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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

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. 1/2021

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

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, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Mariaconcetta D'Arienzo, 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, 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. 1/2021

SOMMARIO

1. **In virtù di una più corretta (e fedele) interpretazione dell'orientamento politico costituzionale in materia economica, anche nei periodi di grave congiuntura negativa, vanno garantiti i "valori sociali" che connotano l'azione di presenza del "coefficiente politico" del popolo sovrano (ex art. 1 Cost.)**
di Giuseppe Palma…….....pag. 1

2. **Regulación profesional de los técnicos deportivos y directivas del mercado interior de servicios y de reconocimiento de cualificaciones.**
di Julián Espartero Casado ……..pag. 16

3. **Sull'irresponsabilità dei consiglieri regionali a margine della sentenza n. 165 del 2020 della Corte dei Conti sezione giurisdizionale per la Regione Sicilia.**
di Francesco Zammartino…….....pag. 33

4. **La corte di Lussemburgo stringe le maglie sulla tutela dei minori stranieri non accompagnati.**
di Donatella Del Vescovo…….....pag. 43

5. **Cybersecurity e protezione dei dati personali ai tempi dell'accountability: verso un cambio di prospettiva?**
di Filippo Lorè e Paolo Musacchio……...pag. 65

6. **"Atti delle Autorità amministrative indipendenti ed eterointegrazione (rectius eteroconformazione) del contratto e degli atti di autonomia privata.".**
di Federica Laura Maggio……..pag. 90

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

In virtù di una più corretta (e fedele) interpretazione dell'orientamento politico costituzionale in materia economica, anche nei periodi di grave congiuntura negativa, vanno garantiti i "valori sociali" che connotano l'azione di presenza del "coefficiente politico" del popolo sovrano (ex art. 1 Cost.).

di Giuseppe Palma*

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

Sommario

1. Premessa generale. - 2. La sovranità del popolo nello sviluppo prospettico del coefficiente politico di cui al postulato costituzionale. - 3. La nozione di "lavoro" nella visione politica della società coesa e solidale di cui al postulato. - 4. I conseguenti riflessi definitori sulla nozione di "economia". - 5. Conseguenze conclusive della tematica indagata.

Abstract

The notions of economy and labor resulting from a reinterpretation of the Italian Constitution in the light of the social values allow a different connotation of the political coefficient to be recognized to the sovereign people, even during periods of severe adverse economic downturn.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo, nonché la capacità dell'autore di entrare in un dialogo approfondito col dibattito internazionale"*

ISSN 2036-7821

1. Premessa generale.

In seguito all'ultima meditazione pubblicata, chi scrive ha valutato conveniente (se non necessario) ritornare sulla "strategia interpretativa" in essa adottata[1] al fine di meglio (e più ampiamente) esporla e completarla, specialmente in questo presente clima politico, nel quale sembra impetuosamente avanzare il "distanziamento" culturale dalla Carta, forse nell'implicita (errata) convinzione in certe demagogie pseudo-interpretative che il notevole patrimonio culturale postulato in Costituzione da molti attori di notevole cultura politico-giuridica "abbia fatto il suo tempo" e si intende perciò favorire l'introduzione di progressive "modificazioni" senza aver preceduto (onestamente) a fissare l'attenzione sul prezioso contenuto politico-giuridico depositato contenutisticamente nel prezioso "scrigno" della Carta Costituzionale.

Già una siffatta premessa dovrebbe allarmare quantomeno i ricercatori in diritto sulla sempre più diffusa assenza di adeguata cultura, per certi aspetti inidonea a penetrare i veri postulati della disciplina costituzionale, che dovrebbero perciò porre sul piano della elaborazione dottrinale l'attuale problema di "far ritorno alla Carta" e recuperare così quel vuoto che l'accennato "distanziamento" ha lasciato e che alcuni orientamenti politici sembrano voler favorire[2].

In quanto fin qui premesso va ricercato il motivo principe che ha indotto chi scrive a ritornare sulla "strategia" interpretativa della Carta, nel tentativo di pervenire all'esatto postulato valoriale ed implicitamente nella "speranza" (tacita) che l'attuale clima politico e giuridico si convinca di riaprire (perlomeno) dei varchi utili ad attivare (e/o riattivare) la relativa attuazione.

Sotto questo profilo, il discorso da svolgere sarà mantenuto in termini brevi e sintetici, dappoiché chi scrive è più volte ritornato sul tema[3], anzi esso ha costituito

[1] Ci si riferisce a: La piena tutela dell'ambiente naturale, che condiziona il comportamento dei singoli componenti della società, definito culturale, per Costituzione rientra nell'azione politico-sociale, in Federalismi - Paper 16 dicembre 2020. Ma l'originaria impostazione risale già al 1971 data di pubblicazione di Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà ed ora nella edizione di ristampa con Giappichelli Torino 2019, nella quale si scriveva "anche sul piano strettamente giuridico sembra giustificarsi una tale impostazione, dal momento che la corretta interpretazione di una singola norma costituzionale non può prescindere dall'agganciamento della norma stessa a quelle esprimenti le linee fondamentali dell'ordinamento politico costituzionale " (pag. 223 ss) e ciò perché "si avvertiva che occorreva il definitivo rigetto di ogni valutazione negativa di prima affermazione secondo cui il documento costituzionale contenga una giustapposizione di principi e di orientamenti diversi o addirittura confliggenti tra loro e che si disponga invece a procedere ad una interpretazione organica (all'insegna dell' organicità propria della loro coordinazione in sistema) la quale consiglia a non portare l'attenzione separatamente sull'uno o sull'altro dei principi accolti ma piuttosto a mettere a fuoco il senso e l'ampiezza in cui si esplicano e si estendono le influenze reciproche" (ivi). Ma le demagogie delle interpretazioni di cui si parla più avanti preferirono obliterare tale impostazione e su questo aspetto si consiglia di leggere "Alcune opportune precisazioni "nell'edizione di ristampa cit.

[2] Del resto ciò spinge a ricordare la "figura del pifferaio magico " che nella storia di molti Paesi si è prospettato all'orizzonte politico col dubbio però che non sempre sappia suonare

[3] Da ultimo cfr. Studi sul "distinto" apparato di amministrazione pubblica, Giappichelli 2020

ISSN 2036-7821

una serie di tappe successive di elaborazione sin dagli anni settanta del secolo scorso (nell'arte artistica queste progressive tappe verrebbero denominate "prove d'autore"), così come in materia di "lavoro" e di "economia", per quanto l'orientamento ricostruttivo del loro "genuino" significato costituzionale venisse in quelle occasioni espresso in termini riassuntivi stante il profilo che veniva richiesto a chi scrive di trattare[4].

Nella presente premessa è anche da precisare che, a parte quanto si avrà occasione di precisare più avanti, in chi scrive ha da tempo sopra avanzata la sensazione (che è più di una intuizione) secondo cui il vero spirito di rigenerazione della società, fondamentale per pervenire ai veri valori costituzionali, poteva rendersi (a così dire) poco e/o scarsamente rintracciabile e visibile ad opera di studiosi, indubbiamente autorevoli, ma che avevano maturato il rispettivo percorso culturale tecnico-giuridico antecedentemente all'approvazione della Carta; in conseguenza, la rispettiva cultura, forse proprio a causa della notevole profondità di essa, ha condizionato la lettura delle singole disposizioni costituzionali, le quali -e non poteva essere diversamente- impiegano "vocaboli" ben noti nella cultura giuridica preesistente con la conseguenza, facilmente rilevabile, che l'attenzione nella lettura delle disposizioni, oggetto di indagine, veniva concentrata sul singolo vocabolo ben noto, per quanto detto, ed all'interprete in conseguenza non soltanto sfuggiva che la disposizione nel suo complessivo significato "navigava su di un profondo mare assiologico", ma anche (e ciò è facilmente rilevabile) sfuggiva quella particolare "inflessione" (se si preferisce quella cadenza linguistica) politica con la quale il vocabolo era stato impiegato.

Un risultato, questo accennato, che, come si è già rilevato in altra sede, veniva indirettamente convalidato dalla constatazione che quel "vocabolo" risultava già impiegato soprattutto dal Codice Civile preesistente[5].

Va altrettanto chiarito, in questa premessa, che chi scrive non ha subito una siffatta "suggestione", poiché il suo contatto con la Costituzione è avvenuto soltanto a livello della ricerca giuridica (dal momento che nel suo lungo itinerario di studi anche liceali nessun insegnante ha considerato necessario fare cenno alla Costituzione) e pure a livello universitario la Costituzione fu illustrata più a supporto del funzionamento dialettico istituzionale che all'esigenza dell'apertura costituzionale all'orizzonte sociale (di quel popolo finalmente sovrano). In conseguenza, chi scrive è stato sin dall'inizio dei suoi studi mosso dalla "curiosità" intellettuale di rivolgere l'attenzione direttamente sul testo costituzionale non dovendo in alcun modo superare quei pre-concetti di cui è parola.

[4] Cfr. Economia pubblica, ora in Scritti, ES 2014 , 273 ss (ed ivi l'ampia nota bibliografica a pagina 327 ss)

[5] Cd.cultura "paleo-civilistica", sul punto si fa rinvio al cit. La piena tutela dell'ambiente naturale (ecc.) nella nota [1]

ISSN 2036-7821

Ne consegue che quanto premesso giustifica la maturazione e la successiva adozione della strategia interpretativa esposta già più sopra, la quale, come si sarà compreso, pone più l'accento sul contenuto "emblematico" della singola disposizione, quindi sulla assiologia politica[6], che concorre globalmente a definire in termini di prospettiva politica, che sul singolo termine (vocabolo) impiegato. Del resto è pienamente comprensibile che i Costituenti, di profonda cultura giuridica, impiegassero vocaboli di piena conoscenza giuridica anche nell'intento, in più occasioni espresso, che in Costituzione non andavano incluse nozioni tecnico-giuridiche e perciò i Costituenti hanno inteso "sintetizzare" i presupposti filosofico-politici da approvare con l'impiego di pochi vocaboli, sia pure ben noti, ma con inflessione appunto filosofico-politico, i quali non richiamano affatto, perlomeno non intendono richiamare, gli istituti corrispondenti ai vocaboli suddetti, ma servono (e sono utili) a precisare ed a prescrivere le "direttive politiche" che, dipartendo dal postulato filosofico-politico (e se mai anche ideologico), prescrivono alle maggioranze politiche che si succedono l'itinerario da attuare (è anche da ricordare che se i Costituenti avessero nutrito l'intenzione di includere nella Carta le problematiche tecnico-giuridiche, la Carta non sarebbe stata per scelta "breve", ma invece si è soliti ricordare di alcune storiche Costituzioni costituite da 300 e più articoli).

In conclusione, l'itinerario di attuazione dei valori-principi costituzionali è tracciato mediante la fissazione delle pietre miliari, le quali indicano prospetticamente alle maggioranze politiche, maturatesi nel tempo storico, le direttive politiche da percorrere, sempre nella fedeltà al postulato politico (e quindi non tecnico-giuridico), ma ciò per più ragioni è stato finora trascurato e viene da ricordare, con il nostro padre Dante, che "la legge c'è ma chi pone mano ad essa?".

La presente premessa si conclude–condividendo lo spirito entusiastico con cui i Costituenti si accinsero a redigere la Costituzione, ricordando che il postulato di cui è parola fu adottato al fine di delineare i connotati della "Repubblica" (e non solo dello Stato persona), la quale sarebbe "fiorita" sullo sviluppo prospettico politico della società, anzi sul coefficiente politico che avrebbe in seguito dovuto connotare la società prefigurata come "popolo sovrano" (su questo aspetto si tornerà più avanti) e dunque si comprenderà agevolmente il motivo di procedere all'esame del settore economico che per la sua assunta "dignità storica" è più idoneo, quantomeno per chi scrive, a porre in assoluta evidenza come la fedele attuazione della Costituzione avrebbe influito sulla società esistente in forza appunto dei nuovi valori in essa "iniettati".

[6] Cfr. il già cit. Studi sul "distinto" apparato di Amministrazione pubblica sub nota 3

ISSN 2036-7821

2. La sovranità del popolo nello sviluppo prospettico del coefficiente politico di cui al postulato costituzionale.

Occorre a questo punto dell'esposizione ritornare, sia pure a brevi tratti, in tema di coefficiente politico fondamentale (anzi fondazionale) per individuare il vero contenuto del conferimento al popolo della sovranità (ex articolo 1 Costituzione), profilo sul quale chi scrive si è intrattenuto in molte occasioni, e ciò appare estremamente utile per prendere l'avvio alla tematica in esame.

In proposito, va premessa una osservazione di notevole utilità ricostruttiva che consiste nel rilevare come risulti di scarso rilievo orientarsi, come a volte è dato riscontrare, nel senso dello scarso valore ricostruttivo della solenne affermazione che la sovranità spetta al popolo, perché si finisce per relativizzare una siffatta dichiarazione cui sì è pervenuti in seguito ad un complesso dibattito nel quale molti intervenuti sostennero che la sovranità spettasse allo Stato e soltanto alla fine, ognuno degli intervenuti, smussando i propri convincimenti dettati dalle proprie conoscenze tecnico-giuridiche, convennero nell'adozione di siffatto emblematico riconoscimento[7].

Ma è veramente pensabile, a parte successive demagogiche interpretazioni, che l'affermazione sia priva di un suo particolare contenuto, così come il complesso dibattito sviluppatosi all'indomani dell'adozione della Carta contribuì alimentando dubbi ed a infondere una scettica accettazione di detto riconoscimento nell'opinione pubblica, ivi inclusi alcuni orientamenti dottrinali; tale dibattito venne alimentato soprattutto dai cultori del diritto che si orientavano in termini di mero dogmatismo a sostenere che la sovranità appartenesse allo Stato, rianimando i motivi di dissenso già discussi in sede di Costituente, ed approdando al massimo nell'esaurire l'essenza della dichiarazione nella dialettica istituzionale dello stato persona giustificando la democrazia diretta prevista negli esclusivi interventi del popolo in materia di referendum ecc.[8].

Il che, è da riconoscere, ha agito per ritenere ormai concluso il ciclo vitale dell'originario postulato politico e con esso l'anelito in esso espresso di imprimere nel popolo, e quindi vale a dire nella società, un indirizzo evolutivo nell'adesione auspicata ai valori di coesione, di inclusività e di solidarietà, in altri termini in quella amalgama sociale utile affinché "il popolo" potesse in concreto esercitare il suo potere sovrano, e di assicurare così l'orizzonte sociale (ovvero la frontiera sociale, come a volte ci si esprime) che connota l'adottato schema di Repubblica democratica "sociale", che, come si intuisce, è ben differente dalla preesistente formula di Stato parlamentare di stampo liberale[9].

[7] V. a es.. gli studi pubblicati nel volume Studi sul distinto apparato, già sopra cit.
[8] Cfr. la prec. nota
[9] Cfr. la prec. nota

ISSN 2036-7821

Che poi liberato il campo dai menzionati "inciampi" si è finito per aderire in pratica a quest'ultimo sistema arrendendosi alla dichiarata "effettività" del sopravvissuto regime è una conoscenza abbastanza diffusa e soprattutto condivisa da alcune correnti politiche, le quali, semmai minoritarie in sede di Costituente, sembrano voler ora rivendicare la propria esistenza operativa[10].

Forse però il motivo di maggiore forza a favore di una riduzione operativa del coefficiente politico qui in esame è da riscontrare nella necessità, avvertita dopo l'evento bellico, di intervenire in ogni modo possibile al fine della rinascita della popolazione, afflitta dalle pessime condizioni economiche, e tale necessità ha concorso maggiormente a diffondere l'orientamento secondo cui era questa necessità a compendiare e ad esaurire il contenuto della formula "interesse generale", la quale da allora ha assunto la dimensione di vessillo idoneo ad ogni tipo di orientamento politico anche esplicantesi in comportamenti in contrasto alla Costituzione (ma su ciò più avanti).

In conclusione, una siffatta politica di emergenza economica, in quanto sostenuta dall'interesse generale, è stata la causa, non dichiarata, che ha progressivamente sgombrato il piano di interpretazione della disciplina costituzionale da ogni "esigenza" (a così dire) di allargare il raggio visivo sulla disposizione fondata sulla prospettiva originaria di essenza assiologica e di soffermarsi al contrario sul singolo vocabolo, incluso in essa, che si presenta, una volta staccato dalla complessiva "frase" (per così dire) dispositiva, incapace di esprimere quanto in essa risulta impressa dai Padri costituenti.

La conseguenza più grave di quanto rilevato consiste in un peculiare atteggiamento diffusosi non soltanto in una parte dell'opinione pubblica, ma anche in certi ambienti giuridici, secondo cui quel che conta ormai è di favorire che "*tutto cambi perché niente cambi*"e con ulteriore conseguenza che i valori fissati in Costituzione sono frutto di posizione utopica, pertanto non realizzabili e tampoco non rivendicabili; in conseguenza si opera affinché sia meglio funzionante il persistente sistema e da tempo ormai si persevera in un tale atteggiamento che sembra essere condiviso da un numero sempre maggiore di aderenti, ivi compresi alcuni settori di opposizione politica che limitano la loro attività in termini di mero "rimpiattino" alla politica della maggioranza.

