrebbe essere messo in discussione. Ciò, tuttavia, sul piano strettamente giuridico, per effetto di quanto stabilito dall'art. 1 Cost., non sembra ammissibile.

Non è affatto chiaro, invece, se l'ordinamento sportivo, oltre ad essere particolare, sia anche *sezionale*. La questione non è squisitamente teorica, dal momento che, com'è stato osservato in dottrina, dalla posizione assunta rispetto ad essa dipende la risoluzione di un problema concreto: quello di chiarire *come si configura* l'autonomia di cui gode l'ordinamento sportivo[80].

Ebbene, se quello sportivo viene considerato un ordinamento sezionale, «l'autonomia non può che essere meramente amministrativa, funzionalizzata, e dunque corrispondere ad una formula organizzatoria strumentale al perseguimento di fini all'ente che ne gode». Viceversa, se «si considera quello sportivo un ordinamento

---

[75] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II cit., pp. 169 ss.

[76] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto* cit., pp. 56 ss.

[77] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Op. loco ult. cit.*

[78] Il concetto è così definito in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 65. Ad avviso dell'A., mentre la sovranità «non può che essere 'originaria' ed 'illimitata'», l'autonomia «è in sé, per antonomasia, 'derivata' e 'limitata'», l'idea di essa sembrando «presupporre che il soggetto che ne gode sia, in qualche modo, 'generato' da un altro: un soggetto è sempre autonomo nei confronti di un altro, dal quale comunque, bene o male, 'proviene'». Cionondimeno, «nell'etimo […], il termine evoca indiscutibilmente la capacità riconosciuta ad un soggetto di darsi da solo le regole che disciplinano il suo proprio agire».

[79] Cfr. V. VIGORITI, *Giustizia statale e sport: fra ingerenza e garanzia*, in *Riv. arb.*, 2005, fasc. 3, pp. 435 ss., secondo cui «nel conflitto» fra i due ordinamenti «prevale l'ordinamento statale in quanto espressione di sovranità popolare» (p. 436).

[80] Si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto* cit., pp. 58 ss.

ISSN 2036-7821

particolare, sì, ma non sezionale, si tratta di autonomia sociale/privata (la quale, peraltro, non necessariamente dà origine ad un ordinamento giuridico): ad essa quindi vanno riconosciuti più ampi spazi di manovra, quelli tipicamente propri dell'autonomia negoziale; ma il soggetto che ne è titolare comunque non può agire fuori del lecito e del legittimo»[81].

Ad ogni modo, qualunque sia la opzione teorica prescelta, non pare revocabile in dubbio che l'autonomia dell'ordinamento sportivo non possa dispiegarsi oltre i limiti entro i quali l'ordinamento generale lo consenta.

E tuttavia, sembra innegabile che siffatti limiti debbano configurarsi sempre alla luce della Costituzione, in quanto l'autonomia dell'ordinamento sportivo pare trovare fondamento in essa, e segnatamente nell'art. 2, rientrando le associazioni sportive tra le «formazioni sociali ove si svolge» la personalità dell'uomo, e nell'art. 18, dal quale si evince che i cittadini hanno il diritto di associarsi liberamente per finalità sportive[82].

In questa prospettiva, sembra ragionevole convenire con chi ha affermato, da un lato, che l'ordinamento sportivo gode senz'altro di «una sorta di vera e propria 'signoria'» sul proprio oggetto; e dall'altro, che l'autonomia, però, «incontra almeno due limiti. Il primo sta nel fatto che non è consentito all'ordinamento autonomo di violare i principi fondamentali dell'ordinamento generale nel cui seno si colloca». Il secondo, invece, «sembra risiedere in ciò: che laddove regolazione e gestione dell'oggetto proprio dell'ordinamento particolare, per evenienze specifiche, si trovino ad intersecare oggetti nella cura dell'ordinamento generale, esse non possono che 'indietreggiare' dinanzi alle norme ed ai provvedimenti emanati nell'ambito del secondo»[83].

---

[81] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto* cit., p. 60.

[82] Sul punto si condivide la posizione della Consulta, la quale, come si è osservato *supra*, § 3, nella recente sent. 160/2019 ha affermato che «Nel quadro della struttura pluralista della Costituzione, orientata all'apertura dell'ordinamento dello Stato ad altri ordinamenti, anche il sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui si esprime la sua personalità (art. 2 Cost.) e che assicurano il diritto di associarsi liberamente per fini che non sono vietati al singolo dalla legge penale (art. 18). Con la conseguenza che eventuali collegamenti con l'ordinamento statale, allorché i due ordinamenti entrino reciprocamente in contatto per intervento del legislatore statale, devono essere disciplinati tenendo conto dell'autonomia di quello sportivo e delle previsioni costituzionali in cui essa trova radice». La Corte si era espressa analogamente nella sent. 49/2011, asserendo che «l'autonomia dell'ordinamento sportivo trova ampia tutela negli artt. 2 e 18 della Costituzione, dato che non può porsi in dubbio che le associazioni sportive siano tra le più diffuse "formazioni sociali dove [l'uomo] svolge la sua personalità" e che debba essere riconosciuto a tutti il diritto di associarsi liberamente per finalità sportive».

[83] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri*, in *Dir. soc.*, 2020, fasc. 4, pp. 683 ss., 693-694, che così prosegue: «È, ad esempio, il caso – di recente verificatosi con notevole eco e vistosa risonanza mediatiche – della salute pubblica: non sembra ammissibile che, per dover prestare osservanza a norme (contingenti e 'pattizie') dell'ordinamento sportivo (finalizzate a preservare un pur consistente interesse economico generale), soggetti appartenenti a quest'ultimo vengano

ISSN 2036-7821

Da quanto sostenuto pare plausibile ricavare che, quantomeno in alcune ipotesi, l'ordinamento sportivo non è giuridicamente insignificante per quello della Repubblica. Del resto, si è osservato che, giusta l'art. 1, co. 2, D.L. 220/2003, «I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, *salvi i casi di rilevanza* per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo» (corsivo di chi scrive): la norma sembra asserire che l'ordinamento sportivo sia, di regola, *irrilevante* per quello della Repubblica, tuttavia precisando espressamente che esistono casi in cui tale irrilevanza viene meno. D'altronde, il fatto stesso che la Costituzione consenta al legislatore ordinario di normare in tema di ordinamento sportivo, includendo quella relativa a quest'ultimo fra le materie di legislazione concorrente di cui all'art. 117, co. 3, pare escludere già di per sé una *indifferenza assoluta* da parte dell'ordinamento generale nei confronti di quello particolare.
Insomma, sembra potersi affermare, per un verso, che quello sportivo sia un vero e proprio ordinamento giuridico, distinto e autonomo rispetto all'ordinamento della Repubblica; per l'altro, che esso non risulti sempre e comunque *irrilevante* per l'ordinamento generale.

4.2. La rilevanza delle sanzioni disciplinari sportive non tecniche per l'ordinamento giuridico della Repubblica.

Come si è già riferito, l'art. 2, co. 1, D.L. 220/2003, riserva espressamente all'ordinamento sportivo «In applicazione dei principi di cui all'articolo 1 […], la disciplina delle questioni aventi ad oggetto […] i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive».
Si è già avuto modo di osservare che la giurisprudenza, nel corso del tempo, ha talora escluso che rispetto alle sanzioni disciplinari sportive non tecniche potessero configurarsi, ai sensi dell'art. 1, co. 2, D.L. 220/2003, «casi di rilevanza» di situazioni giuridiche soggettive per l'ordinamento della Repubblica[84]. Si è visto anche che, ad un certo punto, il TAR Lazio-Roma, ritenendo di dover far propria questa posizione, è giunto a dubitare, in linea con quanto asserito precedentemente dal Consiglio di Stato, della compatibilità con la Carta della riserva poc'anzi menzionata, e a sollevare

costretti (o comunque almeno fortemente indotti) a disattendere, a non ottemperare ad un provvedimento restrittivo imperativamente assunto dall'autorità sanitaria, così incorrendo nella violazione di una norma penale (l'art. 650 C.P.)».

[84] Si v. Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 8/11/2007, n. 1048 cit.; Cons. Stato, sez. VI, 25/11/2008, n. 5782 cit.

ISSN 2036-7821

la questione di legittimità costituzionale sulla quale la Consulta si è pronunciata con la sent. 49/2011[85].

Ebbene, come si è potuto constatare, la tesi in parola non è stata condivisa dalla Corte, la quale ha, invece, reputato possibile che i provvedimenti sanzionatori in questione incidano su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento generale[86].

Ciò premesso, appare necessario provare a far luce sul concetto di *rilevanza*, di cui né la Consulta, né il Legislatore sembrano fornire una definizione chiara.

In dottrina è opinione alquanto diffusa quella secondo cui, anche al di là dei casi ricompresi nella clausola di salvezza di cui all'art. 1, co. 2, D.L. 220/2003, l'ordinamento sportivo non sarebbe assolutamente irrilevante per quello della Repubblica[87].

Ebbene, il solo fatto che quest'ultimo si riconosca competente a prevedere una disciplina per l'altro potrebbe senz'altro indurre a sostenere che, in effetti, l'ordinamento sportivo non sia mai definibile come *irrilevante* per quello repubblicano; e tuttavia, non pare revocabile in dubbio che, in taluni casi, l'ordinamento particolare si riveli non giuridicamente significativo per quello generale. Così stando le cose, sembra opportuno ritenere, nulla parendo ostarvi sul piano logico, che l'ordinamento sportivo possa risultare, per quello della Repubblica, talvolta giuridicamente rilevante, talaltra no[88].

Siffatta opinione sembra trovare conforto nella giurisprudenza del Giudice Supremo, il quale, condividendo la tesi secondo cui «l'ordinamento può assumere, nei confronti di un "ordinamento separato", tre possibili atteggiamenti: l'ignorarlo, il riconoscerlo "come ordinamento", il riconoscerlo "come proprio soggetto di diritto"», ha precisato che «all'evidenza, *questi possibili atteggiamenti non sono tanto*

[85] Si v. TAR Lazio-Roma, sez. III ter, ord. 11/2/2010, n. 241 cit.

[86] Si v. Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.; Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit.

[87] Si v., fra gli altri: N. PAOLANTONIO, *Ancora su sport e giustizia* (Nota a Cons. giust. amm. Reg. Sic., 8 novembre 2007, n. 1048), in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, fasc. 12, pp. 3537 ss., secondo cui «I recenti studi appaiono caratterizzati da un intento comune: dimostrare che l'ordinamento sportivo (se di ordinamento è corretto parlare) non è né speciale, né separato, né giuridicamente irrilevante rispetto all'ordinamento statale; tesi che davvero – pare a chi scrive – merita piena condivisione» (p. 3539); V. PESCATORE, *Corte costituzionale e risarcimento del danno da sanzione sportiva* (Nota a Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, fasc. 3, pp. 1009 ss., ad avviso del quale il 'riconoscimento' dell'ordinamento particolare operato dal legislatore all'art. 1, D.L. 220/2003, indicherebbe che «l'ordinamento sportivo non è irrilevante per quello dello Stato. Irrilevanza si darebbe, infatti, se il primo non fosse preso in considerazione dal secondo: per il quale ultimo, quindi, non esisterebbe né come ordinamento né come altro fatto giuridico. Al contrario, come dimostra l'art. 2 della l. n. 280/2003, la materia sportiva è considerata dall'ordinamento dello Stato ed è rilevante per le sue funzioni: per quella giudiziaria, poiché i tribunali statali», entro certi limiti, «senz'altro possono conoscere e giudicare almeno di alcuni fatti sportivi; e per quella legislativa, se solo si tiene conto che l'art. 117 cost. attribuisce alla legislazione concorrente di Stato e Regioni l'"ordinamento sportivo"» (pp. 1016-1017).

[88] Come in passato (si v. *supra*, § 2.1), anche oggi (si v., ad es., quanto affermato sul punto da Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.) la giurisprudenza tende ad inquadrare nella sfera dell'*irrilevante* le ccdd. 'regole tecniche'.

ISSN 2036-7821

rigidi da escludersi sempre vicendevolmente, potendosi ben pensare che ciascuno di essi possa di volta in volta trovare giustificazione nei confronti del medesimo organismo ("ordinamento separato"), a seconda delle sue varie manifestazioni. Può, cioè, ritenersi che anche nelle ipotesi in cui tale organismo venga riconosciuto "come ordinamento", oppure "come soggetto dell'ordinamento generale", possa sempre esservi spazio per l'individuazione di una zona di "ignoranza"» (corsivo di chi scrive) costituita da norme interne irrilevanti per l'ordinamento generale[89].

Segnatamente, il fatto che l'autonomia dell'ordinamento sportivo sia 'riconosciuta' dall'ordinamento della Repubblica non pare costituire ragione sufficiente per ritenere che l'ordinamento particolare non sia mai *irrilevante* per quello generale. A ciò sembra potersi aggiungere che l'impiego del concetto di *irrilevanza* non pare risultare precluso dalla circostanza che sia l'ordinamento repubblicano ad individuare le materie *riservate* a quello sportivo: è vero che, in tal modo, siffatte materie vengono in un certo senso 'prese in considerazione' dall'ordinamento generale; e tuttavia, è evidente che questo le consideri solo per sancire, appunto, la sua indifferenza rispetto ad esse.

In questa prospettiva, la posizione assunta dalla Consulta in relazione alle sanzioni disciplinari sportive non tecniche si rivela pienamente condivisibile.

Invero, l'ordinamento della Repubblica deve, di regola, disinteressarsi di siffatti atti, la disciplina delle questioni aventi ad oggetto essi risultando espressamente riservata, giusta l'art. 2, co. 1, lett. b), D.L. 220/2003, all'ordinamento sportivo. Tuttavia, qualora la situazione soggettiva sulla quale la sanzione incide «abbia consistenza tale da assumere nell'ordinamento statale la configurazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo»[90], la stessa non può non ricevere tutela nell'ambito dell'ordinamento generale, perché, se così non fosse, il diritto di difesa del destinatario del provvedimento subirebbe una lesione intollerabile.

D'altra parte, l'assunto secondo cui le sanzioni disciplinari non tecniche non sarebbero sempre inidonee a ledere diritti soggettivi o interessi legittimi pare difficilmente confutabile, dal momento che esse sembrano poter risultare fornite di una notevole capacità afflittiva, tale da comprimere in maniera tutt'altro che irrisoria diritti costituzionalmente garantiti.

A tal riguardo pare non potersi non condividere quanto asserito in una sentenza del giudice amministrativo di prime cure: «Autonomia sta a significare inibizione per un ordinamento giuridico di interferire con le proprie regole e i propri strumenti attuativi in un ambito normativamente riservato ad altro ordinamento coesistente (nella specie, quello sportivo), *ma a condizione che gli atti e le pronunce in detto ambito intervenuti in esso esauriscano i propri effetti*. Il che è situazione che, alla luce del

[89] Si v. Cass. civ., SS.UU., 26/10/1989, n. 4399 cit.
[90] Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.

ISSN 2036-7821

comune buon senso, non ricorre affatto allorché la materia del contendere è costituita innanzi tutto da valutazioni e apprezzamenti personali, che a prescindere dalla qualifica professionale rivestita dal soggetto destinatario degli stessi e del settore nel quale egli ha svolto la sua attività, *investono con immediatezza diritti fondamentali dello stesso in quanto uomo e cittadino*, con conseguenze lesive della sua onorabilità e negativi, intuitivi riflessi nei rapporti sociali» (corsivi di chi scrive)[91].

Il testo del D.L. 220/2003 non sembra precludere l'opzione ermeneutica sostenuta in questa sede. È vero, infatti, che «la disciplina delle questioni aventi ad oggetto […] i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive» risulta espressamente riservata, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. b), all'ordinamento sportivo; tuttavia, non pare potersi trascurare che detta riserva è posta «In applicazione dei principi di cui all'articolo 1», il cui co. 2, come si è visto, nello stabilire che i rapporti fra l'ordinamento particolare e quello generale «sono regolati in base al principio di autonomia», fa «salvi *i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo*» (corsivo di chi scrive).

Nei casi in cui la rilevanza sussista, gli atti sanzionatori sembrano doversi considerare, nell'ambito dell'ordinamento della Repubblica, veri e propri provvedimenti amministrativi[92].

Chiarito ciò, resta da comprendere come la *rilevanza* in parola vada individuata in concreto. Come si è anticipato, la Consulta ha affermato che «la valutazione tra l'irrilevante giuridico, che non dà accesso alla giurisdizione statale, e ciò che invece è per quest'ultima rilevante non può che essere rimessa al giudice di merito, che assumerà le sue decisioni secondo quanto prevede il diritto positivo»[93].

Siffatta posizione appare difficilmente controvertibile. È evidente che, così stando le cose, per il destinatario del provvedimento afflittivo può rivelarsi alquanto complesso, prima di adire il giudice statale, realizzare se sia titolare o meno di una situazione soggettiva rilevante per l'ordinamento generale; ma ciò sembra costituire

[91] TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 19/3/2008, n. 2472 cit.

[92] Si v., fra le diverse decisioni che si esprimono in tal senso, TAR Lazio-Roma, sez. I ter, 23/1/2017, n. 1163 cit. Il giudice amministrativo di prime cure, dopo aver chiarito che «Gli organi di giustizia costituiti presso le Federazioni sportive […] sono organi giustiziali rispetto alle decisioni aventi rilevanza interna per l'ordinamento sportivo, mentre debbono considerarsi partecipare della medesima natura pubblicistica delle Federazioni cui appartengono, ogni qualvolta le loro decisioni rivestano rilevanza giuridica esterna per l'ordinamento statale», afferma che «Le decisioni degli organi di giustizia federale […] devono considerarsi alla stregua di provvedimenti amministrativi ogniqualvolta, seppur in materia disciplinare riservata […] all'ordinamento sportivo, vengano ad incidere su posizioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento statale, che come tali, non possono sfuggire alla tutela giurisdizionale statale pena la lesione del fondamentale diritto di difesa, espressamente qualificato come inviolabile dall'art. 24 cost.». Sul punto cfr. G. GRECO, *Giustizia sportiva e tutela giurisdizionale sulle sanzioni disciplinari, alla luce del principio di proporzionalità* cit., pp. 32-33, nonché P. SANDULLI, *Osservazioni sui limiti della giustizia sportiva rispetto alla giurisdizione statale*, in *Riv. dir. sport.*, 2017, fasc. 1, pp. 128 ss., 133.

[93] Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.

ISSN 2036-7821

conseguenza necessaria dell'inquadramento delle sanzioni disciplinari non tecniche sostenuto in questa sede[94]. Né pare che tale conseguenza debba indurre a dubitare della validità dell'inquadramento, essa non risultando intollerabile sul piano giuridico.
Ed invero, non sembra trascurabile che il giudice sia chiamato a decidere sulla sussistenza della rilevanza non arbitrariamente, bensì «secondo quanto prevede il diritto positivo»: il quale, in ogni caso, impone senz'altro di operare un accorto bilanciamento fra l'autonomia dell'ordinamento sportivo e le altre garanzie costituzionali che con essa entrano in conflitto.

4.3. *La tutela giurisdizionale statale contro le sanzioni disciplinari sportive non tecniche.*
Come si è avuto modo di osservare, nelle pronunce prese in esame la Consulta pare asserire che qualora la situazione soggettiva lesa assuma, nell'ordinamento generale, la configurazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo, il titolare della stessa può, esauriti i gradi della giustizia sportiva, ricorrere al G.A. al fine di ottenere la tutela risarcitoria, ma non quella caducatoria, che va ritenuta riservata all'ordinamento sportivo[95].
La Corte – lo si è visto – respinge «la tesi del carattere costituzionalmente necessitato della tutela demolitoria degli interessi legittimi», asserendo che il Legislatore ordinario gode di «un certo spazio di valutazione» nel regolare «modi ed efficacia» della tutela giurisdizionale contro l'atto amministrativo[96].
Siffatta posizione appare pienamente condivisibile: in generale il Legislatore può senz'altro, nel rispetto di quanto stabilito dalla Carta, circoscrivere le modalità della protezione giurisdizionale contro gli atti amministrativi[97]. Com'è evidente, però, la legittimità della limitazione va valutata in ordine alla specifica materia interessata, e ciò non può non valere anche per la tipologia di tutela individuata dalla Consulta per le sanzioni disciplinari sportive non tecniche.
Acclarato, pertanto, che il diritto positivo vigente non impedisce, in generale, al Legislatore di escludere talora la tutela caducatoria, occorre chiedersi se glielo consenta in relazione alla specifica materia delle sanzioni disciplinari sportive non tecniche. Tra l'altro, la tipologia di tutela individuata dalla Corte non è espressamente prevista dal D.L. 220/2003[98], il cui testo, invero, sembrerebbe interpretabile anche nel senso di non precludere al G.A. il potere di annullamento.