Tutto ciò ha costruito una sorta di "vallum" (di latina memoria) che distanzia sempre più la politica praticata dalla fedele attuazione della Costituzione, perché si sostiene che l'interesse generale richiede ed impone interventi meno utopici e di maggiore risultato pratico; chi scrive, come si comprende, non è di questo avviso perché innanzitutto se il personale politico non è animato da un moderato ottimismo, nel senso di disposizione a considerare in termini positivi il risultato di un intervento

[10] Una specie di "mantra" politico.

ISSN 2036-7821

adottato, la sua azione politica finisce per limitarsi in confini sostanzialmente conservativi dell'esistente escludendo ogni speranza di progresso sociale; ma chi scrive è anche contrario a definire la posizione politico-costituzionale utopica, e, come a volte viene definita una visione populista, si intende riferirsi alla antica teoria politica etichettata come populismo che vede nel popolo un modello etico e sociale (orientamento già in parte presente nella rivoluzione francese, nonché alle origini del movimento politico collettivista) ed in funzione del ruolo riconosciuto al popolo (società)[11].

Chi scrive non sarebbe contrario ad ammettere, conoscendo la profonda cultura dei maggiori artefici della dichiarazione in parola, che qualcuno di essi abbia avuto presente una siffatta conoscenza, soprattutto allo scopo di orientarsi a favore della filosofia del personalismo, ma una tale prospettiva di conoscenza non è rimasta semmai in termini di mera ispirazione etico-sociale, poiché ha in definitiva concorso ad appostare le condizioni essenziali idonee a realizzarla in seguito in termini di attuazione; cosicché non si può condividere la posizione politica di chi si oppone alla sua attuazione con l'alibi che sia utopica.

Come si può rilevare e soprattutto desumere dalle argomentazioni esposte, il "nobile" storico populismo non ha niente in comune con l'odierno populismo perché quest'ultimo non si rifà al mito del popolo, in quanto è solo funzionale nella lotta politica ed è funzionale all'accaparrarsi del potere politico ed è pronto a materializzarsi nei momenti di crisi politica, laddove l'orientamento costituzionale fu fissato al fine di rigenerare la società (Popolo) allo scopo di escludere ogni futura crisi della Repubblica democratica sociale.

3. La nozione di "lavoro" nella visione politica della società coesa e solidale di cui al postulato.

Al fine di pervenire sull' epicentro tematico, si avverte la necessità di procedere a meglio precisare alcune considerazioni necessarie alla delineazione di quel "coefficiente politico" che chi scrive ama così definire, per quanto l'argomento è stato in più occasioni ripreso, ma soprattutto in questa sede si avverte l'esigenza di far ritorno allo scopo di precisare ancora meglio il postulato dal quale i Costituenti muovevano.

In proposito occorre porre un interrogativo: il coefficiente politico, nucleo essenziale del riconoscimento al popolo della sovranità, di rilevanza appunto politica, non priva però di risonanza giuridica ad opera delle direttive politiche affidate alle maggioranze parlamentari che si alternano al governo del Paese, lascia inalterata la composizione per così dire strutturale della società rinvenuta nel momento storico della Costituente, retaggio cioè del regime liberale precedente, ovvero i Costituenti

[11] Sul "populismo" di cui è parola cfr. L. Incisa in Dizionario della politica, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, UTET, pagg. 762 ss.

ISSN 2036-7821

ebbero cura di seguire una nuova impostazione della suddetta organizzazione sociale e di qui il nuovo e diverso postulato .

A chi scrive sembra corretto quest'ultimo profilo ricostruttivo, nel senso che i Costituenti si sono orientati a riconoscere al popolo la menzionata sovranità muovendo dal presupposto (quindi postulato) che, in forza della successiva azione politica praticata, il popolo, vale a dire la società, si organizzasse intorno ad indici valoriali di cui agli articoli 2 e 3 della Costituzione, i quali contengono gli alti valori di democrazia sociale.

È bene ricordare che questi ultimi articoli sono stati sin dall'indomani dell'approvazione costituzionale considerati soltanto in termini di dogmi a sé stanti e soprattutto di tonalità programmatici, i quali per poter essere sostanzialmente attuati occorrevano di apposite leggi ordinarie, ma così si perdeva la massima loro presenza come le necessarie linee secondo cui era opportuno e necessario apportare modificazioni alla precedente organizzazione sociale al fine di potenziare sempre più l'esplicazione di quel potere politico, nucleo del riconoscimento della sovranità; ma dal momento che si è proceduto più ad assoggettare il riconoscimento alle letture critiche di stampo prevalentemente tecnico-giuridico si è conseguentemente smarrita la strada per la determinazione dell'intimo significato valoriale della loro presenza.

Ancor più va sottolineato che questo valore che si è riconosciuto ai suddetti principi, valore di postulato della disciplina costituzionale, si estende anche sulla interpretazione degli articoli contenuti nei quattro successivi "Titoli" sui rapporti civili, rapporti etico-sociali, rapporti economici, rapporti politici, poiché tutti confluiscono nell'azione (politica) di "rimodellare" la società della nuova Repubblica democratica e sociale. Ed infatti, anche dall'angolo di osservazione di stretto tono operativo, le norme contenute nei menzionati Titoli indicano e disegnano i profili che dovevano assumere le direttive politiche che si diramano (o se si preferisce sono implicitamente contenute) nel coefficiente politico del riconoscimento al popolo della sovranità.

E se ci si interroga sulla tonalità essenziale della società (Popolo) prefigurata è facile notare che essa si contrappone alla società "oligarchica", giunta sino alla soglia dei lavori della Costituente, la quale si reggeva, anzi si giustificava che si reggesse, sulla differenziazione del valore esistenziale delle classi sociali, ed al suo posto si è auspicato una società inclusiva di tutti ad ugual titolo, quindi coesa e solidale, in virtù della quale tutti gli appartenenti ad essa con uguale legittimazione (politica) avrebbero osservato i doveri (anche essi) comuni e quindi chiamati a cooperare per l'avvento della città dell'oro (come stato anche detto).

In netto contrappunto è sufficiente far notare che nella società borghese-liberale preesistente vi era un confine, ideologicamente segnato, tra la classe capitalistica e quella più numerosa classe di " proletariato ", divenuto ancor più rilevante per la progressiva industrializzazione agli inizi del Novecento ed anche oggetto di reazione

ISSN 2036-7821

a volte violente, reazione della classe "capitalistica", la quale impiegava il suo riconosciuto privilegio di concorrere quasi da sola a costituire la "maggioranza" politica di governo, laddove si può agevolmente comprendere come la nuova configurazione sociale, di cui al postulato della Costituente, che portò alla determinazione del qui definito coefficiente politico, ha inteso "annullare" quel "vallum", che induceva sempre più a "guardarsi in cagnesco", in conseguenza, auspicando l'avvento di una società di "persone", si configurava che una siffatta società cooperasse solidalmente al progresso civile, politico ed economico (si vedano gli articoli 2 e 3 della Costituzione) del Paese (sul punto si ritornerà più avanti; per ora va maggiormente posto l'accento che il postulato condiviso dai Costituenti è stato quello di annullare le differenze sociali -e politiche- tra la classe capitalistica e la classe -ben più numerosa- del proletariato).
Ed è appena il caso di far notare, in tono meramente retorico, che la soluzione così prospettata è stata tradita in gran misura da alcune demagogiche interpretazioni ricostruttive, le quali semmai hanno militato a favore di una attenuazione di tale divisione, ma non certo di un suo superamento, in conseguenza anche la celeberrima formula dell'interesse generale ha finito per "conservare" il suo originario significato emblematico nel senso (ormai tacitamente condiviso) che il solo aumento della ricchezza nazionale esaurirebbe ogni altro profilo sociale[12], con la conseguenza che alcune componenti politiche preferiscono ancora impiegare il calesse con cavalli nel periodo in cui sarebbe opportuno utilizzare il trasporto veloce.

4. I conseguenti riflessi definitori della nozione di "economia".
Per fare ritorno sulla tematica, oggetto della presente indagine, occorre allora domandarsi se è ancora giustificato attribuire al "lavoro", di cui al primo comma dell'articolo 1 Cost., l'esclusivo significato di "lavoro subordinato" come una persistente opinione sembra ancora ritenere, così come si continua a sostenere che la "libertà", di cui sembra godere l'iniziativa economica privata, integri ancora il

[12] In tema cfr. Palma, Alcune riflessioni in tema di incentivi finanziari statali tra Costituzione formale e Costituzione materiale, in Notarilia n. 6,2010, pag. 81 ss.

[12bis] A tal proposito non va dimenticato quanto l'on. Fanfani dichiarò, in sede di terza Sottocommissione, nella discussione del 15 ottobre 1946, "il problema del controllo sociale della attività economica è certamente complicato dal fatto che oggi e non soltanto in Italia ma in tutti i paesi del mondo, meno uno- si vive in una economia di trapasso, non si è più in una economia i cui dirigenti, i cui regolamentatori o legislatori credono, al principio individualistico, liberistico, ma non si è nemmeno arrivati ad una economia in cui totalmente si è abbandonato il criterio individualistico e liberistico… e senza d'altra parte lasciare totalmente libere le forze individualistiche, ma cercando di sfruttarle, disciplinandole e regolandole ai fini di raggiungere determinati obiettivi sociali… che, abbandonando l'ideologia di Adamo Smith si è ritenuto non possano essere raggiunti qualora le forze e le iniziative individuali siano totalmente libere" (in La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente, Camera dei Deputati, Segretariato Generale Vol. VIIII pag. 2276).

ISSN 2036-7821

significato che detta libertà godeva nella economia dello Stato borghese liberale(12bis) secondo una opinione dottrinale, la cui origine risale alle prime interpretazioni, con la conseguenza (come sottolineata anche nella Carta del lavoro) che lo Stato è costretto a limitarsi ad approntare soltanto interventi di ausilio al "benessere" dell'iniziativa privata, è ancora giustificato sostenere, come a volte autorevolmente si dichiara, che l'interesse generale coincide compiutamente con la "utilità sociale "e con "fini sociali" di cui all'articolo 41 Cost.; ma è questo il "fornello di fuoco" sul quale occorre fissare l'attenzione.

Urge premettere una precisazione in ordine all'orientamento politico che tenta, anzi usa, motivare ogni intervento nell'ambito economico, richiamando appunto l'interesse generale che come si dimostrerà più avanti non ricomprende anche l'utilità sociale ecc., perché il semplice progresso finanziario[13], secondo la storica accezione, consente poi alla maggioranza politica al governo del Paese di disporre dell'aumento delle risorse finanziarie a favore di scopi di volta in volta da essa prescelti (e semmai secondo il proprio programma politico-partitico); in contrario va fatto notare che le formule come utilità sociale e/o fini sociali assumono nel quadro generale disegnato dai Costituenti un significato ed un contenuto ben più puntuale, come si dimostrerà.

A tutto concedere si potrebbe sostenere in ordine alle ultime formule che pur esse potrebbero rientrare nella più generica formula dell'interesse generale, con l'annotazione però che detto interesse generale si specifica in utilità sociale. E si ricorda anche che l'interesse finanziario utilizza sostanzialmente i ben noti teoremi di scienza economica, i suoi ben noti algoritmi, laddove le utilità sociali coinvolgono ben differenti valori strettamente di stampo politico-sociale e su questo piano (anzi sul piano giuridico) gli algoritmi non appaiono per niente utili (né convenienti).

In altri termini, e si intende essere espliciti al massimo, l'interesse generale si orienta alla massima produzione della ricchezza nazionale ma di per sé prescinde da alcun riferimento alla composizione del popolo (società) né si preoccupa di intervenire in termini sociali nella struttura della produzione[14].

E sì perviene alla fase ricostruttiva non senza premettere che chi scrive ha la spiccata sensazione di partecipare ad una campagna archeologica diretta a rinvenire il mosaico fondazionale su cui si regge la complessiva edificazione della cultura costituzionale.

Già molti anni fa chi scrive sostenne che il termine lavoro inserito nel 1°articolo Cost., che di per se ha già una comune accezione ben vasta in quanto individua ogni

[13] Chi scrive ama ricordare "con troppa insistenza e troppo a lungo sembra che abbiano rinunciato all'Eccellenza personale e ai valori della comunità, in favore del mero accumulo di beni terreni…. Il PIP non tiene conto della salute delle nostre famiglie, della qualità della loro educazione, della gioia dei loro momenti di svago. Non comprende …. la solidità dei valori familiari o l'intelligenza dei nostri dibattiti…. Misura tutto in poche parole, eccetto ciò che rende la vita veramente degna di essere vissuta "Kennedy, riportato a cura di T. Avelado, in Corriere della sera del 14 agosto 2019.

[14] Cfr. la nota precedente

ISSN 2036-7821

attività diretta alla produzione di beni e servizi, andava riconnesso alla disposizione di cui al secondo comma del successivo articolo 4, il quale, anche per la sua posizione topografica, concorre a completare l'insieme dei principi e dei valori che qualificano l'auspicata organizzazione sociale; in conseguenza il vocabolo "lavoro" impiegato intende riferirsi al dovere di ogni cittadino di "*svolgere secondo le proprie possibilità e la propria scelta un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società*"[15], il che lascia desumere, stante l'ampiezza di contenuto della locuzione, che essa intende ricomprendere e significare sinteticamente, ma non senza valore emblematico, che il componente di quel popolo sovrano deve assumere un ruolo attivo nella vita sociale, assumere un ruolo di "artefice" nel progresso di quella auspicata società indipendentemente dal tipo di "attività" che secondo la sua "possibilità" si accinge a svolgere e quindi richiama alla mente la ben nota figura di "homo faber" (di latina memoria), che simbolicamente sta ad individuare, appunto sinteticamente, colui che svolge un'arte[16] la quale intende individuare qualsiasi tipo di attività che viene svolta secondo conoscenze tecniche, indipendentemente se presta lavoro a favore di altri ma anche -e questo aspetto va sottolineato- se organizza mezzi e strumenti al fine di svolgere un'attività artigianale, imprenditoriale e quindi come creatore di lavoro altrui (si ricordi in proposito quanto già sostenuto che tutte le disposizioni inserite nei quattro Titoli concorrono a disegnare le direttive politiche che si diramano dal coefficiente politico).

In conseguenza, questa prospettiva seguita dai Costituenti di introdurre una sorta di uniformità tra chi presta lavoro e chi offre lavoro di valore eminentemente politico (e sociale), entrambi peraltro artefici del progresso economico della società intesa coesa e solidale, spinge a configurare nella specie che si è inteso cancellare ogni rendita di posizione come nella preesistente società borghese liberale e che pertanto ogni componente del popolo sovrano deve assumere una posizione attiva, un comportamento segnato dal dovere (non solo etico) di cooperare attivamente alla vita sociale, indipendentemente che assumi la veste di (lavoro) imprenditoriale o che presti il lavoro a quest'ultimo; ciò potrebbe essere simbolicamente espresso come artefice del proprio destino sociale e non più come secondo il regime di economia liberale che solo i titolari di beni di fortuna concorrevano a condizionare la propria posizione sull'ambito della società borghese.

Ed allora non è più giustificato sostenere ancora che la libertà di iniziativa economica vuole ancora significare la "libertà" di stampo liberale, perché dell'aggettivo è da

[15]Confronta, G. Palma, Professione e lavoro (libertà di) ad vocem Nuovissimo digesto it. XIV, e ripubblicato in scritti giuridici cit, pagina 167.

[16] Arte nel significato di qualsiasi attività produttiva dell'uomo disciplinata da un complesso di conoscenze tecniche specifiche (è appena il caso di precisare che soltanto come ennesima accezione il vocabolo arte assume il significato di "artistica")

ISSN 2036-7821

privilegiare il significato di libertà della scelta dell'attività che si intende svolgere secondo le proprie "possibilità" di cui all'articolo 4 Cost. già esaminato.
Solo imboccando un tale apparato argomentativo si rende lecito non cadere nella illogica contraddizione secondo cui in una società di eguali si riconosce ancora la sopravvivenza di una classe capitalistica.
Quanto fin qui argomentato non intende escludere che al fine di superare il solco preesistente tra coloro che prestano lavoro e coloro che offrono lavoro la politica praticata non debba provvedere con misure sociali adeguate, di qui la utilità sociale di cui all'articolo 41 Cost., ma ciò proprio nella prospettiva di rendere anche questi, ed a pieno titolo, artefici della nuova organizzazione sociale auspicata.
A questo punto si mostra con la massima evidenza la differente accezione di interesse generale e del significato di cui alla utilità sociale e /o fini sociali[17].
Si può procedere ad una prima parziale conclusione col porre in piena luce che il sistema economico infine adottato si pone in un punto intermedio (per così dire) tra il sistema collettivista che ebbe alcuni sostenitori nella redazione della Carta e la condanna senza appello del sistema di economia liberale, il quale ebbe, è vero, alcuni difensori ma soprattutto, per quanto già premesso, i difensori sono usciti allo scoperto nell'evitare che la Costituzione fosse applicata nella sua intima logica operativa con il contrapporre, per certi versi strenuamente, la necessità di far ben funzionare il sistema della cosiddetta "effettività".

5. Conseguenze conclusive della tematica indagata.

Dalle ultime considerazioni espresse sono da desumere due ulteriori conclusioni che si preferisce subito elencare. La prima: dalla "amalgama" sociale appena cennata si può e si deve argomentare che la libertà di iniziativa economica privata ha finito per perdere quel vago senso di "giusnaturalismo" di antica reminescenza ed in conseguenza la dialettica più che "belligerata", che prima connotava la difficile coesistenza tra l'imprenditore e prestatore di lavoro e si estende sempre più (o dovrebbe estendersi) nell'area di più regolare rapporto di reciproca collaborazione e ciò proprio in ragione che l'utilità sociale di cui all'articolo 41 Cost., non va più intesa come una sovrastruttura che comprimeva la logica di esercizio dell'attività economica, ma va intesa come un tratto disciplinare della stessa (ad esempio garantire la dignità del prestatore di lavoro), per cui un tale profilo si innesta disciplinarmente e per Costituzione nelle facoltà del datore di lavoro (per converso nella comune lettura dell'articolo il profilo viene quasi sempre espunto), così come i

[17] Non si obietti che una tale conclusione potrebbe essere avversata dall'azione economica europea poiché si è avuto già modo di rilevare che anche questa sembra ammettere profili sociali in economia, cfr infatti I contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture eccetera, ora in G. Palma Dalla azione amministrativa a regime di diritto privato ed altri scritti, Giappichelli Edizione 2018, 175 ss.

ISSN 2036-7821

"controlli sociali"[18] di cui al terzo comma dell'articolo citato vengono solitamente riconnessi alle attività di coordinamento, ma non sembra a chi scrive che un tale orientamento vada condiviso poiché essi sono sempre esercitabili anche al di fuori di ogni esercizio di coordinamento (in proposito si ritornerà).

La seconda conclusione è quella che si riferisce al ruolo spettante allo Stato secondo Costituzione e si nota, che il ruolo statale, non rimane ideologicamente ristretto nei limiti storici di "intromettersi" nell'area riservata all'iniziativa privata soltanto se giustificata dalla necessità di "ausilio" appunto dell'attività economica privata (ad esempio costruzione di assi viari e costruzione di infrastrutture, come linee ferroviarie, ecc.) poiché per Costituzione (ancora una volta) allo Stato viene riconosciuto una sua propria veste (anche) di imprenditore; infatti cosa può voler indicare la disposizione di cui al primo comma dell'articolo 42 Cost. quando afferma che "i beni economici appartengono allo Stato agli Enti e ai privati" "e l'art. 41, 3° co. Costituzione che afferma che "la legge determina i programmi ed i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali"?; in conseguenza lo Stato, in virtù del coordinato disposto testé ricordato non deve, anzi non dovrebbe solo intervenire al fine di salvaguardare la "buona salute" della iniziativa economica privata, ma potrebbe anche assumere in proprio attività economica qualora di un dato settore l'iniziativa privata non abbia alcun interesse ad occuparsene e lo Stato invece valuti che per "fini sociali" sia necessario intervenire (cosiddetto Stato imprenditore).

A tal proposito eventuali dubbi andrebbero soppressi in considerazione del fatto che non si giustificherebbe l'ampia attività imprenditoriale svolta dallo Stato al fine della rinascita nazionale nel dopoguerra.

Ed è appena il caso di far notare che un tal fenomeno potrebbe sempre ripetersi al fine di soddisfare i fini sociali (vale a dire per esigenze della società) e qui si mette in risalto come l'interesse generale tenta a distinguersi dai fini sociali e/o dall' utilità sociale, ovvero (se si preferisce) assume un più netto e specifico contenuto significativo (come si è già notato).

Ed in proposito non si obietti che il ruolo imprenditoriale statale sarebbe legittimato soltanto ai sensi dell'articolo 43 Cost. perché sarebbe facile controbattere che la facoltà ivi prevista va esercitata nei limiti di riserva assoluta dell'attività economica a favore dello Stato e quindi corrisponde ad un limite della facoltà di scelta dell'imprenditoria privata.

In virtù della impostazione fin qui argomentata rimane da esporre una ulteriore conclusione di più ampio respiro che consiste nell'evidenziare che nella unitaria

[18] I suddetti "controlli" possono rinvenirsi nell'azione di presenza dei ben noti sindacati ed anche ad opera della p a. in seguito all' intervento normativo del Parlamento in attuazione delle direttive politiche (che si diramano dal coefficiente politico) di cui nel testo

ISSN 2036-7821

categoria degli operatori economici, in altri termini superato il cosiddetto vallum che distingueva il confine posto tra le due categorie di prestatore di lavoro e/o di opera e dei datori di lavoro ed unificando le due categorie in termini di politica sociale ne discende anche la previsione costituzionale che favorisce il movimento osmotico in forza del quale sì favorisce il "subentro" dei prestatori d'opera nella categoria dei datori di lavoro a suo tempo unici detentori del potere politico ed infatti cosa vuol significare che si fissi il principio secondo cui la "Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni e cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori" (ex articolo 35, 1° e 2° comma Cost.) ed ancora più che la legge fissa (tra l'altro) limiti di estensione alla proprietà terriera privata al fine di favorire l'imprenditoria agricola (ex articolo 44 Cost.) (e non si tratta certo nella specie delle servitù prediali come si sostiene da alcuni), la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità se non favorire la elevazione sociale dei componenti della vecchia classe dei prestatori d'opera, che la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori di collaborare alla gestione delle aziende (rispettivamente ex art. 45 e art. 46 Cost), che la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme e favorisce l'accesso del risparmio...alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi (ex art. 47 Cost.), se non nella facoltà prevista e consentita (anzi favorita) che gli appartenenti alla categoria dei prestatori di lavoro per osmosi possono inserirsi a pieno titolo in quella dei datori di lavoro; e si fa notare che se fosse ancora in vita quel vallum, così qui definito, quantomeno ciò non sarebbe stato favorito dalla Repubblica, poiché sarebbe stato molto più difficile superare la differente diseguaglianza sociale riflettendosi sulla titolarità del potere politico ad essa riconnesso.

Ma è da desumere ancora una più ampia conclusione, la quale consiste che una volta che si è disposti a condividere l'impostazione in questa sede esposta, in forza della quale il profilo di disciplina sociale assume per Costituzione una sua propria consistenza, allora occorre ammettere che anche nei periodi di congiunture negative economiche non si rinviene alcun motivo che possa giustificare una emarginazione, sia pure temporanea, del potere politico di "tutela" del profilo sociale, ancorché sia giustificabile una mera attenuazione temporanea di detto profilo secondo il grado di urgenza e di gravità della emergenza economica, ma non si rinviene alcun titolo legittimo a sospendere la disciplina costituzionale.

Ma quanto fin qui sostenuto non è compreso dall'attuale politica praticata, la quale più che tutelare la legalità costituzionale è spinta a soddisfare gli interessi più minuti dei componenti di una società che stenta, ancora a notevole distanza dall'approvazione della Carta, a organizzarsi secondo i valori della coesione e della solidarietà; è da riconoscere che soltanto quanto si realizzerà questa condizione potrà (forse) segnare l'avvento di una più generale "coscienza sociale", intesa come

ISSN 2036-7821

sensibilità ed interesse per i problemi e le esigenze dell'intera società, nella sua entità organica, la quale specie nell'attuale periodo ha dimostrato la sua assenza ed una forma di individualismo, di cui in buona fede si pensava non più presente nella vita sociale (ed infatti cosa può significare in costanza dell'epidemia virale rifiutarsi di adottare tutte quelle misure di cautela consigliate e gridare in piazze affollate viva la libertà, semmai diffondendo l'infezione virale ad altri; questo atteggiamento di mancanza di sensibilità sociale sta alla pari di chi dolosamente incendia un bosco provocando smottamenti del terreno e slavine; ci si augura che le Procure penali inizino a considerare le evidenti analogie registrabili)[19] .

Nel concludere la presente indagine chi scrive si permette di richiamare l'attenzione sulla validità della strategia interpretativa adottata e da tempo sperimentata, che elegge come oggetto di esame interpretativo non la singola disposizione, né tampoco la dizione letterale di essa, ma procede innanzitutto nella individuazione dei presupposti che dettano la formula letterale della norma e ciò consente anche di scorgere come un vocabolo in essa impiegato con quale specifica inflessione sia stato impiegato; del resto anche per una legge ordinaria, secondo un autorevolissimo insegnamento[20], viene consigliato di procedere in tal modo, muovendo dallo stabilire prima la ratio globale inserita nella legge e poi rivolgere l'attenzione sulla norma specifica da esaminare e se una tale metodologia interpretativa è consigliata per la disposizione di una legge, non è più importante applicarla nella interpretazione di una disposizione Costituzionale nella quale prevale non tanto il profilo tecnico-giuridico quanto i valori (principi) di essenza filosofica-politica, che risultano non esplicitamente dichiarati, bensì sottesi alle disposizioni che ad essi implicitamente si richiamano?

[19] Prima di concludere la presente meditazione si ritiene opportuno soffermarsi su alcune considerazioni di massimo interesse. Si sarà compreso che chi scrive non è pienamente entusiasta dell'azione politico-sociale fin qui esercitata dal potere politico (anzi) in conseguenza la speranza tradita lo induce a rivolgere tale speranza in direzione della Corte Costituzionale la quale diventi sempre più un auspicato "approdo sicuro" dei valori sociali e se si rivolge uno sguardo complessivo sulla sua azione di presenza sembra restituire l'entusiasmo, infatti dopo le prime pronunce nelle quali fissa l'attenzione sulla "utilità sociale" (come ad esempio Corte Cost n 35 del 1961; n. 42 del 1962; n. 54 del 1962; n. 94 del 1976; n. 12 del 1970; n. 200 del 1975 e soprattutto n. 125 del 1963) , sembra aver forzato lo stretto di Gibilterra con un sindacato maggiormente animato da un esame ben più organico della disciplina costituzionale come ad es., nella sentenza n. 203 del 2016, n. 151 del 2018 e soprattutto nella pronuncia n. 50 del 2015 nella quale si legge che la Corte "ha costantemente negato che sia configurabile una lesione della libertà di iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale oltre, ovviamente, alla protezione dei valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'articolo 41, secondo comma "ecc… E chi scrive vede di nuovo all'orizzonte i segni di un tempo che si evolve verso la primavera della cultura costituzionale.

[20] Cfr. Scialoia, Prefazione del Commento alle leggi delle espropriazioni per pubblica utilità di G. Sabatini, edizione Biamonti Torino 1913.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Regulación profesional de los técnicos deportivos y directivas del mercado interior de servicios y de reconocimiento de cualificaciones

di Julián Espartero Casado

(Profesor Titular de la Universidad de León)

Sommario

1. Introducción.- 2. La reglamentación de los servicios profesionales en deporte y su tratamiento en el Derecho comunitario de la competencia.- 3. Las restricciones a la libre prestación de servicios profesionales en el deporte profesional fundamentadas en la exigencia de cualificación.- 4. La previsión de la necesidad de cualificación para la prestación de servicios técnicos en el deporte profesional a la luz de la Directiva 2018/958/UE.

Abstract

The restrictions based on the demand of possession of qualifications can constitute barriers to the free circulation and provision of professional services, preventing the achievement of the Community objective of the internal market. This circumstance thoroughly influences the reality of the profesional services of the sports experts in Spain, since the current Sport Law 10/1990, October 15, imposes requirements of qualification to the experts or trainers who expect to provide their services in official competitions. This has generated tensions regarding the Community regulations of the competency, without having take place no change of this noted regulation, despite the time passed. Therefore, the difficulties that can find the new normative draft expected are analysed here.

ISSN 2036-7821

1. Introducción.

Sobre la base de un enfoque global tendente a la configuración de un verdadero mercado interior de servicios, el Consejo aprobó la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006[1], relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como «Directiva de Servicios». Su ámbito objetivo se cifra, por tanto, en la identificación de qué se haya que entender por tales, de modo que la Directiva señala que «A efectos de la presente Directiva se entenderá por: 1) "servicio" cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado» (art. 4.1).

Esto es, y en los términos del señalado precepto del Tratado de la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCEE) -vigente artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)-, «se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenderán, en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de las profesiones liberales. Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».

En definitiva, la pretensión de esta emblemática normativa descansa en la implementación efectiva del libre acceso a las actividades económicas y en el carácter restrictivo de las limitaciones que puedan establecerse en el mismo, de modo que se instituya la igualdad efectiva de derechos en el ejercicio de dichas actividades. En tal sentido, tempranamente, vino a llamarse la atención[2] respecto del hecho de que la Directiva de servicios realizaba un señalamiento preciso entre los mismos de las llamadas «profesiones reguladas». Debiéndose entender por tales[3], la actividad o conjunto de actividades profesionales así definidas, a su vez, en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre[4], relativa al

[1] DOUE-L nº 376, de 27 de diciembre.

[2] En tal sentido, M. Carlón Ruiz, «El impacto de la trasposición de la Directiva de Servicios en el régimen de los colegios profesionales», en *Revista de Administración Pública*, nº 183, 2010, pp. 99-137.

3 Por expresa remisión de lo dispuesto en su artículo 4.11.

[4] DOUE-L nº 255, 30 de septiembre. La misma fue objeto de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico mediante el RD 1837/2008, de 8 de noviembre (BOE nº 280, de 20 de noviembre), por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado.

ISSN 2036-7821

reconocimiento de cualificaciones profesionales y en la que se dispone que «1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) "profesión regulada", la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales (…)» (art. 3).

Es un hecho evidente que las restricciones sustentadas en la exigencia de tenencia de cualificaciones pueden constituir barreras a la libre circulación y prestación de servicios profesionales, impidiendo la consecución del objetivo comunitario del mercado interior. Esta circunstancia no resulta ajena a la realidad del deporte profesional en España, pues tenemos cómo nos encontramos en un ámbito en el que las federaciones deportivas españolas -con base en la determinación legal prescrita en el artículo 55.4 de la vigente ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte- imponen exigencias de cualificación a las que deben subordinarse los profesionales que pretendan llevar a cabo la prestación de servicios de carácter técnico en clubes que participen en competiciones oficiales. Como es conocido, esto ha generado tensiones en relación con la normativa comunitaria de la competencia, sin que, a pesar del tiempo transcurrido, se haya producido ningún cambio de esta señalada regulación.

Todo ello a pesar de que, en los últimos años, se hayan producido en España lo que pudiéramos denominar "amagos" normativos, cuya configuración aventuraba posibles focos de fricción con la realidad que representa la regulación normativa española. Tal fue el caso, en el marco de las reformas estructurales recogidas en la Estrategia Española de Política Económica –lanzada en septiembre de 2012 y actualizada en abril de 2013-, de la aprobación por el Consejo de Ministros del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, el 2 de agosto del presente año. El referido Anteproyecto entraba en relación directa con dos directivas de la UE: la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Ello con el objetivo de aportar más flexibilidad y competencia a la economía, ayudar a contener los márgenes y costes empresariales, mejorar la calidad de los factores productivos y facilitar la asignación de recursos hacia los sectores más competitivos. De hecho se destacaba por el propio Anteproyecto que «esta ley debe considerarse complementaria a la Ley (…) de Garantía de Unidad de Mercado dado que ambas tienen como objetivo la creación de un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas y la eliminación de las barreras y obstáculos existentes a través de la aplicación de los principios de buena regulación económica. Esta ley, en concreto estaría aplicando dichos principios al sector de los servicios profesionales y a las restricciones al acceso basadas en la cualificación».

ISSN 2036-7821

Es un hecho que este proyecto normativo nonato, de haber visto la luz, habría tenido un efecto decisivo en la organización de la actividad deportiva desarrollada a través de las federaciones deportivas. El mismo, a grandes rasgos considerado, hubiera dado lugar, muy seguramente, a la remoción de las potestades federativas en materia de la determinación de los requisitos o condiciones que puedan suponer o identificarse como restricciones o barreras al acceso del ejercicio profesional en el deporte. Cuestionando, entonces, la vigencia de todas las actuales normas y reglamentos federativos que implican dicha restricción.

Más recientemente, otra posible fuente de conflictos pudo haber sido la que hubiera generado la regulación que se proyectaba en el Anteproyecto de una nueva Ley del Deporte, aprobado en Consejo de Ministros el 1 de febrero de 2019, en relación con la prestación de servicios profesionales de los entrenadores, pues «se recoge la necesidad de que dispongan de titulación oficial o certificado de profesionalidad equivalente, respetando los criterios establecidos en la Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones»[5]. De modo que estas reglamentaciones habrían de ajustar al máximo sus fines y efectos para impedir que el desarrollo y organización de la actividad deportiva que ahora les compete, pudiera afectar al ejercicio de actividades de carácter técnico profesional en relación con la misma contrariando los principios y prescripciones que sustentan el objetivo de unidad del mercado a través de la liberación de los servicios profesionales. Lo contrario sería tanto como excluir al ejercicio de las profesiones deportivas en este contexto de la aplicación del principio de la prohibición genérica de restricciones al acceso basadas en la cualificación que efectivamente se pretende.

Finalmente, y con carácter más actual -a finales de diciembre de 2020-, el Gobierno de España convocó, con carácter previo a la elaboración del Proyecto Normativo de Ordenación de determinadas profesiones del deporte[6], una consulta pública en la que había de recabarse la opinión de los sujetos y las organizaciones más representativas potencialmente afectados por esta futura ordenación reguladora. Todo ello, por lo demás, de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Respecto de esta prevista normativa y su promulgación se señala que «Esta norma situará a España entre los países de la UE más avanzados en relación con regulación del sector deportivo, (Conclusiones *Expert Group on Skills and human resources development in*

[5] *Vid*. el Preámbulo del Anteproyecto en relación con el artículo 39. *Entrenadores o técnicos deportivos*. Disponible en http://www.iusport.es/documentos/ANTEPROYECTO-LEY-DEPORTE-010219.pdf. Consulta 12 de febrero de 2019.