[94] Il giudice potrebbe avvalersi, ad esempio, del criterio della incidenza significativa sullo *status* dell'atleta descritto *supra*, § 2.
[95] Si v. Corte cost., 11/2/2011, n. 49 cit.; 25/6/2019, n. 160 cit.
[96] Si v. Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit.
[97] Sul punto cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri* cit., p. 705.
[98] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri* cit., loco ult. cit., secondo cui «la legge non prescrive l'ammissibilità della sola tutela risarcitoria escludendo

ISSN 2036-7821

Come si è visto, l'art. 3, co. 1, dispone che «Esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, *ogni altra controversia* avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive *non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2*, è disciplinata dal codice del processo amministrativo» (corsivi di chi scrive), e quindi devoluta, giusta l'art. 133 dello stesso, alla giurisdizione esclusiva del G.A.[99].

Ora, è vero che l'art. 2, co. 1, lett. b), include fra le materie riservate all'ordinamento sportivo «i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive»; nondimeno, se si ritiene, come in questa sede, che la riserva prevista dall'art. 2, co. 1, lett. b), non concerna le sanzioni disciplinari sportive che acquistano rilevanza per l'ordinamento generale, appare evidente che le controversie relative a queste non possono non essere ascritte nel novero di quelle 'altre' che, ai sensi dell'art. 3, co. 1, sono disciplinate dal codice del processo amministrativo, e quindi devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A.[100].

Ciò premesso, per tentare di comprendere se possa ritenersi ammissibile, alla luce del diritto positivo vigente, che il G.A. non disponga del potere di annullare il provvedimento afflittivo – rilevante per l'ordinamento generale – illegittimo, bisogna verificare se la esclusione della tutela caducatoria consegua ad un ragionevole bilanciamento delle garanzie costituzionali in gioco.

In verità, dal momento che, quando acquisiscono *rilevanza* per l'ordinamento generale, le sanzioni disciplinari sportive non tecniche incidono in maniera

---

quella caducatoria. È la Corte che lo afferma interpretando il testo in via 'additiva' (come pare difficilmente revocabile in dubbio)».

[99] Si v. *supra*, § 2.2, nota 16.

[100] Cfr. ancora G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri* cit., pp. 696 ss., ad avviso del quale «Sembrano essere almeno due le possibili strade ermeneutiche. Da un canto, si può ben ritenere che il Legislatore abbia inteso sottrarre alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo […] le materie che, al co. 1 dell'art. 2, esso stesso ha scelto di riservare all'ordinamento sportivo […]. La locuzione "ogni *altra* controversia" sarebbe così equivalente alla locuzione 'ogni altra materia', e dunque il lemma 'controversia' andrebbe considerato come sinonimico del lemma 'materia'» (p. 696). Nondimeno, «che si tratti di materie è esplicitato dal co. 2 dell'art. 2 […]. Seguendo questa interpretazione, peraltro, resterebbe difficilmente spiegabile il significato della frase "Esauriti i gradi della giustizia sportiva" che introduce il dettato normativo, giacché appare arduo negare che con la frase ci si riferisca al fatto che, per poter adire il G.A., debbano essersi già svolti, sulla controversia di cui trattasi, i tre gradi di giudizio contemplati dall'ordinamento sportivo. Insomma, il G.A. è il possibile destinatario di un ricorso avverso l'esito conclusivo dei tre gradi di giudizio sportivo, e le contese risolte nel seno di quest'ultimo non possono che aver avuto ad oggetto una materia "riservata all'ordinamento sportivo" (art. 2, co. 1). D'altro canto, non pare del tutto peregrino opinare diversamente, assumendo che con la locuzione "ogni *altra* controversia" il Legislatore abbia inteso riferirsi – non già alle materie di cui all'art. 2, bensì – alle controversie, appunto, che eventualmente residuino all'esito dei tre gradi di giudizio sportivo. Seguendo questa seconda interpretazione, per un verso non si sarebbe costretti alla forzatura esegetica consistente nel considerare 'controversia' come sinonimo di 'materia', e, per l'altro, si spiegherebbe facilmente il significato della frase "Esauriti i gradi della giustizia sportiva"» (pp. 696-698).

ISSN 2036-7821

ragguardevole nella sfera giuridica del destinatario, l'esclusione del potere di annullamento del G.A. costituisce un *vulnus* tutt'altro che irrisorio degli artt. 24, 103 e 113 Cost.[101].

Detto *vulnus* non appare di per sé giuridicamente intollerabile; nondimeno, esso sembra potersi ritenere ammissibile solo se, giusta il principio di proporzionalità, si configuri come strettamente necessario ad evitare una lesione grave dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, garantita, secondo quanto sostenuto, dagli artt. 2 e 18 Cost.[102].

Ora, la eventuale sottoposizione delle sanzioni disciplinari sportive non tecniche al potere caducatorio del G.A. non pare risultare *in sé* incompatibile con l'esigenza di salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento particolare, questa dovendo essere bilanciata, come si è più volte osservato, con le altre garanzie costituzionali suscettibili di venire da essa compresse. Occorre chiedersi, però, se una grave lesione dell'autonomia dell'ordinamento sportivo potrebbe *conseguire* all'annullamento dell'atto da parte del giudice statale.

Ebbene, sembra plausibile sostenere che la esclusione del potere caducatorio del G.A. possa giustificarsi solo sulla base della necessità di evitare che l'annullamento non tempestivo di un atto turbi lo svolgimento delle attività di settore.

---

[101] Pare difficilmente revocabile in dubbio che i provvedimenti in parola possano ledere significativamente diritti di notevolissimo spessore. Al riguardo cfr., fra le altre, l'opinione di G. MANFREDI, *Osservazioni sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo* (Nota a ord. TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 22 agosto 2006, n. 4666, ord. TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 22 agosto 2006, n. 4671, TAR Lazio-Roma, sez. III ter, 22 agosto 2006, n. 7331), in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, fasc. 9, pp. 2971 ss., 2984-2985, giusta la quale «le sanzioni disciplinari sportive ben possono incidere, e sensibilmente, su quello che, senza ombra di dubbio, è uno dei diritti inviolabili dell'uomo di cui l'art. 2 Cost. opera il riconoscimento, ossia il diritto al lavoro dei destinatari di dette sanzioni».

[102] Sembra esprimersi in maniera non dissimile G. GRECO, *Giustizia sportiva e tutela giurisdizionale sulle sanzioni disciplinari, alla luce del principio di proporzionalità* cit., p. 34, ad avviso della quale, al fine di «stabilire se, nonostante l'inequivoco tenore dell'art. 113 (soprattutto del secondo comma: "*la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*"), gli atti amministrativi che comminano sanzioni disciplinari nell'ambito sportivo possano sottrarsi in tutto o in parte al relativo precetto», si rivela «utile l'insegnamento» della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale «ammette che il diritto sportivo possa costituire (per il valore sociale, che esso presenta) un'eccezione all'applicazione di precetti generali (anche di fonte super primaria), ma *solo nei limiti della proporzionalità*: e cioè solo nei limiti in cui tale eccezione possa dirsi idonea allo scopo e *strettamente necessaria per il funzionamento stesso del sistema sportivo*» (corsivi di chi scrive). L'A. rileva che «Si potrebbe […] obbiettare che l'art. 113 Cost. – a differenza della disciplina europea che consente deroghe per motivi imperativi di interesse generale – detta un precetto inderogabile, non suscettibile di eccezione alcuna (proporzionale o meno che sia). Ma pare ragionevole considerare che, una volta riconosciuta (anche a livello costituzionale) la sussistenza e l'autonomia dell'ordinamento sportivo, sarebbe illogico imporgli una disciplina, ove questa intaccasse il suo nucleo fondamentale (e, così, la possibilità di funzionamento del sistema sportivo, in modo tale da poter assolvere alla sua missione)». E tuttavia, «anche ammesso che il precetto dell'art. 113 Cost. possa subire una attenuazione per le esigenze proprie del diritto sportivo (in considerazione degli interessi pubblici coinvolti, della sua specificità e del rilievo sociale che esso presenta), è chiaro che ogni limitazione potrebbe essere giustificata solo *nei limiti dello stretto necessario* a salvaguardare le necessità di interesse generale, di cui si è detto. In altri termini *si deve trattare di una limitazione idonea allo scopo e che non ecceda quanto necessario per perseguirlo*» (corsivi di chi scrive).

ISSN 2036-7821

E tuttavia, alla luce del diritto positivo, siffatta necessità pare non sussistere, in quanto il Legislatore ha previsto, per il contenzioso sportivo, una congrua riduzione dei tempi processuali[103]. D'altronde, non va sottaciuto che la continuità di funzionamento del sistema e la rapidità delle decisioni risultano comunque assicurate dalla cd. 'pregiudiziale sportiva'[104].

Così stando le cose, la tesi sostenuta dalla Corte, secondo la quale è da ritenersi precluso al G.A. il potere di annullare sanzioni disciplinari sportive non tecniche rilevanti per l'ordinamento generale, non sembra condivisibile[105]. E l'esclusione della

[103] Originariamente, l'art. 3, co. 3, D.L. 220/2003, aveva disposto l'applicazione al contenzioso sportivo della disciplina acceleratoria del giudizio prevista dall'art. 23-*bis*, Legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Siffatto impianto normativo è stato abrogato dal D.Lgs. 104/2010, ai sensi del cui art. 119, co. 1, alle controversie relative ai «provvedimenti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive» (menzionati alla lett. g) e a quelle concernenti i «provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti» (menzionati alla lett. a) oggi si applica il cd. 'rito abbreviato', disciplinato dai commi successivi al primo dello stesso art. 119, che così dispongono: «2. Tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli di cui all'articolo 62, comma 1, e quelli espressamente disciplinati nel presente articolo. 3. Salva l'applicazione dell'articolo 60, il tribunale amministrativo regionale chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale, che ne dà avviso alle parti. 4. Con l'ordinanza di cui al comma 3, in caso di estrema gravità ed urgenza, il tribunale amministrativo regionale o il Consiglio di Stato possono disporre le opportune misure cautelari. Al procedimento cautelare si applicano le disposizioni del Titolo II del Libro II, in quanto non derogate dal presente articolo. 5. Quando almeno una delle parti, nell'udienza discussione, dichiara di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, il dispositivo è pubblicato mediante deposito in segreteria, non oltre sette giorni dalla decisione della causa. La dichiarazione della parte è attestata nel verbale d'udienza. 6. La parte può chiedere al Consiglio di Stato la sospensione dell'esecutività del dispositivo, proponendo appello entro trenta giorni dalla relativa pubblicazione, con riserva dei motivi da proporre entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza ovvero entro tre mesi dalla sua pubblicazione. La mancata richiesta di sospensione dell'esecutività del dispositivo non preclude la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecutività della sentenza dopo la pubblicazione dei motivi. 7. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche nei giudizi di appello, revocazione e opposizione di terzo».