[6] *Vid*. el citado documento en http://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:2969bc8b-8d19-4cb1-b8cf-e846247e938a/profesiones-deporte.pdf. Consulta 14 de marzo de 2021.

ISSN 2036-7821

sport), ajustarse a las normativas europeas sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales (Directiva 2005/36/CE) y Reglamentos relacionados con expedición de tarjetas profesionales y a las bases de datos de profesiones reguladas donde aparecen las profesiones del deporte. A su vez permite conectar el catálogo de títulos deportivos de los distintos sistemas con la regulación profesional del sector deportivo»[7].

No cabe duda, pues, de que de nuevo en España se prevé un nuevo intento de regulación de los servicios profesionales deportivos. Lo cual implica con carácter central y nuclear que dicha regulación, debemos insistir, habrá de verificar entre sus objetivos el conseguir que las reglamentaciones deportivas puedan suponer afectación a la pretendida liberalización de los servicios profesionales, en este caso de los técnicos deportivos, en el contexto de la competición oficial, normalmente profesional.

Es, por tanto, esta cuestión la que será objeto de tratamiento a continuación.

2. La reglamentación de los servicios profesionales en deporte y su tratamiento en el Derecho comunitario de la competencia.

Es sobradamente conocido que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) se pronunció por primera vez sobre la aplicabilidad del Derecho Comunitario en el ámbito del deporte, el 12 de diciembre de 1974, en la Sentencia *Walrave*[8]. En la misma el TJCE declaró que el deporte constituye una actividad económica en el sentido del artículo 2 del TCEE y, por tanto, resulta ser un ámbito susceptible de aplicación del Derecho Comunitario, pues implica una prestación de trabajo o servicio remunerado que «está comprendida más especialmente en el ámbito de aplicación de los artículos 48 a 51 o 59 a 66 del Tratado, respectivamente». Asimismo, el TJCE se pronunció afirmativamente sobre la cuestión relativa a la aplicabilidad del Derecho comunitario a los reglamentos de las federaciones deportivas, pues «(...) no sólo se impone a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios»[9]. En previsión de evitar que «actos realizados en el ejercicio de su

[7] *Ibidem*.

[8] J Walrave y Koch c/ U.C.I. Asunto 36/74. Rec. 1974, 2, págs. 1405-1417.

[9] *Vid*. apartado 8. Lo contrario, efectivamente, devendría en la paradójica situación que podría suponer el hecho de que el establecimiento de reglas privadas tuvieran como consecuencia la aplicación desigual del Derecho Comunitario en función de unas normas de origen privado que regulan un concreto sector del mercado de trabajo en uno o varios, como era el caso, Estados miembros. Por tanto el Tribunal remarca claramente con esta interpretación que el efecto útil del artículo 48 sería aniquilado si estuviera desprovisto de todo «efecto directo horizontal». Sobre la consagración del efecto directo horizontal, A. ALLÚE BUIZA, «Poder Estatal, Poder Comunitario y actividad deportiva», en *Revista de Estudios Europeos*, Universidad de Valladolid, nº 2, 1992, p. 90, consideraba que el fallo del Tribunal «(...) consagró la doctrina del "efecto directo horizontal" (...). Si el efecto directo vertical como característica primigenia del Derecho Comunitario exige la abolición por los Estados

ISSN 2036-7821

autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público (...)»[10], pudieran llegar a erigirse como obstáculos a la libre circulación de las personas y a la libre prestación de los servicios entre los Estados miembros.

Estos tempranos planteamientos citados, bien sabido es, se han visto largamente refrendados por una reiterada jurisprudencia comunitaria, así como por la actuación de las instituciones de la Unión Europea (en adelante, UE) y han comportado la obligatoriedad de que los reglamentos y normativas federativas, incluidas las relativas a la organización del deporte de competición, queden sometidas, en general y dejando a salvo aquellos supuestos integradores de la denominada especificidad del deporte, al Derecho de la competencia de la UE. Más concretamente, los casos Meca Medina[11] y Piau[12] fueron las primeras sentencias del TJCE que aplicaron las normas de la competencia comunitaria[13] al sector deportivo.

En la primera de ellas, el Tribunal aclaró que «cuando una actividad deportiva tiene carácter de actividad por cuenta ajena retribuida o de prestación de servicios retribuida que es el caso de los deportistas semiprofesionales o profesionales, entra, en particular, en el ámbito de aplicación de los artículos 39 CE y siguientes, o de los artículos 49 CE y siguientes. (…) las normas que regulan dicha actividad deben cumplir los requisitos de aplicación de estas disposiciones que, en particular, buscan garantizar la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios o la competencia»[14].

---

miembros de obstáculos a la libre circulación de personas y libre prestación de servicios, esta característica estaría en permanente tela de juicio si no se ampliara a las reglamentaciones privadas (...)». En similar sentido, D. O'KEEFFE, y P. OSBORNE, «L'Affaire Bosman: un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché Unique Européen», en *Revue du Marché Unique Européen*, 1-1996, pp. 17-44.

[10] *Ibidem*, aptdo. 18.

11 Asunto C-519/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 18 de julio de 2006, David Meca Medina e Igor Majcen/Comisión (Recurso de casación interpuesto el 22 de diciembre de 2004 por D. Meca-Medina e I. Majcen contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2004 por la Sala Cuarta del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el asunto T-313/02, D. Meca-Medina e I. Majcen contra Comisión de las Comunidades Europeas, apoyada por la República de Finlandia). DOUE-C nº 24, de 16 de septiembre.

[12] Asunto C-171/05 P: Auto del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2006, Laurent Piau/Comisión de las Comunidades Europeas, Fédération Internationale de Football Association (FIFA). DOUE-C, nº. 154, de 1 de julio.

[13] *Vid*. J. M. Cortés Martín, «Deporte profesional y Derecho europeo de la competencia en la jurisprudencia del TJCE», en Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 28, 2007, pp. 857-882.

[14] La impresión doctrinal al respecto fue bien precisa y en tal sentido M. Colucci, L'Autonomia e la Specificità dello Sport nell'Unione europea, en *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, II, 2, 2006, p. 32, ilustrando el parecer doctrinal mayoritario, afirmaba que dicha resolución implica que las organizaciones deportivas seguirán siendo responsables de la organización y reglamentación de sus respectivas disciplinas deportivas, lo cual «no implica necesariamente distorsionar las propias normativas deportivas pero sí el que se deban concebir las mismas de tal manera que tengan en consideración los derechos de los ciudadanos comunitarios y los principios básicos de una concurrencia deportiva, aunque también "económica", leal». No obstante, este planteamiento no fue doctrinalmente celebrado de forma unánime, como puede verse, por todos, en G. Auneau, L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualification des règles sportives, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, XLIII,n º 2, 2007, pp. 365-377; P. ICARD, La spécificité du sport menacée?, in *Recueil Le Dalloz*, nº 9, 2007 pp. 635-639; C. MIÈGE, Contrôle d'une réglementation anti-dopage au regard des règles communautaires de concurrence,

ISSN 2036-7821

Por su parte, y en lo que aquí interesa, en el asunto Piau la jurisprudencia comunitaria reafirmó que los clubes de fútbol y las asociaciones nacionales que los agrupan son respectivamente empresas y asociaciones de empresas en el sentido del Derecho comunitario de la competencia; por consiguiente, la propia FIFA, que reúne a las asociaciones nacionales, es una asociación de empresas. A continuación, el Tribunal de Primera Instancia señaló que el Reglamento sobre los agentes de jugadores cuestionado, constituía una decisión de una asociación de empresas y que la profesión de agente de jugadores era una actividad remunerada y, por tanto, una actividad económica de prestación de servicios que no se encuadraba dentro de la especificidad deportiva tal como era definida por la jurisprudencia. Asimismo, el Tribunal señaló que la exigencia de una licencia para ejercer la profesión de agente de jugadores constituye una barrera al acceso a esta actividad económica y afectaba al juego de la competencia[15].

Desde entonces, la Comisión ha seguido el enfoque metodológico de la jurisprudencia para evaluar si una norma aprobada por una federación o asociación deportiva infringe los artículos 101 y 102 del TFUE. Bien entendido, en cualquier caso, que el test de legalidad sobre las reglamentaciones federativas susceptibles de producir efectos restrictivos sobre el Derecho de la competencia habrá de ser de ser realizado de forma casuística y ello con la finalidad de determinar la exención normativa en caso de que persiga un objetivo legítimo. Ejemplar ilustración de estas consideraciones resulta ser la Decisión de la Comisión Europea, de 8 de diciembre de 2017, en un procedimiento en materia de competencia (caso AT 40.208[16]) y que consideró que la Unión Internacional de Patinaje («ISU» por sus siglas en inglés) infringe el artículo 101 del TFUE y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo Introducción (en adelante AEEE) al adoptar y aplicar sus

in *La Semaine juridique-édition générale*, II, 10194, 2006, pp. 2227-2229; *J. ZYLBERSTEIN*, Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina, in *Cahiers de Droit Européen*, nº 2, 2007, pp.213-237; *J. ZYLBERSTEIN*, Inquiétant arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Meca – Medina-Ou comment 2 nanogrammes de nandrolone pourraient bouleverser le sport, in *Cahiers de Droit du Sport*, nº 7, 2007, pp. 174-192.

[15] En relación con la misma, por todos, *vid*. E. de la Iglesia Prados, *Derecho Patrimonial Privado y Deporte*, Madrid, Editorial Reus, 2016, pp. 221-222; J. ESPARTERO CASADO, « La regulación de los agentes/intermediarios en el ámbito del fútbol y su problemática desde la perspectiva normativa comunitaria y española», en *Amministrativ@mente Rivista Scientifica di Diritto Amministrativo*, nº 3, 2019, pp. 11 y ss. (Disponible en http://www.amministrativamente.com/article/view/13047/11811. Acceso 3 de noviembre de 2019); E. Indraccolo, «Intermediazione fra club sportivi e atleti militanti in categorie dilettantistiche: regole federali e unitarietà dell'ordinamento negli stati membri dell'unione europea», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 2 bis, 2015, pp.77-104. (Disponible en http://revista-aji.com/articulos/2015/77-104.pdf. Acceso 11 de enero de 2018); J.-M. Marmayou, «La compatibilité du nouveau règlement FIFA sur les intermédiaires avec le droit européen», en *Les cahiers de droit du sport*, 2015, pp.15-42. (Disponible en https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01310555/document. Acceso 3 de noviembre de 2019).

[16] *Vid*. DOUE-C nº 148, de 27 de abril.

ISSN 2036-7821

Normas de elegibilidad[17], dado que restringen la posibilidad de los deportistas de participar en acontecimientos de patinaje de velocidad internacionales organizados por terceros y, de este modo, impiden el acceso al mercado para la organización y la explotación comercial de acontecimientos de patinaje de velocidad internacionales al privar a otros posibles organizadores de acontecimientos de patinaje de velocidad de los servicios de los deportistas que son necesarios para organizarlos.

En su consecuencia, la Comisión determinó que, según los Reglamentos Generales de la ISU, las normas de elegibilidad son vinculantes para todos los miembros y sus clubes afiliados y, por consiguiente, las mismas coordinan la conducta de los miembros de la ISU y constituyen una decisión de una asociación de empresas a tenor del artículo 101.1 del TFUE, que tiene por objeto la restricción de la competencia a tenor de lo dispuesto en dicho artículo[18].Todo ello, además, declarándose expresamente que en el caso de las normas examinadas no se cumplían los criterios de exención de las normas de la competencia sentados por la Sentencia Meca Medina[19].

Sentadas estas precedentes consideraciones, es un hecho que, a pesar del significativo impulso experimentado en España por la liberalización de los servicios preconizada por implementación de la Directiva de Servicios en 2006 y su transposición[20] al Ordenamiento jurídico nacional, el deporte tampoco ha podido sustraerse a la generalizada realidad que determina que, a día de hoy, los objetivos y reformas

[17] «Según las Normas de elegibilidad de la ISU de 2014, en vigor en el momento en que la Comisión recibió la denuncia y en esencia en vigor desde 1998, un patinador de velocidad quedaba excluido de por vida de los acontecimientos de patinaje de velocidad internacionales de la ISU (incluidos el Campeonato de Europa, el Campeonato del Mundo y los Juegos Olímpicos de Invierno) si había participado en cualquier acontecimiento de patinaje de velocidad no autorizado por la ISU o alguno de sus miembros. Según las Normas de elegibilidad de 2016 (actualmente en vigor) un patinador de velocidad que participe en acontecimientos no autorizados está sujeto a sanciones que van desde una advertencia a la exclusión durante períodos que oscilan entre un mínimo sin especificar hasta un máximo de por vida» (aptdo. 7).

18 Sobre dicha circunstancia C. Miège, «Pratiques anticoncurrentielles: le sport visé par la Commission européenne», en *Mediapart*, 3 de enero de 2018. Disponible en https://blogs.mediapart.fr/sport-and-citizenship/blog/030118/pratiques-anticoncurrentielles-le-sport-vise-par-la-commission-europeenne. Acceso el 30 de octubre.

[19] Pues «las Normas de elegibilidad no son ni inherentes a la consecución de objetivos legítimos, ni proporcionadas para alcanzar dichos objetivos, en particular a la vista del carácter desproporcionado de las sanciones de exclusión de la ISU (que llegan hasta la exclusión de por vida) y al hecho de que los deportistas son sancionados por participar en acontecimientos no autorizados, sin que la autorización de los acontecimientos de terceros se base en criterios claros, objetivos, transparentes y no discriminatorios. Las Normas de elegibilidad no quedan, por lo tanto, fuera de la aplicación del artículo 101 del TFUE» (aptdos. 20 y 21).

[20] Materializada a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Sobre dicha transposición y sus efectos, por todos, *vid*. L. Miguez Macho, « El impacto de la Directiva de Servicios en el Ordenamiento jurídico español», en D. Santiago Iglesias y M. Bertel (Dirs.), *Libre prestación de servicios y administración local análisis comparado de la transposición de la Directiva Bolkestein diez años después*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 189-224.

pretendidos no han sido enteramente internalizadas por todos los agentes e instituciones que intervienen en la actividad de prestación de los servicios, situación que provoca que se mantengan importantes restricciones a la competencia efectiva en este mercado[21]. Frente a dichas circunstancias la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) ha venido reclamando largamente que se apruebe en España una ley de colegios y servicios profesionales, en pro del aseguramiento de un régimen de acceso y ejercicio de los servicios profesionales respetuoso con la competencia y la regulación económica eficiente. De tal manera que, en tanto en cuanto no se produzca dicha aprobación, la CNMC recomienda «partir de un régimen general de libre acceso (…) y limitar las restricciones a supuestos recogidos en normas con rango de ley, y debidamente justificados por motivos de necesidad, proporcionalidad y no discriminación»[22].

Recomendación esta que se hizo extensiva también en el ámbito del deporte, como se acaba de señalar, pues la CNMC hace tiempo que se manifestó indicando expresamente la necesidad de que la prestación de servicios en el mismo funcione de forma eficiente y se procedan a eliminar restricciones innecesarias a la actividad, en su *Informe (INF/CNMC/0001/15) sobre las condiciones de acceso y ejercicio de la profesión de entrenador de fútbol en competiciones deportivas*[23], de 2 de junio de 2015, toda vez que se señalaban en el mismo una serie de inflexiones de la normativa reguladora de esta actividad en relación con los principios de regulación económica eficiente y promoción de la competencia contenidos en la Directiva de Servicios.

3. Las restricciones a la libre prestación de servicios profesionales en el deporte profesional fundamentadas en la exigencia de cualificación.

Con el objetivo de reducir al mínimo indispensable los obstáculos que puedan erigir las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que restringen el acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio de una actividad o conjunto de actividades profesionales, sometiéndolo a la posesión de determinadas

[21] De ello puede resultar ilustrativo el «Informe sobre España 2018, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo Semestre Europeo 2018: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011», publicado el 7 de marzo de 2018. En el mismo se venía a señalar cómo «Si bien la Ley de garantía de la unidad de mercado lleva en vigor cuatro años, la adaptación de la legislación sectorial a sus principios ha sido lenta. (…) No se han adoptado medidas para reformar la normativa en función del tamaño o liberalizar los servicios profesionales, lo cual había sido objeto de recomendaciones en años anteriores» (p. 7). Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-spain-es.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2019.

[22] *Informe de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia IPN/CNMC/004/19 Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial*, de 4 de marzo de 2019, p. 7. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2364446_3.pdf. el 2 de noviembre de 2019.

[23] Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/779599_10.pdf. Consultado el 11 de diciembre de 2016.

ISSN 2036-7821

cualificaciones profesionales, el Derecho Comunitario bien pronto vino a promulgar directivas tendentes a la regulación específica de los derechos de los ciudadanos individuales en el campo de los títulos, diplomas o certificados y facilitando la libre circulación de profesionales en el ámbito de la Unión Europea, eliminando las restricciones nacionales a la competencia y favoreciendo el establecimiento de políticas comunes en este campo. De hecho, la aludida Directiva 2005/36/CE vino a subvenir las deficiencias que planteaba la existencia de divergentes directivas comunitarias reguladoras de la materia, remplazando a las mismas y configurándose como una directiva única encargada de regular el reconocimiento de las cualificaciones profesionales[24].

Atendiendo a tales objetivos pretendidos, si se hace extrapolación de los mismos al contexto del deporte español, habrán de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones. En primer lugar, resulta determinante la aludida disposición que hace la vigente Ley 10/1990 del deporte, relativa a que «4. Para la participación en cualquier competición deportiva oficial, además del cumplimiento de los requisitos específicos que se exijan en cada caso, de acuerdo con el marco competencial vigente, será preciso estar en posesión de una licencia deportiva autonómica, que será expedida por las federaciones deportivas de ámbito autonómico que estén integradas en la correspondiente federación estatal, según las condiciones y requisitos que se establecerán reglamentariamente»[25] (art. 32).

Por consiguiente, la licencia federativa está configurada como título habilitante[26] necesario para la participación en competiciones deportivas oficiales, de modo que su tenencia resulta decisiva a los efectos de la prestación de servicios profesionales deportivos. De aquí que su naturaleza inserte plenamente en la categoría de las autorizaciones administrativas, como bien confirmara el decisivo Auto de la Sala de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 2001, cuando, ante la cuestión de si la expedición de la licencia entraba en el ámbito de las funciones públicas delegadas a las federaciones en su condición de agentes colaboradores de la Administración, declaraba que,

«La respuesta parece ser afirmativa (…) las licencias (…) tienen conexión (…) con las materias propias del derecho administrativo, cual son las habilitaciones o

[24] Sobre el particular *vid*. Terol Gómez, R., «Las titulaciones profesionales y el Derecho de la Unión Europea», en A. Palomar Olmeda, J. Espartero Casado. y R. Terol Gómez, I*nforme sobre la regulación del ejercicio profesional en el ámbito del deporte. Viabilidad de una Ley Estatal ordenadora de la profesión de educador físico deportivo*, pp. 44-65. Disponible en https://www.consejo-colef.es/copefd. Consultado el 30 de mayo de 2019.

25 Asimismo, el RD 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas vino a desarrollar la regulación de la licencia federativa a la par que remachaba su caracterización como condición indispensable para la participación en competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal «Para la participación en actividades o competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal será preciso estar en posesión de una licencia expedida por la correspondiente Federación deportiva española» (art. 7.1).

[26] Sobre este tema *vid*. el trabajo de Prados Prados, S., *Las licencias deportivas*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 131-146.

ISSN 2036-7821

autorizaciones, y ello porque, a) la licencia federativa constituye título habilitante para participar en competiciones oficiales deportivas de ámbito estatal –artículos 32.4 de la Ley del Deporte y 7.1 del RD sobre Federaciones Deportivas– y, consecuentemente, su otorgamiento y contenido incide en la organización de las competiciones deportivas de ámbito estatal. El alcance y contenido de este título habilitante –similar, "*mutatis mutandi*", por ejemplo, a una autorización o permiso de residencia, que también se exige para el ejercicio de la prestación de trabajo para extranjeros– forma parte del "marco general" de las competiciones, y se inscribe en la esfera de fomento de empleo, que el Estado viene obligado a fomentar y garantizar, conforme al artículo 43.3 de la Constitución. b) la licencia del jugador de fútbol que se concibe como "documento expedido por la RFEF que le permite la práctica de tal deporte como federado y su alineación en partidos y competiciones oficiales" (artículo 129.2 del Reglamento General), constituye una manifestación de la llamada Administración Corporativa, cuya función viene sometida al derecho administrativo, y a su régimen de recursos, de modo que los actos realizados en ejercicio de la función delegada por la administración deportiva son recurribles ante el Consejo Superior de Deportes, cuyas resoluciones agotan la vía administrativa» (FD. 2º).

Por tanto, la licencia deportiva se inscribe plenamente en la categoría de las autorizaciones administrativas[27] y esta condición se hace aún más incisiva en el caso de los técnicos o entrenadores deportivos. Dado que la prestación de sus servicios profesionales no sólo se hace depender de la posesión de la misma, como en su momento pusimos de manifiesto[28], sino que además su expedición aparece condicionada a la tenencia de concretas cualificaciones. En efecto, la vigente Ley 10/1990 estipula que «Las Federaciones Deportivas Españolas que impongan condiciones de titulación para el desarrollo de actividades de carácter técnico, en Clubes que participen en competiciones oficiales, deberán aceptar las titulaciones expedidas por los centros legalmente reconocidos» (art. 55.4).

Por tanto, reconocida implícitamente *ex lege* la potestad federativa de imponer «condiciones de titulación para el desarrollo de actividades de carácter técnico»[29], la

[27] Que, al decir del autorizado parecer de los profesores García de Enterría, E. y T.-R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 8ª Edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 135, nota 6, suponen que «una actividad privada es consentida por la Administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar. La intervención de la Administración por vía de consentimiento del ejercicio de la actividad se configura siempre como requisito necesario de dicho ejercicio, que de otro modo, o bien no podría desplegarse válidamente o bien se vería privado de efectos jurídicos (…)».

[28] *Vid*. J. Espartero Casado, «Los proyectos de ley de racionalización del sector público, unidad del mercado y servicios y colegios profesionales. Posibles efectos y consecuencias en la regulación de las profesiones deportivas», en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 42, 2014, pp. 45-112.

[29] Consideración esta, por otra parte, que posteriormente también resultó ser sostenida por la CNMC en su *Informe (INF/CNMC/0001/15) sobre las condiciones de acceso y ejercicio de la profesión de entrenador de fútbol en competiciones deportivas*, ob. cit., p. 13, «el artículo 55 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, sin perjuicio de otorgar la competencia al Gobierno para regular las enseñanzas de técnicos deportivos permite sin embargo a

ISSN 2036-7821

prestación de estos servicios en el marco de la competición oficial requiere estar en posesión del correspondiente título académico o de diploma o certificado federativo[30]. Todo lo cual conlleva que resulta evidente que la prestación de servicios técnicos en el deporte se configure como una profesión regulada en los términos que dispone la Directiva 2005/36/CE. Amén de la afectación de los principios de regulación económica eficiente y promoción del Derecho de la competencia, contenidos en la Directiva 2006/123/CE, que ello pudiera suponer. Así, al menos, se señalaba por la CNMC en su reiterado *Informe (INF/CNMC/0001/15)*, respecto de las condiciones de acceso y ejercicio de la profesión de entrenador deportivo, en cuanto que, de acuerdo con los principios de regulación económica eficiente y promoción de la competencia contenidos en la Directiva de Servicios –así como su transposición en España a través de la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y también en la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado-, «el acceso a la prestación de un servicio sólo se puede restringir por una "razón imperiosa de interés general". La normativa nacional mimetiza la comunitaria en su definición de este concepto, incluyendo una lista limitativa de supuestos entre los que no está ninguna circunstancia aparentemente aplicable al caso de la profesión de entrenador en el deporte del fútbol»[31].

En este estado de la cuestión, se enmarcaba la previsión contemplada en el Anteproyecto de nueva Ley del deporte aprobado por el gobierno en febrero de 2019 y que lleva largo tiempo paralizado, en el que se llevaba a cabo una «Nueva clasificación de los actores del deporte… [y] … Se hace a su vez un reconocimiento legal de la labor de técnicos deportivos (…), dando la posibilidad de su inclusión como deportistas de alto nivel (…)»[32]. Así, el reiterado Anteproyecto establecía que «1. Se consideran entrenadores o técnicos deportivos aquellas personas que disponen

las Federaciones deportivas españolas imponer condiciones de titulación para el desarrollo de actividades de carácter técnico en clubes que participen en competiciones oficiales». Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/779599_10.pdf. Acceso el 11 de diciembre de 2016.

[30] *Vid*. en este sentido y a título ilustrativo el Reglamento de la Real Federación Española de Baloncesto, «Para que un entrenador pueda suscribir licencia por un Club deberá reunir las condiciones siguientes: a) Poseer el certificado de entrenador reconocido por la Federación Española de Baloncesto o un título oficial de técnico deportivo en baloncesto» (art. 33); Reglamento de la Real Federación Española de Hockey «Para que un entrenador pueda suscribir licencia con un club deberá reunir las condiciones siguientes: Poseer el diploma expedido por la R.F.E.P. o título expedido conforme a la normativa en vigor» (art. 37); Reglamento de la Real Federación Española de Remo «Podrá concederse licencia federativa a las personas físicas (…) en los siguientes estamentos: (…) b. Entrenadores de Remo o Entrenadores Nacionales (según lo establecido en la Normativa de la Escuela Nacional de Remo) o entrenadores de nivel 3 que acredite la titulación en la especialidad de remo conforme a lo que se establece en la Orden ECD/3310/2002, de 16 de diciembre, que regula las enseñanzas del llamado periodo transitorio».

[31] *Informe (INF/CNMC/0001/15) sobre las condiciones de acceso y ejercicio de la profesión de entrenador de fútbol en competiciones deportivas*, ob. cit., p. 11.

[32] *Vid*. la semblanza sumaria del Anteproyecto en https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/010219-enlaceleydeporte.aspxdel. Consultado el 5 de noviembre de 2020.

ISSN 2036-7821

de la titulación oficial o los certificados de profesionalidad equivalentes de conformidad con la legislación vigente. 2. Corresponde a los entrenadores o técnicos deportivos ejercer, respecto a equipos y deportistas, las funciones necesarias para la preparación y la participación en competiciones de cada modalidad o especialidad, velando por su seguridad y salud en la práctica deportiva. 3. Para la realización de su función deben obtener una licencia deportiva en los términos generales que se establecen en la presente Ley»[33] (art. 39).

Del mismo modo la previsión normativa constituida por el pretendido Proyecto Normativo de Ordenación de determinadas profesiones del deporte, determina la «necesidad y oportunidad de su aprobación» en que,

«Diversas Comunidades Autónomas, a través de sus respectivas leyes de deporte o en leyes específicas sobre profesiones del deporte, han regulado sobre la materia y en algunos casos las denominaciones empleadas para configurar las diferentes profesiones no son coincidentes entre sí, en otros casos y de manera parcial se encuentra regulada la práctica profesional de las actividades de riesgo. Por todo ello se hace necesario avanzar en la armonización de las diferentes regulaciones autonómicas estableciendo denominaciones comunes, funciones diferenciadas y titulaciones equilibradas a su desarrollo laboral.

Actualmente, las federaciones deportivas españolas exigen titulación para la participación en sus competiciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, lo que se transforma en una regulación "de facto", condicionando el acceso a las funciones de entrenador mediante la exigencia de títulos, formación o capacitación y en algunos casos experiencia, y consecuentemente estableciendo una regulación profesional del empleo de entrenador/a deportivo/a, que se realiza al margen de la Administración.

Con relación a la necesidad de la regulación del ejercicio de las profesiones del deporte el Tribunal Constitucional ya afirmó en su Sentencia 194/1998, de 1 de octubre, que "la propia Constitución contiene un mandato a los poderes públicos para que fomenten la educación física y el deporte (artículo 43.3 de la CE) y que tales actividades aparecen, por otra parte, estrechamente vinculadas con la salud a la que se refiere el apartado 1 del mismo artículo 43.3 CE, de suerte que no sólo son un medio para su mantenimiento, sino que permite evitar las repercusiones negativas que sobre la misma puede tener un ejercicio no adecuado de las diversas actividades físicas y deportivas, especialmente en aquellos deportes cuyo ejercicio conlleva un riesgo muchas veces no pequeño. Sin que pueda, por otra parte, desconocerse la importancia y valoración cada vez mayor de estas actividades, a las que los poderes públicos vienen respondiendo con el establecimiento de nuevas exigencias de cualificación para los profesionales dedicados a las mismas".

[33] *Vid*. http://www.iusport.es/documentos/ANTEPROYECTO-LEY-DEPORTE-010219.pdf , *supra*, nota nº 6.

ISSN 2036-7821

Esta propuesta de regulación del sector, recoge las demandas que provienen desde distintos sectores deportivos, profesionales y educativos»[34].
Todo ello sin que pueda olvidarse que, como se ha dicho *supra*, con ello se pretende el ajuste a la normativa europea sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales. Así pues, ¿qué recorrido podría tener esta nueva previsión legislativa sobre la base del respeto a los criterios establecidos en la Directiva 2005/36/CE, así como en la Directiva 2018/958/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones?

4. La previsión de la necesidad de cualificación para la prestación de servicios técnicos en el deporte profesional a la luz de la Directiva 2018/958/UE.
En el año 2010, comenzó un proceso de evaluación y de modernización de la Directiva de reconocimiento de cualificaciones y en el mismo se consideró que era conveniente realizar un análisis en relación con el elevado número de profesiones reguladas en territorio comunitario y la disparidad en las regulaciones en la UE, pues se consideraba que dichas regulaciones y su gran diversidad podrían, en muchos casos, constituir un obstáculo a la movilidad profesional. Lo que culminó con la aprobación de la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013[35], por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) nº 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»). Resultando especialmente significativo cómo el nuevo artículo 59 de la Directiva venía a establecer, entre otras cosas, que «3. Los Estados miembros examinarán si, en su ordenamiento jurídico, los requisitos que limitan el acceso a una profesión o su ejercicio a los titulares de un título de formación específica, en particular la utilización de títulos profesionales y las actividades profesionales autorizadas sobre la base de dicho título, denominados en el presente artículo "requisitos", son compatibles con los principios siguientes: a) los requisitos no podrán ser ni directa ni indirectamente discriminatorios por razón de nacionalidad o de lugar de residencia; b) los requisitos deberán estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) los requisitos deberán ser los adecuados para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos y no exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo»[36].

[34] *Vid*. http://www.iusport.es/documentos/ANTEPROYECTO-LEY-DEPORTE-010219.pdf , *supra*, nota nº 5.
[35] DOUE- L nº 354, de 12 de diciembre.
[36] BOE nº 138, de 10 de junio. En este sentido, debe de tenerse en cuenta que, si bien los mandatos de la Directiva se hicieron efectivos el 18 de enero de 2016, ello no tendría lugar en España sino hasta casi un año más tarde. Asimismo, como destacan E. Córdoba Azcárate y M. D. Martín Villalba, «La aplicación del Test de proporcionalidad», en Revista Española de Educación Física y Deportes, nº 425, 2019, p. 60, «Esta norma viene a derogar el citado Real Decreto 1837/2008, que en su momento transpuso la Directiva 2005/36, si bien el legislador

ISSN 2036-7821

Dada la transposición al Ordenamiento jurídico español de esta Directiva mediante el RD 581/2017, de 9 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, la antecitada previsión se recoge en el artículo 81, llevándose a cabo así la asunción por España del mandato europeo de revisar la proporcionalidad de la regulación de sus profesiones. A tal fin resulta crucial la Directiva 2018/958/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio[37], de 2018 relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones[38] y lo que ello puede conllevar en relación con las profesiones reguladas del deporte. Dicha Directiva debe aplicarse con carácter adicional a la Directiva 2005/36/CE y su finalidad radica en establecer normas aplicables a las evaluaciones de proporcionalidad que los Estados miembros deben realizar antes de introducir nuevas regulaciones profesionales o de modificar las existentes, para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, a la vez que se garantiza la transparencia y un nivel elevado de protección de los consumidores.

A tal fin, su ámbito de aplicación refiere «1. (…) a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros que restringen el acceso a una profesión regulada o su ejercicio, o una de sus modalidades de ejercicio, como puede ser el uso de títulos profesionales y las actividades profesionales permitidas en virtud de dicho título, que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/36/CE» (art. 2). De tal manera que «Cuando el acceso a actividades por cuenta propia o ajena y su ejercicio estén supeditados al cumplimiento de determinados requisitos relacionados con cualificaciones profesionales específicas, establecidos de forma directa o indirecta por los Estados miembros, es necesario garantizar que dichos requisitos estén justificados por objetivos de interés público, como los que se consideran como tales en el TFUE, a saber, orden público, seguridad y salud públicas, o por razones imperiosas de interés general, reconocidas como tales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (aptdo. 17).

Por consiguiente, se impone a los Estados miembros la obligación de asegurarse de que las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio, sean ya existentes o que se pretendan introducir, estén justificadas por estos antecitados objetivos de interés público. Asimismo, dicha obligación se extiende a velar que las restricciones al «1.

nacional ha optado por mantener transitoriamente la vigencia de los anexos de este último Real Decreto del 2008 en tanto duren los trabajos de una Comisión Interministerial creada, precisamente, con el objetivo de analizar la evaluación de la proporcionalidad de la regulación de las profesiones reguladas en España a efectos del reconocimiento de las cualificaciones profesionales».

[37] DOUE-L nº 173, de 9 de julio.30

[38] Sobre el tema R. Terol Gómez, «Cualificaciones profesionales y Derecho de la Unión Europea», en *Amministrativ@mente Rivista Scientifica di Diritto Amministrativo*, nº 3, 2019, pp. 329-354. Disponible en http://www.amministrativamente.com/article/view/13128. Consultado el 2 de noviembre.