[104] Cfr. G. GRECO, *Giustizia sportiva e tutela giurisdizionale sulle sanzioni disciplinari, alla luce del principio di proporzionalità* cit., pp. 35 ss. L'A. chiarisce che la 'pregiudizialità sportiva' «consente di ottenere giustizia da parte di organi tecnicamente competenti e in tempi rapidi, compatibili con le esigenze, appunto del mondo sportivo. Il che significa, tra l'altro, che il giudizio di annullamento delle decisioni del "Giudice" sportivo sarà il più delle volte inutile, perché potrebbe sopraggiungere quando la situazione è diventata irreversibile (ad esempio, la sanzione contestata ha ormai esaurito i propri effetti): in tali casi non resta che la tutela risarcitoria e, se fosse stato promosso un giudizio di annullamento, si verterebbe in un'ipotesi di cui all'art. 34, comma 3 c.p.a.».

[105] Sembra concludere analogamente G. GRECO, *Giustizia sportiva e tutela giurisdizionale sulle sanzioni disciplinari, alla luce del principio di proporzionalità* cit., pp. 31 ss. Neanche T. MAUCERI, *Sulla rilevanza esterna delle sanzioni*

ISSN 2036-7821

tutela caducatoria appare ancor meno ragionevole se si pone mente al fatto che la giurisprudenza amministrativa più recente tende a restringere l'ambito del danno risarcibile[106].

Certo, potrebbe opinarsi che quanto previsto dal Legislatore al fine di velocizzare la risoluzione del contenzioso sportivo in sede giurisdizionale amministrativa non sia sufficiente ad evitare che l'annullamento non sollecito di una sanzione alteri in maniera intollerabile lo svolgimento delle attività sportive. E però, sembra che una convinzione simile dovrebbe indurre ad auspicare, prima che il ridimensionamento di garanzie costituzionali, un perfezionamento della disciplina processuale[107].

Ad ogni modo, anche a voler ritenere che la forma di tutela individuata dalla Consulta sia in linea generale idonea a ristorare il ricorrente, essa non pare rivelarsi tale almeno in relazione ad una ipotesi peculiare, che di recente ha acquisito una significativa risonanza mediatica: quella in cui la illegittimità della misura afflittiva derivi dal fatto che il comportamento sanzionato sia stato dettato dalla necessità di osservare norme o provvedimenti dell'ordinamento della Repubblica[108].

---

sportive, in *Riv. dir. sport.*, 2019, fasc. 1, pp. 36 ss., pare propendere per la esclusione del potere caducatorio del G.A.: dopo aver ritenuto ammissibile l'intervento del giudice statale in due ipotesi, quella in cui «la sfera giuridica dello sportivo sia lesa non già dall'inflizione della sanzione (in quanto viziata da una svista o una misura sproporzionata), bensì per l'omessa cura di suoi interessi indirettamente coinvolti nella vicenda» (p. 47), e quella in cui «l'ingiustizia della sanzione sia connotata dall'intenzione di nuocere al destinatario (o di favorire suoi concorrenti)» (p. 48), l'A. afferma che «già con riferimento alla lesione di un interesse meramente connesso (ad es., il diritto alla riservatezza) può profilarsi come appropriata, laddove ancora possibile, una tutela inibitoria […]. E così, anche per quanto riguarda la seconda classe di casi […] – e si pensi, ad esempio, a una lunga squalifica inflitta con l'intenzione di nuocere all'atleta sanzionato – un annullamento della sanzione o comunque una condanna della federazione (prima che a risarcire il danno) a rimuovere il provvedimento illecito presentano un tasso di razionalità maggiore del solo rimedio risarcitorio. In tal senso depongono sia la giurisdizione esclusiva del tribunale amministrativo sia il rischio che il rimedio risarcitorio risulti inadeguato per l'atleta sanzionato e eccessivamente oneroso per la stessa federazione» (p. 53). Si esprimono criticamente nei confronti della posizione della Corte anche G. BAROZZI REGGIANI, *La Corte costituzionale ridisegna i confini tra giustizia statale e giustizia sportiva*, in *Dir. econ.*, 2011, fasc. 2, pp. 369 ss. e A.A. DI TODARO, *La tutela effettiva degli interessi tra giurisdizione sportiva e statale: la strana «fuga» della Corte dal piano sostanziale a quello per equivalente* (Nota a Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49), in *Giur. cost.*, 2011, fasc. 1, pp. 697 ss.

[106] Si allude, com'è evidente, all'orientamento espresso da Cons. Stato, sez. V, 22/6/2017, n. 3065 cit., nonché da Cons. Stato, sez. V, 5/2/2019, n. 880 cit., richiamato *supra*, § 3.

[107] Appare condivisibile quanto affermato da TAR Lazio-Roma, sez. III ter, ord. 11/2/2010, n. 241 cit., in relazione alla disciplina acceleratoria previgente a quella attuale: «se il legislatore non avesse ritenuto sufficiente il rimedio processuale già sperimentato […], avrebbe potuto dettare una nuova regola processuale per rendere ancora più celere il rito, con l'unico limite del rispetto del diritto di difesa». Ebbene, sembra evidente che anche oggi il Legislatore potrebbe, se lo ritenesse necessario, modificare la disciplina processuale al fine di rendere più celere il rito, ovviamente senza arrecare una lesione irragionevole e sproporzionata al diritto di difesa.

[108] Nel corso del Campionato di calcio di Serie A 2020/2021 è accaduto più di una volta, com'è ben noto, che le autorità sanitarie competenti, al fine di contenere la diffusione della Covid-19, abbiano vietato ad una società di prender parte ad una gara in programma. Ebbene, pare poco ragionevole sostenere che, qualora un organo dell'ordinamento sportivo dovesse sanzionare per non aver partecipato alla gara la società ritrovatasi in questa situazione e il provvedimento afflittivo non dovesse essere successivamente eliminato nell'ambito dello stesso ordinamento, il G.A. non potrebbe annullare la sanzione. Il problema è emerso nitidamente in relazione alla partita Juventus-Napoli, non disputatasi per la mancata presentazione sul campo della squadra campana, ai cui

Beninteso, l'ordinamento sportivo può consentire una condotta che non risulterebbe legittima nell'ambito dell'ordinamento generale senza che in quest'ultimo si produca alcuna conseguenza giuridica. Si pensi al contegno del calciatore che, con un fallo di gioco, procuri un infortunio ad un avversario: nell'ordinamento della Repubblica siffatta condotta non integra, di norma, il reato di lesioni personali colpose[109].
Nondimeno, pare evidente che, qualora l'ordinamento sportivo ecceda i limiti della sua autonomia, la norma o il provvedimento in conflitto con quanto prescritto dall'ordinamento generale non possano non considerarsi, da parte di quest'ultimo, illegittimi. E non sembra ragionevole negare che in tal caso, consequenzialmente, nell'ambito dello stesso ordinamento risulti illegittima anche la sanzione sportiva che colpisce il soggetto incorso nella violazione delle prescrizioni dell'ordinamento particolare per non venir meno alla osservanza di quelle dell'ordinamento della Repubblica con esse contrastanti.
Segnatamente, non pare revocabile in dubbio la illegittimità di quelle regole e di quei provvedimenti dell'ordinamento sportivo che intersechino arbitrariamente ambiti «caratterizzati dalla presenza di interessi pubblici di (ovvia) esclusiva attribuzione dell'ordinamento generale (si pensi all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla salute pubblica, oppure – a ragione ancor maggiore – all'ambito proprio del diritto

giocatori i provvedimenti di due ASL di Napoli avevano ingiunto l'isolamento domiciliare per ragioni di contagio da Covid-19. Il Giudice Sportivo aveva sanzionato la società campana con la perdita della gara per 0-3 e la penalizzazione di un punto in classifica per la stagione sportiva 2020/2021, e la Corte Sportiva di Appello, in seconda istanza, aveva confermato la pronuncia; questa, tuttavia, è stata poi annullata, con la decisione n. 1/2021, pubblicata il 7/1/2021, dal Collegio di Garanzia dello Sport presso il CONI, il quale ha asserito che gli «atti amministrativi» delle ASL costituiscono «fonte superiore rispetto alle norme federali», le quali «cedono di fronte» ad essi. Sul punto cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri* cit., pp. 694 ss.

[109] Si v. Cass. pen., Sez. IV, 8/3/2016, n. 9559, in *giurisprudenzapenale.com*. Nella sentenza si legge che la Cassazione aderisce all'opinione «secondo la quale gli eventi lesivi causati nel corso d'incontri sportivi e nel rispetto delle regole del gioco, restano scriminati per l'operare della scriminante atipica dell'accettazione del rischio consentito». In particolare, «deve escludersi antigiuridicità e, quindi, obbligo di risarcimento: a) ove si tratti di atto posto in essere senza volontà lesiva e nel rispetto del regolamento e l'evento di danno sia la conseguenza della natura stessa dell'attività sportiva, che importa contatto fisico; b) ove, pur in presenza di una violazione della norma regolamentare, debba constatarsi assenza della volontà di ledere l'avversario e il finalismo dell'azione correlato all'attività sportiva». Per converso, la Corte «ha escluso l'operatività di una tale scriminante, con la conseguente antigiuridicità del fatto, fonte di responsabilità: a) quando si constati assenza dì collegamento funzionale tra l'evento lesivo e la competizione sportiva; b) quando la violenza esercitata risulti sproporzionata in relazione alle concrete caratteristiche del gioco e alla natura e rilevanza dello stesso […]; c) quando la finalità lesiva costituisce prevalente spinta all'azione, anche ove non consti, in tal caso, alcuna violazione delle regole dell'attività». Il Giudice Supremo evidenzia che l'attività rischiosa può considerarsi consentita dall'ordinamento «a condizione che il rischio […] sia controbilanciato da adeguate misure prevenzionali, sia sotto forma di regole precauzionali, che dall'imposizione di obblighi di cure e trattamento a carico delle società sportive operanti». Il rischio consentito, poi, «non è misurabile in astratto. Il perimetro di esso è la risultante di un attento vaglio del caso concreto. Così, si è condivisamente sostenuto, che esso è proporzionale alle caratteristiche e al rilievo della competizione».

ISSN 2036-7821

penale)»[110]; né sembra opinabile la illegittimità della sentenza del giudice sportivo che sanzioni il mancato rispetto delle regole e dei provvedimenti in questione.
Ebbene, in relazione alla ipotesi appena descritta la tutela risarcitoria pare rivelarsi senz'altro insufficiente. Non sembra tollerabile che la misura afflittiva sanzionante un comportamento dettato dalla necessità di non agire in maniera illegittima per l'ordinamento generale, qualora non venga annullata dagli organi di giustizia sportiva, resti in vita e continui a produrre i suoi effetti nell'ambito dell'ordinamento particolare senza che il G.A. possa impedirlo, ciò rischiando di compromettere in maniera significativa, com'è evidente, l'inveramento della sovranità dell'ordinamento della Repubblica[111].
Tra l'altro, la stessa Consulta pare non escludere che la tipologia di tutela individuata possa risultare, in taluni casi, inidonea: nella sent. 160/2019 asserisce che la «scelta interpretativa» operata sul punto con la sent. 49/2011, «costituzionalmente orientata, si fonda su una valutazione di non irragionevolezza del bilanciamento effettuato dal legislatore, che ha escluso "la possibilità dell'intervento giurisdizionale maggiormente incidente sull'autonomia dell'ordinamento sportivo" […] e limitato l'intervento stesso alla sola tutela per equivalente di situazioni soggettive coinvolte in questioni nelle quali l'autonomia e la stabilità dei rapporti costituisce *di regola* dimensione prioritaria rispetto alla tutela reale in forma specifica, per il rilievo che i profili tecnici e disciplinari hanno nell'ambito del mondo sportivo. Ambito nel quale, invero, le regole proprie delle varie discipline e delle relative competizioni si sono formate autonomamente secondo gli sviluppi propri dei diversi settori e si connotano *normalmente* per un forte grado di specifica tecnicità che va *per quanto possibile* preservato»[112] (corsivi di chi scrive). Le parole della Corte, invero, sembrano lasciar intendere che possano configurarsi eccezioni rispetto alla *regola* della tutela esclusivamente risarcitoria[113].

---

[110] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri* cit., p. 704.

[111] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri* cit., pp. 704 ss. L'A., dopo aver evidenziato che «Ci si deve interrogare […] se si possa ritenere tollerabile che, ad esempio, una competizione venga vinta 'sfruttando' una sentenza della giustizia sportiva, il cui provvedimento conclusivo – seppur comunque dichiarato illegittimo (in via incidentale) in sede di tutela risarcitoria, da un giudice statale – resterebbe in vita essendo al G.A. precluso il potere di annullarlo» (p. 704), non molto oltre così si esprime: «nel caso in cui il provvedimento amministrativo di decisione in 3° grado del Collegio di Garanzia dello Sport del CONI confermasse la sanzione sportiva, senza considerare che il comportamento sanzionato sia stato dettato dalla necessità di non agire in maniera illegittima, o addirittura capace di integrare una fattispecie di reato (per violazione di una norma penale), diventa difficile sostenere fondatamente che – in ragione del riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e del rispetto perciò dovutole – il G.A. debba limitarsi a dichiarare il provvedimento illegittimo in via incidentale, al mero scopo di condannare al risarcimento dei danni per equivalente, senza poter anche annullare il provvedimento» (pp. 706-707).

[112] Corte cost., 25/6/2019, n. 160 cit.

[113] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri* cit., pp. 698 ss.

ISSN 2036-7821

Alla luce di quanto osservato, pare auspicabile che il G.A. sottoponga nuovamente il D.L. 220/2003 al vaglio della Consulta. In relazione alla fattispecie appena analizzata ciò sembra senz'altro possibile, essa presentandosi significativamente diversa da quelle in relazione alle quali si sono sollevate le questioni di costituzionalità prese in esame dal Giudice delle leggi con le sentt. 49/2011 e 160/2019[114].

4.4. Il rapporto intercorrente fra norme sportive e ordinamento comunitario.

La posizione assunta appare coerente rispetto al rapporto che sembra intercorrere fra l'ordinamento sportivo e quello comunitario.

Si è sostenuto che la valutazione sulla sussistenza della rilevanza per l'ordinamento della Repubblica va effettuata dal giudice statale caso per caso. In questa prospettiva, com'è evidente, siffatto giudice riveste un ruolo decisivo nel dispiegarsi del rapporto fra i due ordinamenti.

Ebbene, non sembra affatto trascurabile che l'idea della centralità del giudice dell'ordinamento generale sia stata maturata anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (d'ora innanzi CGUE) in ordine al rapporto fra l'ordinamento sportivo e quello comunitario.

Chiamata a pronunciarsi in relazione a controversie concernenti regole sportive, originariamente la CGUE aveva elaborato la distinzione fra regole 'puramente' sportive e regole sportive aventi carattere economico: mentre le seconde dovevano ritenersi assoggettate al diritto dell'Unione, le prime non si reputavano rientranti nel suo campo di applicazione[115]. In altre parole, la CGUE si asteneva dall'esaminare la compatibilità delle regole 'puramente' sportive con le norme comunitarie[116].

---

[114] Cfr. ancora G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri* cit., pp. 704 ss. In alternativa, secondo l'A., «il T.A.R. del Lazio potrebbe almeno spingersi fino a – se non proprio annullare la decisione del 3° grado di giustizia sportiva – condannare il soccombente (non solo a risarcire il danno per equivalente, ma) ad un fare specifico, imponendogli cioè, a titolo di risarcimento, un obbligo di ottemperanza al giudicato. Con altre parole, il G.A. potrebbe non fermarsi alla dichiarazione incidentale di illegittimità dell'atto (presupposto necessario per condannare al risarcimento dei danni), e quindi, pur senza giungere ad annullarlo, emanare una sentenza di condanna che – considerando il risarcimento dei danni per equivalente inadeguato a garantire la effettività della tutela giurisdizionale – 'includa', a dir così, nel risarcimento anche l'ordine al condannato di adeguare i suoi atti e comportamenti nell'ordinamento sportivo al *dictum* della sentenza, così ripristinando la legalità violata» (pp. 707-708).

[115] L'orientamento in questione è rinvenibile in svariate pronunce. Si v., anzitutto, Corte Giust. UE, 12/12/1974, causa 36/74, *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch contro Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie e Federación Española Ciclismo*, in *eur-lex.europa.eu*, in cui si afferma che «Considerati gli obbiettivi della Comunità, *l'attività sportiva è disciplinata dal diritto comunitario solo in quanto configurabile come attività economica* ai sensi dell'art. 2 del Trattato. In particolare, quando una simile attività riveste il carattere di una prestazione di lavoro subordinato o di una prestazione di servizio retribuita, essa rientra nell'ambito d'applicazione degli artt. 48-51 o 59-66 del Trattato, a seconda dei casi. Tali norme, che rendono operante il principio generale stabilito dall'art. 7 del Trattato, vietano qualsiasi discriminazione, fondata sulla cittadinanza, che possa ostacolare l'esercizio delle attività da esse disciplinate. Sotto questo profilo, il tipo di rapporto giuridico da cui traggono origine dette prestazioni è irrilevante, poiché il principio della non discriminazione vale indistintamente per tutte le prestazioni di lavoro o di servizi. Esula da tale divieto la composizione di squadre

ISSN 2036-7821

In seguito, con la nota pronuncia *Meca-Medina*, l'orientamento della Corte è significativamente mutato: il giudice comunitario, superando la distinzione suddetta, ha sostanzialmente asserito che la valutazione relativa alla soggezione delle regole sportive al diritto dell'Unione va effettuata non in astratto, bensì caso per caso. La