ISSN 2036-7821

(…) acceso a las profesiones reguladas, o su ejercicio, y las modificaciones que realizan a disposiciones existentes sean necesarias y adecuadas para garantizar la consecución del objetivo perseguido y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo. 2. A tal fin, antes de adoptar las disposiciones a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros deberán considerar: (…) d) la repercusión en la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios dentro de la Unión, en la libertad de elección de los consumidores y en la calidad del servicio prestado» (art. 7). Sin que quepa olvidarse de que la propia Directiva marca un plazo para llevar a cabo su transposición al Derecho interno, de modo que «1. Los Estados miembros pondrán en vigor, a más tardar el 30 de julio de 2020, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión» (art. 13).

Por su parte, y como se anticipaba, las previsiones que se contenían en el ahora parado Anteproyecto de Ley del Deporte, sólo aludían como técnicos o entrenadores deportivos a aquellos que estuvieran en posesión de «la titulación oficial o los certificados de profesionalidad equivalentes de conformidad con la legislación vigente. 2. Corresponde a los entrenadores o técnicos deportivos ejercer, respecto a equipos y deportistas, las funciones necesarias para la preparación y la participación en competiciones de cada modalidad o especialidad, velando por su seguridad y salud en la práctica deportiva. (…)».

A la luz de este acervo comunitario, creemos que esta medida prevista en dicho Anteproyecto no terminaría con las disensiones normativas señaladas en su relación con el Derecho de la competencia. Es más, si se materializara la reforma propuesta –en cuanto que significa que ya no serían las federaciones potestativamente sino el Estado quien, en todo caso, determinara la necesidad de posesión de cualificaciones a los técnicos deportivos para poder llevar a cabo la prestación de sus servicios profesionales-, la situación contextual pudiera verse más seriamente afectada, dado que ello puede implicar una mayor fricción, todavía, con el variado paquete de medidas comunitarias en el sector servicios iniciadas en el año 2017 y que incluyó, entre otras, la reiterada Directiva 2018/958/UE.

Y ello, básica y nuclearmente, porque vistos los precedentes constituidos por las consideraciones contenidas en el ya reiterado Informe de la CNMC no se alcanza a ver en el contexto del deporte profesional que una previsión normativa de exigencia de cualificación pueda ser objetivamente justificada por motivos de orden público y seguridad o salud públicas, o por razones imperiosas de interés general. Ello, además, de que la referida exigencia de cualificación no parece excluir el certificado o diploma federativo. Lo cual, todo sea dicho de paso y con la sumariedad que requiere la medida concisión de esta exposición, no despeja el problema añadido y expresamente aludido por la CNMC en su informe, en el que se imbricaba la situación que representa la expedición de las denominadas «licencias UEFA», que

ISSN 2036-7821

permiten ejercer la profesión de entrenador de fútbol fuera de España, como mínimo en todo el territorio adscrito a la UEFA. De tal manera que la competencia para expedir dichas licencias corresponde a las federaciones nacionales de los países afiliados a la UEFA y, en el caso de España, «existe una negativa de la RFEF a otorgar estas "licencias UEFA" a personas que están en posesión de un título oficial de TD o TDS pero que no han obtenido dicha formación a través de la RFEF o de sus Federaciones autonómicas asociadas»[39].

A este respecto debe de tenerse en cuenta, además, que esta situación ha experimentado un nuevo brote de fricción, con la denuncia formal de la misma ante la Comisión Europea. A ello ha venido a sumársele la intervención judicial en la materia que ha supuesto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Majadahonda (Madrid), de 2 abril de 2019. De modo que ha dado lugar al pronunciamiento favorable a la demanda que interpusiera un Técnico Deportivo Oficial en Fútbol niveles 1 y 2, de formación no federativa, solicitando que le fuera reconocida su titulación y, en su caso, se le expidiera la licencia UEFA análoga a la del título poseído para poder trabajar como tal en su Estado de acogida.

En cualquier caso, esta problemática que parece plantearse en el futuro panorama en relación con el mercado interior de servicios y el reconocimiento de cualificaciones, deberá ser solventada en breve y ello podría resultar más asequible, en nuestra opinión, desde la seguridad que aportaría la existencia de una ley estatal que regulara las profesiones del deporte. En su consecuencia, de continuar adelante, el ahora embrionario Proyecto Normativo de Ordenación de determinadas profesiones del deporte, por esto y por otras importantes circunstancias y realidades, tiene la responsabilidad de afrontar una enorme y decisiva tarea por delante.

[39] *Informe (INF/CNMC/0001/15) sobre las condiciones de acceso y ejercicio de la profesión de entrenador de fútbol en competiciones deportivas*, ob. cit., p. 7.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sull'irresponsabilità dei consiglieri regionali a margine della sentenza n. 165 del 2020 della Corte dei Conti sezione giurisdizionale per la Regione Sicilia

di Francesco Zammartino

(Professore di ruolo di Diritto Amministrativo dell'università degli Studi di Napoli "L'Orientale")

Sommario

1. Premessa - 2. Brevi note sulla vicenda processuale. 3 – Alcuni rilevi in merito all'insindacabilità dei consiglieri regionali per atti di amministrazione – 4. Riflessioni conclusive.

Abstract

Recently the Court of Auditors, jurisdictional section for the Sicily Region was called upon to rule, on the sidelines, on the delicate issue of the unquestionability of the regional councilors, pursuant to art. 122, paragraph IV, of the Constitution; a rule which, as is well known, concerns the functions attributed to the regional councilors which constitute an expression of constitutionally guaranteed autonomy. Judgment no. 165 of 17 April 2020 of the Accounting Judge takes on particular importance, above all in the light of sentence no. 43 of 2019 of the Constitutional Court, with which we tried to make "greater clarity" regarding the extension of the guarantee of the unquestionability of administrative acts in relation to the self-organization powers of the Regional Council. In other words, to establish whether and to what extent the prerogative of irresponsibility could correctly be extended to cover the performance of administrative activities

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Recentemente la Corte dei Conti sezione giurisdizionale per la Regione Sicilia è stata chiamata a pronunciarsi, a latere, sul delicato tema della insindacabilità dei consiglieri regionali, di cui all'art. 122, IV comma, della Costituzione; norma che, come è noto, riguarda le funzioni attribuite ai Consiglieri regionali che costituiscono esplicazione di autonomia costituzionalmente garantita. La sentenza n. 165 del 17 aprile 2020 del Giudice contabile assume, peraltro, un particolare rilievo soprattutto alla luce della sentenza n. 43 del 2019 della Corte costituzionale[1], con la quale si è cercato di fare "maggiore chiarezza" riguardo alla estensione della garanzia dell'insindacabilità di atti di natura amministrativa in relazione ai poteri di autoorganizzazione del Consiglio regionale. In altri termini, stabilire se e fino a che punto la prerogativa dell'irresponsabilità potesse correttamente essere estesa sino a coprire anche lo svolgimento di attività di carattere amministrativo[2].

D'altra parte, il tema della insindacabilità degli atti dei consiglieri regionali riguardo alle opinioni espresse e ai voti dati nell'esercizio delle loro funzioni è di per sé un tema complesso anche dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, in quanto, nonostante esso sia stato oggetto di una progressiva regolarizzazione per effetto di una copiosa giurisprudenza costituzionale[3], i principi ispiratori e i limiti riguardo all'applicazione di tale garanzia, non sembrano ancora del tutto definiti[4].

A tal riguardo non è inutile rievocare, oltre alle lunghissime dispute che ha già ingenerato, e continua a ingenerare, il riconoscimento di siffatta guarentigia ai membri dei due rami parlamentari (art. 68, 1° comma, Cost.), nonché le prese di posizione, peraltro numerose e autorevoli, contrarie all' immunità parlamentare in genere, che la tendenza ad ampliare la guarentigia dell' irresponsabilità anche all'attività amministrativa è stata più volte messa in contrasto, da un lato, coi lavori dell'Assemblea Costituente che « dimostrano, attraverso gli interventi del Mortati , del Perassi, e d'altri ancora, che la guarentigia dell'irresponsabilità fu concessa in considerazione delle funzioni di rilievo costituzionale (politico e legislativo) dei Consigli regionali»[5], e, dall'altro, con l'interpretazione maggioritaria accolta dalla dottrina che ha ricollegato la prerogativa dell'insindacabilità o all'esercizio della

[1] In dottrina di recente, R. ROMBOLI, Nota di richiami, in *Foro it*., I, 2019, p. 2280 ss.; P. GIANGASPERO, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali: alcune conferme e qualche (parziale) novità in due decisioni della Corte costituzionale*, in *Forum costituzionale*, n. 9/2019.

[2] Si v. Corte cost., n. 81/1975, punto 3 Cons. diritto.

[3] Senza pretesa di esaustività, cfr. Corte cost., sentt. nn. 81/1975, 183/1981 69/1985, 379/1996, 30, 195 e 207/2007, 279/2008, 235/2015, 43/2019.

[4] I. CACCIAVILLANI, *Sull'immunità dei consiglieri regionali e dei componenti della Giunta regionale*, in *Giust. pen*., 1973, I, p.11 ss. G. LONG, *Sulla irresponsabilità penale dei consiglieri regionali per i voti dati nell'esercizio delle funzioni amministrative consiliari*, in *Giur. cost*., 1975, pp. 1085-1086.

[5] ***Cosi G. VASSALLI,*** *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento,* ***in*** *Studi in onore di G. Chiarelli****, Milano, 1974, p. 43.***

ISSN 2036-7821

funzione legislativa, o al carattere sovrano dell'organo che ne è investito[6].
Alla luce della sentenza in esame, si cercherà di analizzare un distinto profilo emergente che riguarda l'esecutività dell'insindacabilità dei consiglieri regionali per le deliberazioni in veste di membri dell'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale[7]. A tal riguardo, va, in primis, precisata l'estensione di tale guarentigia che chiama in causa, in un più ampio orizzonte, l'autonomia organizzativa dei Consigli regionali e il rapporto che questa deve avere con le funzioni costituzionalmente attribuite a tale organo. In secondo luogo, è necessario interrogarsi, seppur sinteticamente, sulle analogie e sulle differenze che caratterizzano le funzioni consiliari e quelle parlamentari, sia per ciò che riguarda la loro insindacabilità, sia per il modo in cui queste si collegano alle differenti guarentigie di autonomia organizzativa[8].

2. Brevi note sulla vicenda processuale.

Dalle brevi considerazioni sopra descritte, conviene illustrare in sintesi le vicende concrete dalle quali origina il giudizio poi culminato con la sentenza di cui sopra. In data 10 gennaio 2019, veniva convenuto in giudizio da parte della Procura erariale della Sicilia, il vice presidente dell'Assemblea regionale siciliana, G. L., al quale si contestava, all'epoca dei fatti, di aver procurato un danno erariale alla predetta Assemblea in dipendenza del conferimento di incarichi esterni, privi di effettiva utilità, nonché generici e immotivati, riguardo al triennio 2015/2017. Tali incarichi sarebbero stati svantaggiosi, secondo la pubblica accusa, perché affidati in presenza di risorse umane all'interno dell'amministrazione, e dal momento che avrebbero riguardato attività di carattere ordinario non comportanti casi di rilevante difficoltà.

Per la Procura erariale, quindi, la genericità degli atti, in quanto sostanzialmente privi di una sia pur minima motivazione, prospettava una

---

[6] Cfr., tra gli altri, S. GALEOTTI, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali (il problema dell'attuazione dell'art.122, comma IV, Cost.)*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Milano, 1977, p. 711 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'insindacabilità dei voti e delle opinioni dei consiglieri regionali*, in *Regioni*., 1979, p. 208 ss.; S. MATTARELLA, *Osservazioni su recenti orientamenti in tema di sindacabilità dei consiglieri regionali*, in *Studi in onore di A. Arena*, vol. III, Padova, 1981, p. 1431 ss.; M. CARLI, *art. 122 Cost*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. Branca), 1990, Bologna-Roma.; F. G. GIUPPONI, *Le prerogative dei consiglieri regionali, tra giurisprudenza della Corte e riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1063 ss.; A. AMBROSI,, *Questioni sulla irresponsabilità dei consiglieri regionali*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, 2003, pp. 170-171; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010.

[7] Al riguardo, C. PADULA, *Sub art. 122 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1109 ss.; M. CARLI,, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, 2018, p. 60.

[8] In dottrina, A. BURATTI, *Conferme sull'assetto processuale dei conflitti in tema di insindacabilità dei consiglieri regionali (ed anacronismi argomentativi sulla «posizione rispettiva» del parlamento e dei consigli regionali*), in *Giur. cost*. 2007, n. 4, p. 2941 ss. M. LOSANA, *La recente giurisprudenza costituzionale in tema di insindacabilità: la questione del soggetto al quale spetta l'applicazione dell'art. 68 comma 1 cost* , in *Giur. cost*., 2008, n. 3, p. 2821 ss.

ISSN 2036-7821

violazione sia dei principi di cui alla legge del 7 agosto 1990, n. 241, in materia di procedimento amministrativo, sia delle stesse fonti regolamentari interne dell'Assemblea regionale siciliana, nella fattispecie l'art. 20 bis del regolamento di amministrazione e contabilità dell'Assemblea, nella formulazione vigente al momento dei singoli conferimenti. Ne conseguiva, sulla scorta anche delle deduzioni ricavate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 337 del 14 dicembre 2009 e dalla pronuncia delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione n. 10416 del 25 marzo 2014, che il requirente affermava la giurisdizione del giudice contabile sulla fattispecie, nonché, con dovizia di argomentazioni, la natura amministrativa dell'attività contestata all'on. G.L., che, secondo la prospettazione attorea, la porrebbe entro il perimetro di conoscibilità della Corte dei conti, stante anche la palese violazione dell'art. 97 della Costituzione, le cui disposizioni hanno carattere immediatamente precettivo.

Il convenuto, dal canto suo, oltre a contestare nel merito la stessa sussistenza del danno erariale, contestava, in via preliminare, la competenza giurisdizionale di questa Corte dei Conti, sia in forza dell'autonomia che contraddistingue l'Assemblea regionale siciliana, sia per il ruolo di Vicepresidente dell'organo assembleare dal convenuto rivestito. A sostegno delle sue motivazioni, egli illustrava sinteticamente le norme statutarie e quelle interne dell'Assemblea e riportava le numerose pronunce della Corte costituzionale in materia d' insindacabilità dell'attività dei consiglieri regionali se ed in quanto riconducibile al potere di autorganizzazione, di cui all'art. 122, comma 4 Cost. In particolare, il Vicepresidente dell'Assemblea regionale sottolineava che le consulenze contestate non rivestissero natura amministrativa, ma rientravano nel novero delle scelte di natura politico-parlamentare dell'Assemblea regionale (del tutto conformi alla regolamentazione interna di cui al D.P.A. n. 114/2006 e all'art. 6 dello Statuto regionale) e si configuravano quali atti di autorganizzazione, non sindacabili perché funzionali all'attività di indirizzo politico del Vicepresidente dell'Assemblea.

Il collegio giudicante, esaminata l'eccezione preliminare e alla luce dei principali arresti della Corte costituzionale (sentt. nn. 81/1975, 69/1985, 289/1997, 337/2009, 43/2019) e della recente ordinanza della Corte di Cassazione (n. 11502/2019) in materia di guarentigie dei consiglieri regionali, in primo luogo, riteneva che il convenuto avesse agito come componente dell'Ufficio di presidenza dell'Assemblea regionale siciliana e nell'esercizio delle funzioni di Vicepresidente[9], atteso che i membri del Plesso regionale hanno la possibilità di attivare consulenze "su materie di carattere istituzionale, politico-scientifico o su temi di attualità" così come è disciplinata dal D.P.A. n. 114 del 17 novembre 2006.

Inoltre, dagli atti di conferimento degli incarichi contestati emergeva, secondo la

[9] Punto 2.2 Cons. diritto.

ISSN 2036-7821

Corte giudicante, il costante richiamo a tale normativa interna e dunque si poteva intanto ritenere, da un lato, che il convenuto avesse esercitato le prerogative ivi previste per i componenti dell'Ufficio di presidenza e, dall'altro, che egli non avesse sostituito il Presidente dell'Assemblea regionale della Sicilia (ex art. 4) nell'esercizio di funzioni di natura amministrativa che competono al solo Presidente, ai sensi dell'art. 45 del Regolamento di amministrazione[10].
Per il Collegio in parola, gli incarichi oggetto di censura, per effetto della speciale disciplina per essi prevista, non si configuravano come atti aventi natura amministrativa; essi infatti sono funzionali all'esercizio delle attribuzioni dei componenti dell'Ufficio di presidenza dell'Assemblea, avendo la finalità di supportare le funzioni parlamentari loro intestate dalla Costituzione e dallo Statuto regionale. Così precisata la natura degli atti in questione, ne affermava la generale insindacabilità, purché rispettosi del principio di ragionevolezza e di inerenza alla correlata funzione, limiti, questi, oltrepassati i quali, non operano le guarentigie costituzionalmente apprestate per i consiglieri parlamentari. Alla luce di tali considerazioni, la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti- Sicilia accoglieva, infine, l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta dal convenuto, dichiarando l'insussistenza della giurisdizione contabile in ordine alla fattispecie dedotta.