---

sportive – e in particolare delle rappresentative nazionali – operata *esclusivamente in base a criteri tecnico-sportivi*; è perciò impossibile configurare tale attività sotto il profilo economico. Tale interpretazione derogatoria, comunque, va intesa molto rigorosamente e non può estendersi oltre i limiti ben precisi del settore cui si riferisce. A questo proposito, è al giudice nazionale che spetta accertare la natura dell'attività oggetto della causa dinanzi a lui promossa» (punti 4-10, corsivi di chi scrive). Il giudice comunitario si esprime analogamente in Corte Giust. UE, 14/7/1976, causa 13/76, *Gaetano Donà contro Mario Mantero*, *ivi*: «Tenuto conto degli obiettivi della Comunità, *la pratica dello sport è disciplinata dal diritto comunitario se è configurabile come attività economica* ai sensi dell'art. 2 del Trattato. Riveste carattere economico l'attività dei calciatori professionisti o semiprofessionisti, che svolgono un lavoro subordinato o effettuano prestazione di servizi retribuita. Se, cittadini di uno Stato membro, tali calciatori possono dunque fruire, in tutti gli altri Stati membri, delle norme comunitarie relative alla libera circolazione delle persone e dei servizi. Tali norme tuttavia non sono in contrasto con una disciplina o prassi che escluda i giocatori stranieri da determinati incontri *per motivi non economici, ma inerenti al carattere e alla fisionomia specifica di detti incontri, e che hanno quindi natura prettamente sportiva*, come ad esempio nel caso di incontri tra rappresentative nazionali di due Paesi. Tale restrizione della sfera d'applicazione delle disposizioni di cui trattasi deve essere tuttavia mantenuta rigorosamente entro i limiti del suo specifico oggetto. Spetta al giudice nazionale definire, alla luce dei criteri sopra esposti, la natura dell'attività sottoposta alla sua valutazione» (punti 12-16, corsivi di chi scrive). Si v. anche Corte Giust. UE, 15/12/1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e altri contro Jean-Marc Bosman e altri*, *ivi*, nella quale vengono ritenute incompatibili con il diritto dell'Unione due tipologie di norme sportive: quelle «secondo le quali un calciatore professionista cittadino di uno Stato membro, alla scadenza del contratto che lo vincola ad una società, può essere ingaggiato da una società di un altro Stato membro solo se questa ha versato alla società di provenienza un'indennità di trasferimento, di formazione o di promozione»; e quelle «secondo le quali, nelle partite delle competizioni che esse organizzano, le società calcistiche possono schierare solo un numero limitato di calciatori professionisti cittadini di altri Stati membri». Si v. altresì: Corte Giust. UE, 11/4/2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, *Christelle Deliège contro Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo* e *Christelle Deliège contro Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, François Pacquée*, *ivi*, in cui il giudice comunitario afferma che «una norma che imponga ad un atleta professionista o semiprofessionista, o candidato a divenir tale, di essere in possesso di un'autorizzazione o di un provvedimento di selezione della propria federazione per poter partecipare ad una competizione sportiva internazionale ad alto livello in cui non sono in gara squadre nazionali, *qualora essa discenda da una necessità inerente all'organizzazione di una siffatta competizione*, non costituisce di per se stessa una restrizione alla libera prestazione dei servizi vietata» dal Trattato (punto 69, corsivo di chi scrive); Corte Giust. UE, 13/4/2000, causa C-176/96, *Jyri Lehtonen e Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contro Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, *ivi*, in cui si asserisce che il diritto comunitario «osta all'applicazione di norme emanate in uno Stato membro da associazioni sportive che vietino ad una società di pallacanestro di schierare in campo, in occasione delle partite del campionato nazionale, giocatori provenienti da altri Stati membri che siano stati trasferiti dopo una certa data qualora tale data sia precedente a quella che si applica ai trasferimenti di giocatori provenienti da taluni paesi terzi, *a meno che ragioni obiettive, attinenti unicamente allo sport in sé e per sé o relative a differenze esistenti tra la situazione dei giocatori provenienti da una federazione appartenente alla zona europea e quella dei giocatori provenienti da una federazione non appartenente alla detta zona, non giustifichino una simile disparità di trattamento*» (punto 60, corsivo di chi scrive). Per una analisi approfondita delle pronunce citate si v. M. COLUCCI, *L'autonomia e la specificità dello sport nell'Unione Europea. Alla ricerca di norme sportive necessarie, proporzionali e di «buon senso»*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2006, fasc. 2, pp. 15 ss., 19-25.

[116] Cfr. M. SFERRAZZA, F. MITE, *La funzione sociale dello sport tra specificità e principi comunitari*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2018, fasc. 1, pp. 167 ss., 185-186.

ISSN 2036-7821

qualificazione di una norma quale puramente sportiva, dunque, non implica necessariamente che essa esuli dall'ambito di applicazione del diritto comunitario[117].
A questo punto risulta evidente che, anche nella impostazione della CGUE, il giudice dell'ordinamento generale riveste un ruolo di fondamentale importanza nella dinamica del rapporto fra tale ordinamento e quello sportivo. Una 'deroga' all'applicazione del diritto dell'Unione potrà ammettersi, infatti, solo all'esito della valutazione della regola sportiva operata dal giudice in parola alla luce delle caratteristiche del caso sottoposto al suo esame[118].
Inoltre, al di là della evoluzione dell'orientamento della Corte, da quanto osservato pare potersi ricavare un'altra significativa analogia fra l'ordinamento comunitario e quello italiano: sembra possibile asserire, infatti, che il primo, non dissimilmente dal

[117] Si v. Corte Giust. UE, 18/7/2006, causa C-519/04 P, *David Meca-Medina e Igor Majcen contro Commissione delle Comunità europee*, in *eur-lex.europa.eu*. Il giudice comunitario così si esprime: «Per quanto riguarda la difficoltà di separare gli aspetti economici da quelli sportivi di un'attività sportiva, nella […] sentenza Donà, punti 14 e 15, la Corte ha riconosciuto, che le norme comunitarie sulla libera circolazione delle persone e dei servizi non ostano a normative o a prassi giustificate da motivi non economici, inerenti alla natura e al contesto specifici di talune competizioni sportive. La Corte, però, ha sottolineato che tale restrizione dell'ambito d'applicazione di dette norme deve restare entro i limiti del suo oggetto specifico. Pertanto, essa non può essere invocata per escludere un'intera attività sportiva dall'ambito d'applicazione del Trattato […]. Alla luce di tutte queste considerazioni, si evince che *la sola circostanza che una norma abbia un carattere puramente sportivo non sottrae tuttavia dall'ambito di applicazione del Trattato la persona che esercita l'attività disciplinata da tale norma o l'organismo che l'ha emanata. Se l'attività sportiva di cui trattasi rientra nell'ambito di applicazione del Trattato, allora i requisiti per il suo esercizio sono sottoposti a tutti gli obblighi derivanti dalle varie disposizioni del Trattato*. Ne consegue che le norme che disciplinano la detta attività devono soddisfare i presupposti per l'applicazione di tali disposizioni che sono in particolare finalizzate a garantire la libera circolazione dei lavoratori, la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi o la concorrenza. Quindi, nel caso in cui l'esercizio di tale attività sportiva debba essere valutato alla luce delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei lavoratori o alla libera prestazione dei servizi, occorrerà verificare se le norme che disciplinano la detta attività soddisfino i presupposti per l'applicazione degli artt. 39 CE e 49 CE, cioè non costituiscano restrizioni vietate dai detti articoli […]. Del pari, nel caso in cui l'esercizio della detta attività debba essere valutato alla luce delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza, occorrerà verificare se, tenuto conto dei presupposti per l'applicazione propri degli artt. 81 CE e 82 CE, le norme che disciplinano la detta attività provengano da un'impresa, se quest'ultima limiti la concorrenza o abusi della sua posizione dominante, e se tale restrizione o tale abuso pregiudichi il commercio tra gli Stati membri. Dunque, quand'anche si consideri che tali norme non costituiscano restrizioni alla libera circolazione perché riguardano questioni che interessano esclusivamente lo sport e, come tali, sono estranee all'attività economica […], tale circostanza non implica né che l'attività sportiva interessata esuli necessariamente dall'ambito di applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE né che le dette norme non soddisfino i presupposti per l'applicazione propri dei detti articoli» (punti 26-31, corsivo di chi scrive). La Corte, poco oltre, precisa che «*la compatibilità di una regolamentazione con le norme comunitarie in materia di concorrenza non può essere valutata in astratto* […]. Ogni accordo tra imprese o ogni decisione di un'associazione di imprese che restringa la libertà d'azione delle parti o di una di esse non ricade necessariamente sotto il divieto sancito all'art. 81, n. 1, CE. Infatti, ai fini dell'applicazione di tale disposizione ad un caso di specie, occorre innanzi tutto tener conto del contesto globale in cui la decisione dell'associazione di imprese di cui trattasi è stata adottata o dispiega i suoi effetti e, più in particolare, dei suoi obiettivi. Occorre poi verificare se gli effetti restrittivi della concorrenza che ne derivano ineriscano al perseguimento di tali obiettivi […] e siano ad essi proporzionati» (punto 42, corsivo di chi scrive). Per un esame circostanziato della decisione si v. ancora M. COLUCCI, *L'autonomia e la specificità dello sport nell'Unione Europea. Alla ricerca di norme sportive necessarie, proporzionali e di «buon senso»* cit., pp. 27-33.

[118] Cfr. M. SFERRAZZA, F. MITE, *La funzione sociale dello sport tra specificità e principi comunitari* cit., pp. 185-186.

ISSN 2036-7821

secondo, talvolta ammette che l'ordinamento sportivo disponga in maniera difforme rispetto ad esso, talaltra no.

Invero, non pare revocabile in dubbio che anche l'ordinamento dell'Unione riconosca le organizzazioni sportive come dotate di *autonomia*. Siffatto riconoscimento, esplicitato nitidamente in diversi atti comunitari concernenti il fenomeno sportivo che, però, sono privi di cogenza giuridica[119], sembra comunque costituire estrinsecazione necessaria del principio di *specificità* dello sport, cui oggi il Trattato