3. Alcuni rilievi in merito all'insindacabilità dei consiglieri regionali per atti di amministrazione.

La pronuncia della Corte in parola, che ha deciso per la sussumibilità degli incarichi di consulenza conferiti dal Vicepresidente G. L. con conseguente insindacabilità degli stessi in quanto coperti dalle guarentigie apprestate dalla Costituzione (e dall'art. 6 dello Statuto regionale) ai componenti degli organi parlamentari regionali, induce ad analizzare alcune conseguenze che logicamente discendono, e che un'attenta analisi può evidenziare.
In primo luogo, occorre interrogarsi sull'esatta estensione, offerta dalla decisione in esame, dell'atttività dei consiglieri regionali riguardo alle deliberazioni in qualità di componente dell'Ufficio di presidenza del consiglio regionale. A tal proposito, la pronuncia n. 167 del 2020, avendo ricondotto sotto l'alveo degli atti organizzativi gli incarichi di collaborazione a soggetti esterni, sottraendoli di fatto alla giurisdizione del Supremo giudice contabile, ha affermato, attraverso un criterio sostanzialmente "organico" di imputazione degli atti[11], una generalizzata, quanto, a mio sommesso avviso, incomprensibile insindacabilità di qualsiasi atto in forma amministrativa del Consiglio. Secondo il Consesso in parola, infatti, sono atti coperti da garanzia tutti quelli imputabili organicamente al Consiglio, senza distinguere la natura legislativa o

[10] Punto 2.7 Cons. diritto.
[11] Cfr. Corte cost., sent. n. 81/1975.

ISSN 2036-7821

amministrativa degli stessi, né la fonte (costituzionale o legislativa) legittimante l'esercizio della funzione sottesa[12]. Ciò comporta che l'insindacabilità possa essere estesa, in ogni caso, anche con riferimento a delibere consiliari (nel caso di specie gli incarichi) che in realtà non sembrano attenere all'autorganizzazione del Consiglio[13], purché le stesse presentino una qualche connessione di tipo puramente "formale" alle attività consiliari[14], laddove la Corte di Cassazione ha sostenuto[15] che la riconduzione di un atto a quelli di autorganizzazione può realizzarsi solo quando esso sia funzionale al miglior perseguimento degli obiettivi attribuiti al Consiglio da norme costituzionali o statali.

Ma altro ancora è da segnalare al riguardo: nella decisione in esame si afferma, mediante una motivazione non del tutto persuasiva, che l'art. 6 dello Statuto della regione siciliana garantisce l'immunità dell'operato del Vicepresidente dell'Assemblea regionale; ne consegue una situazione alquanto singolare, in quanto, da una parte, si amplia indirettamente la sfera dell'impunità, agendo nell'ambito penalistico col sottrarre altri comportamenti all'azione della legge penale[16]; dall'altra, si introduce una disciplina alquanto bizzarra, poiché, non essendo manifestatamente le disposizioni statutarie del tutto identiche nei diversi enti, anche lo ***status*** di consigliere regionale delle Regioni rischierebbe di diventare non più uniforme, ma varierebbe da Regione a Regione[17].

Movendo poi da differente angolazione, si rileva l'ennesima particolarità di questa decisione che, coll'attribuire al Consiglio regionale ogni altra deliberazione che sia rimessa al voto del Consiglio medesimo dalla Giunta, prospetta una sorta di norma in bianco in forza della quale, in sostanza, la Regione potrebbe coprire con la prerogativa dell'irresponsabilità l'adozione di qualsivoglia provvedimento: e non si vede allora in che cosa consista, a tal riguardo, il diverso « livello » a cui si pone l'esercizio delle funzioni consiliari rispetto a quelle parlamentari, poiché l'assenza del requisito della sovranità, di fatto, in nessuna maniera verrebbe a limitare l'incensurabilità del Consiglio regionale[18]; né si vede, inoltre, come possa accordarsi tale completa irresponsabilità con la struttura stessa della Regione, come ente per definizione sottoposto comunque a un sistema di controlli che ne abbraccia, in concreto, il complesso delle attività.

Vi è però, un aspetto della questione che avrebbe forse meritato una analisi più

---

[12] P. COSTANZO, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali nel quadro dei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di immunità elettive*, in *Quad. reg.*, 1985, p. 1007 ss.

[13] T. MARTINES, *Il Consiglio regionale*, Milano, 1981, passim.

[14] Cfr. Corte cost., sent. n. 69/ 1985.

[15] Cass. Un., sent. 14 maggio 2001, n. 200.

[16] E. Gizzi, *Manuale di diritto regionale*, Milano, 1991, p. 521 ss.

[17] Per tutti T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, III ed., Milano, 1992.

[18] Corte cost., sent. n. 301/2007.

ISSN 2036-7821

approfondita che non quella, tutto sommato sbrigativa, dedicatale dalla Corte in parola: la parte, cioè adesso, destinata all'esame della natura del provvedimento da cui origina la controversia. E ciò, soprattutto in considerazione del fatto che la «prerogativa», come violazione del principio di eguaglianza ***di***nanzi alla legge e di eguale sottoposizione alla legge penale, esige un'interpretazione restrittiva. Se, infatti, è vero che solo la potestà legislativa è attribuita istituzionalmente ai Consigli regionali, necessitando per le altre una esplicita previsione legislativa, non pare potersi ***ac***cedere al criterio, avanzato dal Giudice contabile, secondo cui la forma amministrativa che connota le deliberazioni degli incarichi contestati non valga ad escludere l'irresponsabilità di colui che le adottarono[19]. Ancora prima della forma dell'atto, in verità, crediamo rilevi la concreta attribuzione al Vice Presidente del potere di deliberare una siffatta tipologia di atto. Non sembra, infatti, si possa, né alla luce delle norme statutarie, né di quelle della L. cost. n. 62 del 10 febbraio 1953, che pur attribuiscono competenze amministrative ai Consigli regionali, desumere l'astratta imputazione di una indeterminata funzione amministrativa ai Consigli medesimi[20], tale da comprendere qualsiasi loro deliberazione che presenti simili aspetti, e coprirla con la insindacabilità. Al contrario, si è dell'idea che si debba (anche in considerazione della ricordata « eccezionalità » della prerogativa in esame)[21] volta per volta esaminare, alla stregua delle previsioni legislative, se il Consiglio regionale davvero possa essere considerato nell'esercizio delle sue funzioni (nel qual caso soltanto, è ovvio, potrà godere della « insindacabilità): intanto che un siffatto profilo non pare esser stato a sufficienza considerato dal Giudice. Dall' indagine così come prospettata, invece, il Giudice contabile, come accennato precedentemente, sembra alquanto concentrato su connotati formali dell'atto, presupponendo questo adottato «nell'esercizio di competenza spettanti al Consiglio».

Senonché, anche movendo dalla formula impiegata dalla Corte, potrebbero avanzarsi dei rilievi. E infatti, se si accetta la nozione «competenza» nel senso tecnico del termine, della competenza cioè come sfera di potestà dell'organo[22], essa sembrerebbe, nel nostro caso, non correttamente richiamata. Non esiste, infatti, alcuna disposizione, né fra quelle che determinano le competenze dei Consigli regionali in via generale (Costituzione e legge n. 62 del 1953), né fra quelle che ulteriormente delineano tali competenze nel caso particolare (Statuto regionale) che attribuisca al

[19] Sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Gruppi consiliari regionali e Corte dei conti (brevi spunti)*, in *Giur. cost*., 2015, p. 2178.
[20] Cfr. M. S GIANNINI, *Diritto amministrativo,* Milano, 1970, vol. I, p. 79-80.

[21] Corte cost., sent. n. 24/1968.
[22] Infatti, M. S. GIANNINI, ***ivi*** , p. 221, scrive: «La competenza... si riferisce specificamente agli organi; ne segue che le grandi branche di amministrazione dello Stato hanno attribuzione nel loro complesso, e ciascuno degli organi che le compongono ha propria competenza».

ISSN 2036-7821

Consiglio stesso il potere di emanare un atto del tipo di quello in questione. E sarebbe stato indubbiamente interessante, qualora il Giudice in parola avesse deciso di accettare un tale preambolo, accertare se e come si sarebbe poi potuta salvaguardare la garanzia della irresponsabilità per i membri del Consiglio regionale. Quanto detto induce a interrogarsi sulle analogie e le differenze che caratterizzano lo status dei parlamentari e dei consiglieri regionali quali componenti degli organi dell'amministrazione, sia per ciò che riguarda la loro insindacabilità, sia per la modalità in cui questa si collega alle differenti garanzie di autonomia organizzativa[23]. A tal riguardo, giova rammentare, che autorevolissima dottrina ha affermato il principio secondo cui «il regime, il trattamento di un organo, cioè la sua posizione sono in relazione diretta, si può dire naturale, col livello al quale le funzioni dell'organo vengono esercitate e con la forza operativa degli atti da esso posti in essere»[24], principio implicitamente accolto dalla stessa Corte costituzionale[25]. Per cui se è vero che le posizioni rispettive del Parlamento e dei Consigli regionali non sono sovrapponibili, esercitando il primo le sue funzioni « a livello di sovranità », esprimendosi invece il secondo « a livello di autonomia »[26], e se è vero anche che la « prerogativa », proprio in quanto tale, cioè non concessa ***ad personam*** come privilegio, bensì sancita unicamente a salvaguardia dell'esercizio di una funzione, gode di una capacità espansiva proporzionale al livello al quale la funzione stessa viene adempiuta, dovrebbe discenderne che lo ***status*** di consigliere regionale, nella fattispecie concreta la prerogativa della insindacabilità dettata a sua tutela, dovrebbe essere meno ampia, o quanto meno non più ampia, di quella che assiste deputati e senatori: il che è l'opposto di quanto si verifica accogliendo il giudice contabile siciliano l'estensione di detta prerogativa all'attività amministrativa dei consiglieri regionali[27].

---

[23] P. CARETTI e G. TARLI BARBIERI, Diritto regionale, Torino, p. 205 ss.

[24] ***Così A.M.*** *SANDULLI, Sulla posizione della Corte costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato,* ***in*** *Studi in memoria di Guido Zanobini,* ***1965, vol. III, p. 619.***

[25] Corte cost., n. 66/1974; si veda inoltre la più recente sentenza della Corte cost., 12 aprile 2002, n. 106, nella quale si sancisce che «le attribuzioni dei Consigli regionali si inquadrano […] nell'esplicazione di autonomie costituzionalmente garantite, ma non si esprimono a livello di sovranità». Il principio è stato ribadito, più nello specifico, dalla sentenza Corte cost., 6 marzo 2014, n. 39, secondo la quale la differenza tra Parlamento nazionale ed altre assemblee elettive emergerebbe anche sul piano della loro organizzazione e dei controlli ai quali possono essere sottoposti. Più di recente, la sentenza Corte cost., 25 giugno 2015, n. 118, è tornata sulla differenza che contraddistingue gli organi sovrani da quelli dotati di mera autonomia. Tale concetto, d'altra parte, era ben chiaro alla Corte sin dalla sentenza n. 81/1975 che riguarda proprio l'ambito di cui ci si sta occupando in questo commento.

[26] Sul punto recentemente è ritornato A. LO CALZO, *Spunti di riflessione sull'insindacabilità dei consiglieri regionali e dei parlamentari per i "voti dati" quali membri degli Uffici di presidenza,* in *Federalismi.it*, n. 20/2019, p. 2,

[27] C. CALVIERI, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali*, in G. FUMU E M. VOLPI (a cura di), *Le immunità penali della politica*, Bologna, 2012, p. 235 ss.; contra, A. POGGI, *Delibera parlamentare inibente v. delibera consigliare ininfluente*?

ISSN 2036-7821

4. Riflessioni conclusive.

Gli aspetti di diritto che subito vengono in evidenza, nel caso concreto in esame, sono l'annoverabilità delle deliberazioni di conferimento di incarichi di consulenza esterni agli atti di autorganizzazione del Consiglio regionale, in quanto tali non giustiziabili in virtù dell' accennata garanzia costituzionale, nonché l' importanza e il significato della disciplina di autonomia contabile del bilancio interno del Consiglio regionale.

Alla luce di quanto sopra argomentato e delle posizioni interpretative di carattere generale appena riportate, appare, invece, chiaro che nel caso deciso dalla sezione giurisdizionale della Corte dei Conti Sicilia è difficile parlare di insindacabilità inerente ad atti di autorganizzazione del Consiglio regionale, che afferiscano alla sfera di autonomia e all'espletamento delle funzioni tipiche e "proprie" dell'organo[28]. Gli incarichi contestati, infatti, non sembrano costituire, a mio sommesso parere, in alcun modo espressione dell'autonomia consiliare, né è rintracciabile un qualche nesso con le attribuzioni assembleari, poiché esprimono una categoria di attività che esula dalle prerogative consiliari garantite dall'insindacabilità, per riaccedere, per converso, tra quelle meramente amministrative. E neppure potrebbe ritenersi che l'assegnazione di un incarico a consulenti esterni possa pertenere l'autorganizzazione interna del Plesso regionale, a cui deve attendere l'organo assembleare interessato, quando qui si è discusso della deliberazione di assegnare determinati compiti "interni" ad un soggetto esterno non gratuitamente. Come ha ribadito la Corte di Cassazione per atti di autorganizzazione devono intendersi «solo quegli atti che riguardano direttamente l'organizzazione degli uffici e dei servizi (sia per quanto concerne l'articolazione delle strutture e della fornitura dei mezzi necessari, sia per quanto concerne il personale) e le modalità di svolgimento dell'attività dell'assemblea»[29].

L'atto va considerato in base alla natura del potere attribuito e agli interessi che deve garantire, e non in base alla forma che assume; se da questo può dedursi che non è valido il principio per cui qualsiasi atto amministrativo del Consiglio regionale è sindacabile dalla giurisdizione contabile, non può nemmeno avvalorarsi l'argomentazione contraria per cui possono essere considerati atti di

---

Note problematiche circa alcune recenti decisioni della Corte in materia di insindacabilità dei consiglieri regionali, in *Le Regioni*, 2008, p. 205 ss.

[28] Secondo M. SAPIO, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni e le altre aree di immunità alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Corte conti*, 2010, p. 170 ss., il vero e proprio punto dolente dell'intera questione era nell'individuazione delle funzioni consiliari tipiche, protette dalla garanzia costituzionale, al fine di evitare che una loro interpretazione eccessivamente estensiva potesse compromettere altri interessi in gioco, quale quello della indefettibilità della tutela giurisdizionale

[29] Cass. Un., sent. 14 maggio 2001, n. 200.

ISSN 2036-7821

autorganizzazione anche quelli che hanno un'incidenza solo potenziale e indiretta sull'attività dell'organo. Qualora si arrivasse (come ha fatto la decisone in esame) a quest'ultima ultima tesi, la definizione di atto di autorganizzazione ne sarebbe irragionevolmente e indefinitamente ampliata.

In conclusione, dalla sentenza in esame non pare che siano definiti i criteri del nesso funzionale per le deliberazioni dell'Ufficio di presidenza; manca, infatti, una "scrupolosa" chiarificazione materiale dello stesso, atteso che ci saremmo aspettati che spettasse proprio al giudice del caso concreto, specificatamente la Corte dei conti sezione giurisdizionale per la Regione siciliana, riempire il significato di "contenuto essenziale dell'autorganizzazione", anche per le altre funzioni coperte da insindacabilità diverse da quella legislativa.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La corte di Lussemburgo stringe le maglie sulla tutela dei minori stranieri non accompagnati.

di Donatella del Vescovo

(Ricercatrice a tempo indeterminato di Diritto dell'Unione Europea presso l'Università degli studi di Roma 3)

Sommario

1.Premessa. -2.Legislazione internazionale sulla tutela dei minori. -3.Legislazione europea sui MSNA. -4.Il rimpatrio dei MSNA irregolari. -5.I fatti. -6.Analisi del ricorso. -7.Conclusioni.

Abstract

This article aims to critically analyze the legal protection of the unaccopanied min¬or migrants in the European Union Law. They are a vulnerable category of migrants who need reinforced protection as they are more exposed to dangers and risks because of their young age and because they arrive at a foreign country on their own without their parents or any other adult.

Following a preliminary and rapid excursus of the main international obligations on the child protection, which shall inspire the European pieces of legislation, you will exame the rights of this subjects in the European Union Law, with particular reference to the latest ruling of the European Court of Justice on the treatment of unaccompanied foreign minors.

ISSN 2036-7821

1.Premessa.

È molto netta la Corte di Giustizia Ue, in una recente sentenza destinata a lasciare il segno sul fronte della gestione della migrazione, con un forte paletto in grado di bloccare anche eventuali espulsioni di una particolare categoria di migrante quella dei minori stranieri non accompagnati (di seguito MSNA)[1].

Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra un minore non accompagnato cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno era irregolare, e il Segretario di Stato olandese in ordine ad una decisione di rimpatrio adottata nei confronti di tale minore. Con la sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio cercava, in sostanza, di chiarire se la prassi amministrativa attualmente in vigore nei Paesi Bassi riguardo al trattamento dei MSNA non beneficiari di alcun diritto di protezione internazionale fosse o meno conforme al diritto dell'Unione.

In questa controversia la Corte di giustizia ha indicato che "prima di emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato, uno Stato membro deve accertarsi che nello Stato di rimpatrio sia disponibile un'accoglienza adeguata per il minore". Questa valutazione secondo la Corte deve essere fatta caso per caso in quanto "se al momento dell'allontanamento non è più garantita un'accoglienza adeguata, lo Stato membro non potrà eseguire la decisione di rimpatrio". Secondo i giudici dunque bisogna "prendere necessariamente in considerazione l'interesse superiore del minore", ed evitare che esso possa trovarsi "in una situazione di grande incertezza quanto al suo *status* giuridico e al suo futuro".