[119] Ad esempio, nel Libro bianco sullo sport, presentato dalla Commissione Europea l'11 luglio 2007, consultabile al sito *eur-lex.europa.eu*, al paragrafo 4 si afferma che «La Commissione *riconosce l'autonomia delle organizzazioni sportive e delle loro strutture rappresentative* (come le leghe), e riconosce anche che la gestione dello sport è soprattutto di competenza degli enti sportivi preposti e, in una certa misura, degli Stati membri e delle parti sociali» (corsivo di chi scrive); al paragrafo 4.1, poi, si asserisce che «la specificità della struttura sportiva […] comprende […] *l'autonomia* e la diversità delle organizzazioni dello sport» (corsivo di chi scrive). Si v. anche la Risoluzione del Parlamento Europeo dell'8 maggio 2008 sul Libro bianco sullo sport, 2007/2261 (INI), disponibile all'indirizzo *europarl.europa.eu*, in cui l'istituzione, dopo aver fatto più volte riferimento al concetto di autonomia nei considerando [alla lett. F: «considerando che bisogna moltiplicare le misure inerenti allo sport a livello UE *pur nel rispetto dell'autonomia, della specificità e dell'autoregolamentazione delle organizzazioni sportive*» (corsivo di chi scrive); alla lett. H: «considerando *l'autonomia delle organizzazioni sportive e delle loro strutture rappresentative*, come gli enti di organizzazione dei campionati professionistici e il fatto che la responsabilità organizzativa spetta principalmente ai consigli direttivi degli enti sportivi e, in certa misura, agli Stati membri e alle parti sociali» (corsivo di chi scrive); alla lett. AJ: «considerando che il Libro bianco sullo sport fa spesso riferimento all'integrazione orizzontale dello sport nell'ambito dei programmi di finanziamento europei e considerando che l'Unione europea deve tenere anche conto della dimensione dello sport nelle sue azioni, in particolare *per rispettare l'autonomia, la specificità e l'autoregolamentazione delle organizzazioni sportive*» (corsivo di chi scrive)], afferma di ritenere «che la Commissione debba esercitare le competenze complementari relative allo sport, di cui all'articolo 149 del Trattato CE quale modificato dal Trattato di Lisbona, conformemente al principio di sussidiarietà, *rispettando l'autonomia delle organizzazioni sportive e dei relativi organi direttivi* e tenendo debitamente conto della specificità dello sport» (punto 3, corsivo di chi scrive), nonché di concordare «con la Commissione sul fatto che la maggior parte dei problemi possono essere risolti *mediante l'autoregolamentazione* in linea con i principi del buon governo, a condizione che sia rispettato il diritto comunitario» e di ritenere «che una partnership e un dialogo strutturato tra la Commissione e il movimento sportivo siano essenziali per la buona gestione del mondo dello sport e per evitare l'incertezza giuridica *in merito all'autonomia e all'autoregolamentazione delle organizzazioni sportive*» (punto 5, corsivi di chi scrive). Si v. altresì le Risoluzioni del Parlamento Europeo: del 2 febbraio 2012 sulla dimensione europea dello sport, 2011/2087 (INI), consultabile al sito *europarl.europa.eu*, in cui l'istituzione «ricorda che la buona governance nello sport è un requisito *per garantire l'autonomia e l'autoregolamentazione delle organizzazioni sportive*, nel rispetto dei principi della trasparenza, della responsabilità e della democrazia» (punto 68, corsivo di chi scrive); e del 2 febbraio 2017 su un approccio integrato alla politica dello sport: buona governance, accessibilità e integrità, 2016/2143 (INI), disponibile in *eur-lex.europa.eu*, in cui, dopo aver fatto riferimento al concetto di autonomia nel considerando di cui alla lett. A [«considerando che con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, nel 2009, l'Unione europea ha acquisito una competenza specifica in materia di sport per elaborare e attuare una politica dello sport coordinata a livello UE supportata da una linea di bilancio specifica e per sviluppare una cooperazione con organismi internazionali nel campo dello sport, tenendo conto della natura specifica dello sport e *rispettando l'autonomia delle strutture che lo disciplinano*» (corsivo di chi scrive)], «ricorda che la buona governance […] deve costituire un requisito *per garantire l'autonomia delle organizzazioni sportive*, nel rispetto dei principi della trasparenza, della responsabilità, delle pari opportunità, dell'inclusione sociale e della democrazia, nonché dell'adeguato coinvolgimento delle parti interessate» (punto 4, corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

sul Funzionamento dell'Unione Europea (d'ora innanzi TFUE), all'art. 165, fa espressamente riferimento[120].

La specificità del fenomeno sportivo può giustificare la configurazione, rispetto ad esso, di 'deroghe' all'applicazione del diritto dell'Unione. A tal riguardo pare interessante notare che, secondo il Libro bianco sullo sport, atto comunitario di notevole rilevanza perché, pur non essendo giuridicamente vincolante, è significativamente indicativo della posizione ufficiale assunta dalla Commissione Europea in relazione alla materia in esame, «la specificità della struttura sportiva» implica, tra l'altro, anche «una struttura a piramide delle gare dal livello di base a quello professionistico di punta», nonché «l'organizzazione dello sport su base nazionale e il principio di una federazione unica per sport»[121].

Ora, sembra evidente che «un sistema in cui si esclude e/o si limita la possibilità che possano esserci concorrenti nel mercato in base al principio di "una federazione per sport"» può apparire in contrasto con la normativa comunitaria sulla concorrenza, in particolare con gli artt. 101 e 102, TFUE[122]. Cionondimeno, come si è visto, detto sistema non è stato affatto ripudiato dalle istituzioni dell'Unione.

In verità, la questione della compatibilità del «modello sportivo monopolistico» con il diritto comunitario è assai controversa. Di recente, nell'ambito di una discussa vicenda che sta interessando il mondo del calcio, un tribunale nazionale ha chiesto alla CGUE di esprimersi sul tema: con ogni evidenza, la pronuncia della Corte

[120] L'art. 165, n. 1, cpv. 2, TFUE, così recita: «L'Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue *specificità*, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa» (corsivo di chi scrive).

[121] Nel Libro bianco sullo sport, al paragrafo 4.1, si afferma che «lo sport ha alcune caratteristiche specifiche, spesso definite "la specificità dello sport". La specificità dello sport europeo può essere vista sotto due angolazioni: - la specificità delle attività e delle regole sportive, come le gare distinte per uomini e donne, la limitazione del numero di partecipanti alle competizioni e la necessità di assicurare un risultato non prevedibile in anticipo, nonché di mantenere un equilibrio fra le società che partecipano alle stesse competizioni; - la specificità della struttura sportiva, che comprende in particolare l'autonomia e la diversità delle organizzazioni dello sport, una struttura a piramide delle gare dal livello di base a quello professionistico di punta e meccanismi organizzati di solidarietà tra i diversi livelli e operatori, l'organizzazione dello sport su base nazionale e il principio di una federazione unica per sport».

[122] Cfr. R. CARMINA, *Il tramonto del sistema sportivo monopolistico in chiave europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, fasc. 3-4, pp. 773 ss., 796-797. Ad avviso dell'A., «l'Unione Europea e le istituzioni nazionali sembrano non avvedersi dell'ambiguità del loro atteggiamento volto, da una parte, a vietare le norme anticoncorrenziali, mentre, dall'altra, a considerare legittimo il modello sportivo verticistico europeo che tali norme intendono realizzare. Conseguentemente […] il contrasto con la normativa europea sulla concorrenza non concerne solo le disposizioni che sono dirette ad eliminare la concorrenza o a realizzare posizioni dominanti nel mercato, che rappresentano i riflessi del modello piramidale sportivo, ma riguarda anche la medesima strutturazione complessiva dello sport». In questa prospettiva, «si potranno considerare pienamente rispettate le norme sulla concorrenza solo laddove il modello sportivo monopolistico venga commutato in un sistema aperto stante che non si può arginare la proliferazione di nuove disposizioni direttamente o indirettamente anticoncorrenziali contrastando solo gli effetti derivati da tale strutturazione».

ISSN 2036-7821

potrebbe segnare un punto di svolta nella evoluzione del rapporto fra l'ordinamento comunitario e quello sportivo[123].

Ad ogni modo, a chi scrive pare che la struttura piramidale del sistema sportivo non debba ritenersi incompatibile con il diritto dell'Unione.

Nella citata pronuncia *Meca-Medina* si è asserito che «la compatibilità di una regolamentazione con le norme comunitarie in materia di concorrenza non può essere valutata in astratto […]. Ogni accordo tra imprese o ogni decisione di un'associazione di imprese che restringa la libertà d'azione delle parti o di una di esse non ricade necessariamente sotto il divieto sancito all'art. 81, n. 1, CE» (oggi art. 101, n. 1, TFUE); ai fini dell'applicazione di detta norma «ad un caso di specie, occorre innanzi tutto tener conto del contesto globale in cui la decisione dell'associazione di imprese di cui trattasi è stata adottata o dispiega i suoi effetti e, più in particolare, dei suoi obiettivi. Occorre poi verificare se gli effetti restrittivi della concorrenza che ne derivano ineriscano al perseguimento di tali obiettivi […] e siano ad essi proporzionati»[124].

Ebbene, può senz'altro ritenersi che la previsione di una struttura organizzativa non conforme alla normativa dell'Unione non sia giustificabile solo alla luce del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo. Detta autonomia, infatti, non può considerarsi illimitata, e non sembra peregrino sostenere che la necessità del suo inveramento non sia sufficiente a legittimare la scelta di organizzare l'universo sportivo in modo monopolistico.

D'altra parte, però, pare potersi convintamente asserire che la struttura verticistica risulta essenziale per la realizzazione di quella «funzione sociale ed educativa» dello sport, che sembra inglobare una vasta gamma di diritti di notevole rilevanza, cui

---

[123] La vicenda cui si fa riferimento è quella sorta dall'annuncio, da parte di dodici *club* europei (AC Milan, Arsenal FC, Club Atlético de Madrid, Chelsea FC, FC Barcelona, FC Internazionale Milano, Juventus FC, Liverpool FC, Manchester City FC, Manchester United FC, Real Madrid CF e Tottenham Hotspur FC), della decisione di istituire una nuova competizione calcistica infrasettimanale, denominata *Super League*. A detta competizione, come si può leggere nel sito ufficiale *thesuperleague.it*, avrebbero preso parte i quindici *club* fondatori, cui l'accesso sarebbe stato garantito in modo permanente, ed altri cinque ammessi annualmente sulla base dei risultati ottenuti nella stagione precedente. La *Super League* avrebbe dovuto svolgersi da agosto a maggio, risultando di fatto alternativa alla *Champions League*, la più prestigiosa competizione calcistica continentale per *club* organizzata dalla UEFA. L'idea è stata sin da subito osteggiata dalla stessa UEFA e dalla FIFA, da federazioni nazionali e governi nazionali, nonché da giocatori, allenatori e tifosi, anche delle medesime società fautrici del disegno, e la ferma disapprovazione incontrata ha indotto nove di siffatte società a prendere le distanze dal progetto, nel quale, al momento in cui si scrive, restano coinvolti FC Barcelona, Juventus FC e Real Madrid CF. Il Tribunale commerciale n° 17 di Madrid, intanto, dopo aver emesso una pronuncia tesa ad impedire il blocco del lancio della competizione, ha sottoposto alla CGUE una domanda pregiudiziale concernente la compatibilità della posizione di FIFA e UEFA con le norme dell'Unione sulla concorrenza (cfr. *Soccer-Madrid judge asks top EU Court to decide on Super League legality*, in *reuters.com*, 13/5/2021).

[124] Corte Giust. UE, 18/7/2006, causa C-519/04 P, *David Meca-Medina e Igor Majcen contro Commissione delle Comunità europee* cit., punto 42.

ISSN 2036-7821

l'art. 165, n. 1, cpv. 2, TFUE fa espressamente riferimento[125]. Ciò in quanto un sistema 'aperto' potrebbe paradossalmente rivelarsi ancor più 'elitario' di quello attuale, ad esempio consentendo, come dimostra la recente vicenda cui si è fatto cenno, di sganciare la possibilità di accedere alle competizioni di maggiore rilievo sociale dai risultati sportivi conseguiti, circoscrivendola, a prescindere da questi, a pochi 'grandi' *club*[126].

È alla luce di ciò che non pare ravvisabile una incompatibilità della organizzazione piramidale del sistema sportivo con il diritto dell'Unione: la previsione di una struttura del genere sembra realizzare un obiettivo legittimo e gli effetti restrittivi della concorrenza che da essa scaturiscono appaiono proporzionati a siffatto obiettivo.

Beninteso, non si intende affermare che il sistema attuale realizzi in maniera ineccepibile la funzione sociale di cui si è detto, soprattutto in relazione agli sport più seguiti, come il calcio. E tuttavia, la presa di coscienza di ciò parrebbe dover indurre ad auspicare non un maggiore assoggettamento dell'universo sportivo alle logiche del mercato, bensì, piuttosto, un suo deciso spostamento nell'alveo del diritto pubblico[127].

---

[125] Per il dettato della norma si v. *supra*, nota 120. Secondo R. CARMINA, *Il tramonto del sistema sportivo monopolistico in chiave europea* cit., pp. 780-781, «il limite all'ingerenza europea nel settore sportivo è da rintracciare nella *rilevante funzione sociale ed etica dello sport* che può essere contrapposta efficacemente ai principi comunitari in quanto presenta una valenza equiparabile» (corsivo di chi scrive); poco oltre, l'A. precisa che «si può sostenere senza eccessivo timore di essere smentiti che la rilevante valenza etica e sociale dello sport possono garantire a livello sovrastatale una certa autonomia ordinamentale che si concretizza in un'indipendenza normativa». Anche J. ZYLBERSTEIN, *La specificità dello sport nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2008, fasc. 1, pp. 59 ss., 59-60, riconosce la funzione sociale dello sport: l'A. annovera questa e il carattere piramidale della modalità organizzativa fra le estrinsecazioni della specificità del fenomeno sportivo, che, a suo avviso, consiste «nel suo carattere poliedrico – lo sport svolge allo stesso tempo una funzione *sociale, educativa, ricreativa, culturale e di tutela della salute pubblica* –, nella sua organizzazione piramidale, nei valori morali che esprime, nella dipendenza sportiva reciproca tra le squadre o gli atleti che vi partecipano» (corsivo di chi scrive).

[126] La vicenda cui si intende far riferimento, com'è evidente, è quella della *Super League*, per la quale si v. *supra*, nota 123.

[127] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Senza tetti né legge il calcio non si può salvare*, in *ilmanifesto.it*, 30/4/2021. L'A., in relazione al sistema sportivo attuale, si chiede retoricamente: «Come si può parlare di sport se le regole consentono al più forte di essere sempre più forte? Che sport è quello il cui sistema organizzativo falsa le sfide, non impedendo alle società di indebitarsi a dismisura, senza prevedere, e poi effettivamente comminare, sanzioni significative nei confronti di chi presenta bilanci clamorosamente in rosso? Cosa ha a che vedere con lo sport un ordinamento che permette ai procuratori di guadagnare cifre inconcepibili, che non bisogna temere di definire immorali, così come è giusto definire immorali i guadagni dei calciatori assistiti, incomprensibili a tutti, fuorché alla strettissima cerchia dei cleptocrati e dei media compiacenti?»; e afferma che a queste domande «si può dar risposta solo *riportando il fenomeno fuori dalle ormai non più tollerabili distorsioni mercantili, nel suo alveo naturale, quello del diritto pubblico e della legge*. Se nello sport, forse più che in qualunque altra manifestazione della vita, anche per il rilevantissimo ruolo che svolge nella formazione dei giovani, sul serio non si può prescindere dal merito, è assai più importante disporre di regole che garantiscano competizioni aperte e leali, e a tutti uguali chances di poter conseguire i massimi risultati possibili, piuttosto che reperire quei fondi che le società non riescono più a trovare (solo per continuare a vivere in un lusso iniquo e deprecabile). Per difendere veramente la radice popolare del calcio, quindi, *bisogna battersi duramente allo scopo di sottrarlo all'egida esclusiva del diritto privato*

ISSN 2036-7821

Ad ogni buon conto, da quanto osservato sembra emergere che la relazione fra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento sportivo si presenti sostanzialmente analoga a quella intercorrente fra l'ordinamento italiano e l'ordinamento sportivo così come tratteggiata in questa sede.

5. Conclusioni.

La breve indagine condotta evidenzia la significativa complessità del rapporto intercorrente fra l'ordinamento sportivo e quello della Repubblica.

Si è sostenuto che quello sportivo è un vero e proprio ordinamento giuridico. Ciò implica, com'è evidente, la condivisione dell'idea che la produzione del diritto non si realizzi esclusivamente ad opera dello Stato: gli ordinamenti giuridici sono molteplici, ben potendo definirsi tali – lo si è visto – tutti i gruppi sociali che presentino i caratteri della plurisoggettività, della organizzazione e della normazione.

Si è altresì asserito che l'ordinamento sportivo è tendenzialmente *irrilevante* per quello della Repubblica. Come si è osservato in dottrina, non può negarsi che «il *proprium* dell'ordinamento sportivo, consistente nel dettare la disciplina del gioco e le sanzioni per le sue violazioni, debba restare intangibile da parte dell'ordinamento generale»[128].

E tuttavia, si è affermato anche che l'ordinamento sportivo va annoverato fra quelli *particolari*, nei suoi confronti dispiegandosi l'autorità propria dell'ordinamento generale; si è detto che è *autonomo*, ma non *sovrano*, e che la sua autonomia incontra una serie di limiti. Si è avuto modo di constatare, dunque, che talvolta esso diviene giuridicamente significativo per l'ordinamento della Repubblica.

Come si è visto, l'art. 1, co. 2, D.L. 220/2003, che riconosce l'autonomia dell'ordinamento particolare, fa «salvi *i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo*» (corsivo di chi scrive). E ad ogni modo, l'autonomia di cui è dotato non può consentire all'ordinamento sportivo di ledere i principi fondamentali di quello della Repubblica, né di indurre i soggetti che appartengono ad entrambi a disattendere norme o

---

e dei commerci, così da ricondurre il fenomeno entro i confini assiologici originariamente propri di esso. Il calcio è destinato a morire ove i club più potenti, che hanno drogato la competizione, vengano mantenuti dentro a tutti i costi, e non certo se ci si liberi degli orpelli che hanno costruito. È persino ovvio chiarire che col ragionamento non si vuole demonizzare, né escludere, la capacità di produrre reddito. Bisogna riconoscere, però, che *è indispensabile contenere entro i limiti della volontà democratica la deriva mercantilista che s'è impossessata del calcio*, spogliandolo – come sempre avviene quando il mercato è scarsamente regolato e le poche regole vengono facilmente eluse – dei suoi connotati essenziali, della sua stessa natura. Con buona pace dei sostenitori del primato assoluto del mercato, *l'unico, innegabile, obiettivo da perseguire – e pertanto la sola speranza da coltivare – è un consistente intervento legislativo degli Stati, reso nel quadro di una disciplina Ue che fissi principi inderogabili cui le varie leggi nazionali dovranno necessariamente uniformarsi*» (corsivi di chi scrive).

[128] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri* cit., p. 743.

ISSN 2036-7821

provvedimenti dell'ordinamento generale quando ciò comporti, nell'ambito di quest'ultimo, la commissione di una illegittimità o – persino – di una illiceità.
Si è sostenuto che quanto asserito vale anche per le sanzioni disciplinari sportive non tecniche, malgrado la riserva a favore dell'ordinamento particolare prevista dall'art. 2, co. 1, lett. b), D.L. 220/2003: si è osservato che detta riserva è posta «In applicazione dei principi di cui all'articolo 1» del decreto, e che pertanto va interpretata alla luce di questo.
Siffatta interpretazione non appare impraticabile. Del resto, una radicale sottrazione della materia alla giurisdizione statale non è concepibile, in quanto gli atti in parola possono senz'altro travalicare i limiti dell'autonomia riconosciuta all'ordinamento sportivo.
Invero, non può ritenersi inammissibile che la realizzazione dell'autonomia dell'ordinamento sportivo implichi la compressione di altre garanzie costituzionali. E però, tale compressione può considerarsi legittima solo allorquando scaturisca da un ragionevole bilanciamento.
Anche la questione della tipologia di tutela conseguibile in sede giurisdizionale amministrativa va inquadrata, come si è visto, in questa prospettiva. E si è avuto modo di notare che un bilanciamento ragionevole delle garanzie in gioco dovrebbe forse indurre a reputare che il D.L. 220/2003 non precluda al G.A., almeno in alcuni casi, il potere di annullare il provvedimento sanzionatorio. Sul punto, dunque, sembrerebbe auspicabile una nuova pronuncia della Consulta.
Beninteso, è innegabile che la scelta interpretativa qui proposta potrebbe rivelarsi, per l'autonomia dell'ordinamento sportivo, maggiormente penalizzante rispetto a quella secondo cui nell'ambito dell'ordinamento generale il destinatario della misura afflittiva può ottenere solo il risarcimento del danno subito. D'altronde, ai fini dell'inveramento dell'autonomia in questione sarebbe ancor più opportuno escludere radicalmente la assoggettabilità delle sanzioni disciplinari al sindacato del G.A.
Nondimeno, pare proprio che la riduzione della tutela giurisdizionale statale debba essere riguardata con estrema cautela, poiché, dato il notevolissimo potenziale afflittivo delle sanzioni disciplinari, essa rischia di minare in misura non tollerabile la realizzazione dei principi costituzionali che entrano in conflitto con l'autonomia dell'ordinamento particolare, fino addirittura a porre a repentaglio l'attuazione della sovranità dell'ordinamento della Repubblica.
Del resto, si è avuto modo di constatare che la posizione assunta non risulta incoerente rispetto al rapporto che sembra intercorrere fra l'ordinamento sportivo e quello comunitario, in cui il primo pare assumere per il secondo una rilevanza ancor maggiore rispetto a quella che riveste per l'ordinamento nazionale.
L'autonomia dell'ordinamento sportivo, insomma, va sì salvaguardata il più possibile; e tuttavia, il suo perseguimento non sembra affatto poter compromettere il pieno inveramento della Costituzione.

ISSN 2036-7821