Prima di analizzare questa causa faremo un rapido *excursus* sul trattamento giuridico riconosciuto a livello internazionale alla categoria dei MSNA. Si tratta di soggetti particolarmente vulnerabili poiché, oltre ad avere meno di diciotto anni, giungono nello Stato ospitante privi della assistenza e rappresentanza dei genitori o di un adulto legalmente responsabile e di conseguenza risultano maggiormente esposti a pericoli e rischi durante il percorso migratorio, quali lo sfruttamento sessuale e la tratta di esseri umani. Inoltre è risaputo che il diritto di ciascuno Stato membro di gestire liberamente le proprie politiche migratorie e il controllo delle frontiere va a collidere in maniera significativa con i diritti umani fondamentali da riconoscere a tali soggetti in quanto minori, per di più privi di un titolare della responsabilità genitoriale, prima ancora che migranti. Essi pertanto in ragione della loro particolare vulnerabilità si rendono depositari di istanze di tutela rafforzata al fine di far fronte alla condizione di debolezza che li caratterizza[2].

[1] Sentenza del 14 gennaio 2021, *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-441/19, EU:C:2021:9.

[2] M. VANZO, *I minori stranieri non accompagnati: quadro d'insieme*, in *Papers di diritto Europeo* n. 3/2015, p. 3 e 5; A. CRESCENZI, *I minori non accompagnati nel diritto internazionale*, in (a cura di) A. ANZALDI, T. GUARNIER, *Viaggio nel mondo dei minori stranieri non accompagnati: un'analisi giuridico-fattuale*, Roma, 2014, p. 8; M.

ISSN 2036-7821

Dunque a seguito di un preliminare esame dei principali obblighi internazionali a tutela del fanciullo, ai quali le fonti comunitarie fortemente si inspirano, verranno esaminati i diritti e le garanzie sancite nei confronti di tali soggetti dal diritto dell'Unione europea, con particolare riferimento alle fonti del diritto derivato in materia di immigrazione e asilo.

2. Legislazione internazionale sulla tutela dei minori.

Una completa disciplina delle migrazioni, vincolante per tutti gli Stati, non trova spazio nella normativa internazionale[3]; la materia in questione rientra, infatti, nell'ambito del dominio riservato dei singoli Stati (*domestic jurisdiction*), secondo il principio generale del limite della competenza domestica, sancito dal Trattato delle Nazioni Unite[4].

Tuttavia a livello internazionale, bisogna senza dubbio citare la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia[5] adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 Novembre 1989. Essa segna il raggiungimento di un traguardo importante nell'evoluzione della tutela dei diritti dei minori, in quanto eleva il minore a soggetto attivo di diritto internazionale, ossia titolare di diritti e non più semplice destinatario di decisioni.

Nei 54 articoli che compongono il testo della Convenzione, sono statuiti infatti quattro principi per il fondamento della protezione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza[6]. Il primo è il principio di non discriminazione sancito dall'art. 2, il quale estende i diritti stabiliti nella Convenzione a ciascun minore "a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza"[7]. In secondo luogo, gli Stati contraenti si impegnano a rispettare il principio di superiore interesse del minore (*best interest of the child*) "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi"[8]. Il terzo principio basilare sancito dalla Convenzione è il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo del minore per il

---

BORGHETTO, M. CAMPACI, A. CERUTTI, L. TRONCONI, *Percorsi di accoglienza, garanzie ed integrazione* in *Papers di diritto europeo* n. 3/2015, p. 29.

[3] C. CAMPIGLIO, *Disciplina delle migrazioni: limiti internazionali*, in V. GASPARINI CASARI, *Il diritto dell'immigrazione*, «Il diritto dell'economia», 2010, V, vol. I, Modena.

[4] Carta delle Nazioni Unite, articolo 2, comma 7.

[5] Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione n. 44/25 del 20 novembre 1989.

[6] Si rinvia al sito http://www.unicef.it/doc/599/convenzione-diritti-infanzia-adolescenza.html .

[7] Convenzione sui diritti dell'infanzia, articolo 2, comma 1.

[8] Convenzione sui diritti dell'infanzia, articolo 3, comma 1.

ISSN 2036-7821

quale gli Stati contraenti devono impegnare il maggior numero di risorse disponibili[9].

Inoltre per la prima volta si statuisce all'interno della Convenzione un principio particolarmente importante ossia il diritto del minore di esprimere la propria opinione e di essere ascoltato. L'articolo 12 della stessa infatti enuncia l'obbligo di garantire al fanciullo capace di discernimento, il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.

Oltre quindi alla suddetta Convenzione altro strumento di diritto internazionale a tutela dei MSNA è la Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951 e il conseguente Protocollo del 31 gennaio 1967. Questa influisce in modo particolare sulla protezione di una categoria specifica di minori non accompagnati: i MSNA richiedenti asilo (di seguito MSNARA). Destinatari della protezione fornita dalla Convenzione sono dunque coloro che "temendo a ragione di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le loro opinioni politiche, si trovano fuori del Paese di cui sono cittadini e non possono o non vogliono, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese"[10]. La Convenzione all'art. 33 sancisce il principio di non respingimento (*non refoulement*) che è alla base delle protezione destinata ai rifugiati; tale principio semplicemente prevede che nessuno degli Stati contraenti possa espellere o rimandare in nessun modo un rifugiato, contro la sua volontà, verso un territorio dove egli teme di essere perseguitato.

Per quanto riguarda i MSNARA, anche l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) ha stilato delle linee guida sulle politiche e procedure da seguire affinché gli Stati rispettino il principio di superiore interesse del minore previsto dalla Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia[11].

Ulteriormente va citato anche il diritto al ricongiungimento familiare sancito dall'art. 44, secondo comma, della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei

[9] Convenzione sui diritti dell'infanzia, articolo 6. l'Italia ha ratificato la Convenzione tramite la Legge del 27 maggio 1991, n. 176. La Legge prevede una serie di garanzie a protezione del minore, a partire da un livello di vita sufficiente per consentire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale (art. 27), dalla garanzia di servizi medici e riabilitativi (art. 24), fino all'accesso all'istruzione e alla formazione lavorativa in funzione delle sue capacità (art. 28) e alla protezione contro lo sfruttamento economico (art. 32).

[10] Convenzione di Ginevra, articolo 1.

[11] Per quanto riguarda le procedure e i provvedimenti di sottrazione e affidamento dei minori, la normativa internazionale è regolamentata dalla Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 e dalla Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sui provvedimenti di affidamento e sottrazione di minori, ratificate e rese esecutive con la Legge n. 64 del 15 gennaio 1994, oltre alla Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozioni internazionali del 29 maggio 1993, ratificata con la Legge n. 476 del 31 dicembre 1998.

ISSN 2036-7821

lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, adottata dall'Assemblea Generale tramite la Risoluzione n. 45/158 del 18 dicembre 1990. Ma anche alcune organizzazioni internazionali regionali, come l'Organizzazione degli Stati Americani, l'Unione Africana e il Consiglio d'Europa hanno adottato norme specifiche a tutela di questa categoria di soggetti. In particolare, il Consiglio d'Europa ha redatto la Convenzione Europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori[12], contenente una serie di disposizioni volte a rafforzare la tutela e il rispetto dei diritti dei minori e la Convenzione europea relativa al rimpatrio dei minori del 28 maggio 1970[13] oltre alla Risoluzione del Consiglio d'Europa n.1810/2011 sull'arrivo, soggiorno e il ritorno dei minori non accompagnati in Europa.

3. La legislazione europea sui MSNA.

La legislazione dell'Unione europea a tutela dei minori invece, al contrario di quella internazionale, si è sviluppata nel corso degli anni in maniera piuttosto caotica.

Una svolta nell'affermazione di una tutela programmatica, orientata ai principi e obiettivi sanciti dal diritto internazionale è stata segnata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea adottata a Nizza nel 2000. In particolar modo all'interno della Carta di fondamentale rilievo è l'art. 24 rubricato "diritti del minore", con il quale vengono affermati tre principi fondamentali: il diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione in funzione della propria età e maturità (par. 1), il diritto a che l'interesse superiore del minore sia considerato preminente (par. 2) e il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori (par. 3).

Solo però con il Trattato di Lisbona si è data una maggiore attenzione e tutela ai minori e in particolar modo alla categoria dei MSNA, data la particolare vulnerabilità di tali soggetti che rendeva necessaria una tutela rafforzata a livello europeo. Negli ultimi decenni, infatti, a fronte dell' aumento dei flussi migratori la questione della protezione da riconoscere a quest'ultimi ha acquisito sempre maggiore centralità all'interno delle politiche dell'Unione.

Ad oggi nell'ordinamento dell'Unione europea sono presenti discipline specifiche che sanciscono diversi livelli di accoglienza e assistenza dei MSNA a seconda che si tratti di minori migranti richiedenti protezione internazionale, di minori migranti in condizione di irregolarità o di vittime della tratta di esseri umani. I MSNARA, ossia quei minori separati da entrambi i genitori o altri parenti, che richiedono asilo politico allo Stato ospitante in virtù del loro *status* di rifugiati o di beneficiari di protezione sussidiaria, infatti, sono destinatari di un trattamento di maggior favore in virtù della loro peculiare condizione. Tale disparità di trattamento, tuttavia risulta

[12] Ratificata tramite la Legge n. 77 del 20 marzo 2003.
[13] Ratificata con Legge del 30 giugno 1975 n. 396.

ISSN 2036-7821

del tutto irragionevole soprattutto in virtù delle sentenze della Corte di Strasburgo[14] la quale ha sottolineato che in considerazione della vulnerabilità di tali soggetti dovrebbe essere garantito un livello di protezione standard che li ponga al riparo dalla condizione di debolezza in cui si trovano, a prescindere dai motivi dell'ingresso in uno Stato o dalla loro condizione giuridica[15].

L'evoluzione delle politiche comunitarie in questo campo, è stata condizionata in particolare da due esigenze specifiche, da un lato il controllo delle frontiere, strettamente collegato alle politiche di sicurezza di ciascun Paese; dall'altro, la necessità e l'obbligo di garantire protezione a coloro che presentano domanda di asilo e ai gruppi vulnerabili, di cui i MSNA fanno parte. In sostanza attraverso gli atti di diritto derivato dell'Unione sono posti in essere una serie di diritti e garanzie spettanti ai MSNA e MSNARA in concomitanza con diversi doveri spettanti ai 27 Stati membri.

Uno degli atti giuridici di maggior rilievo per la protezione dei MSNA è la direttiva 2001/55/CE[16] sulla protezione temporanea, che offre una definizione di MSNA (art. 2 lett. f) oltre a categorizzarlo come soggetto particolarmente vulnerabile. Essa include anche questi soggetti tra i beneficiari della procedura per la concessione di protezione temporanea in ipotesi di emergenza legate al massiccio afflusso di sfollati. Si tratta di un beneficio di durata semestrale, nel quale lo Stato dovrà provvedere a garantire ai titolari di protezione una serie di diritti e garanzie: permesso di soggiorno, accesso ad attività lavorative, alloggio, assistenza medica, ricongiungimento familiare, un rappresentante legale e la possibilità di presentare domanda di asilo. Tuttavia, come osservato dalla più attenta dottrina, le difficoltà riscontrate sul piano pratico e che hanno reso, ad oggi, tale beneficio lettera morta, risiedono nell'aver subordinato il riconoscimento della protezione temporanea ad una procedura farraginosa (deliberazione del Consiglio su proposta della Commissione, a una maggioranza qualificata dell'adunanza[17]) che riduce notevolmente le possibilità di adozione della decisione in seno al Consiglio[18].

Anche la direttiva 2008/115 recante norme e procedure applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, stabilisce all'art.10, che anteriormente all'allontanamento di un MSNA dal territorio di uno Stato

[14] Corte eur. dir. uomo, sentenza *Rahimi c. Grecia*.

[15] A. DEL GUERCIO, *L'accoglienza dei minori non accompagnati in Italia alla luce degli obblighi internazionali*, (a cura di) A. ANZALDI, T. GUARNIER, *Viaggio nel mondo dei minori stranieri non accompagnati: op.cit*, pp. 14-15-16.

[16] Direttiva 2001/55/CE sulle "norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi".

[17] Art. 5, Direttiva 2011/55/UE.

[18] A. MENEGHETTI, *I minori migranti nel sistema comune di asilo*, in *Papers di diritto europeo*, n. 3/2015, p. 12; C. FRATEA, *Quando il diritto si scontra con la realtà: i minori migranti quali soggetti titolari del diritto al ricongiungimento familiare*, in (a cura di) C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: quali diritti?*, 2015, pp. 119-121.

ISSN 2036-7821

membro, sia necessario che le autorità di tale Stato svolgano accertamenti in merito al congiungimento del minore con un membro della sua famiglia, un tutore designato o l'inserimento presso un adeguata struttura di accoglienza.
Un altro strumento per la tutela dei minori è dato dalla direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, la quale prevede, all'art. 16, che gli Stati offrano assistenza, sostegno e protezione nei confronti di questa vulnerabile categoria, in conformità con il principio di superiore interesse del minore.
Nonostante tutta la normativa citata però la categoria dei MSNA viene tutelata nel maggiore dei modi solo dalla direttiva 2011/95/UE (cd. direttiva qualifiche) che li colloca tra i beneficiari della protezione internazionale- *status* di rifugiato[19] o titolare di protezione sussidiaria- mettendoli così nelle condizioni di presentare domanda di asilo e godere in tal modo di garanzie rafforzate sul piano dell'accoglienza, in virtù del loro peculiare *status*.
In sostanza la direttiva qualifiche (sostitutiva della direttiva n. 2004/83/ CE), recepisce parzialmente la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e armonizza i diritti concessi ai beneficiari di protezione internazionale, considerando due tipi di protezione: *status* di rifugiato e *status* di protezione sussidiaria. L'atto ribadisce che gli Stati membri debbano adottare misure volte ad assicurare la necessaria rappresentanza dei minori non accompagnati e stabilisce le possibili sistemazioni dei MSNA (art. 31).
Tutti insieme questi atti si propongono di definire *standard* comuni elevati oltre che aumentare la cooperazione tra gli Stati membri per assicurare ai migranti giunti sul territorio dell'Unione europea un equo trattamento negli Stati membri e la possibilità di presentare domanda di asilo.
Il quadro legislativo di riferimento a livello europeo in materia di immigrazione ed asilo, integrante il cosiddetto "Sistema comune d'asilo", si compone oltre che della normativa suddetta anche del regolamento n. 604/2013, denominato regolamento Dublino III.
Il regolamento Dublino III, principale referente normativo in tema di asilo a livello europeo, sancisce i criteri per individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo o apolide. Esso con riferimento ai minori prevede una disciplina di maggior favore finalizzata a garantire che l'intera procedura di asilo venga svolta tenendo preliminarmente in considerazione il loro interesse superiore, consacrato dal Considerando n. 13 quale criterio fondamentale per gli Stati membri nell'applicazione del regolamento, coerentemente con quanto previsto dalla

[19] Per la definizione di rifugiato si suole far riferimento all'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951.

ISSN 2036-7821

Convenzione di New York e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Pertanto, l'art. 8 nello stabilire il titolo di giurisdizione che viene in rilievo nell'individuazione dello Stato competente sancisce una disciplina tutta improntata alla tutela dell'unità familiare prevedendo che se il richiedente fosse un MSNA, l'esame della domanda di protezione internazionale debba competere allo Stato membro nel quale si trovi legalmente un suo familiare (par. 1). Qualora, invece, il richiedente minore non accompagnato abbia un parente presente legalmente in un altro Stato membro, che si possa occupare di lui, detto Stato membro dovrà provvedere al ricongiungimento familiare del minore e sarà considerato lo Stato competente. (par. 2). Se invece familiari, fratelli o parenti soggiornano in più di uno Stato membro, allora la competenza sarà determinata sulla base dell'interesse superiore del MSNA (par. 3). Infine, in mancanza di un familiare, di un fratello o di un parente è competente lo Stato membro in cui il minore non accompagnato abbia presentato la domanda di protezione internazionale. (par. 4)[20]. Tale disposto normativo è stato interpretato in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia dell'UE su istanza di MA contro il Secretary of State for the Home Department. Nella sentenza *The Queen* infatti la Corte ha chiarito che lo Stato competente ad esaminare la domanda di asilo debba essere quello in cui il minore si trovi attualmente, dopo aver presentato la domanda stessa[21], ciò al fine di "evitare che nell'interesse superiore del minore la procedura venga prolungata più del necessario con trasferimenti del minore da uno Stato membro ad altro".

Una delle questioni più delicate riguardanti il trattamento dei MSNA è costituita sicuramente dalla possibilità di trattenimento di tali soggetti. La questione è affrontata dall'art 11 della direttiva 2013/33/UE sulle condizioni di accoglienza, la quale non esclude, in termini assoluti, la possibilità di trattenimento dei minori non accompagnati, anche se questo evento limitato soltanto a circostanze eccezionali. Dunque l'ipotesi del trattenimento come *extrema ratio*, a cui ricorrere laddove non vi sia nessuna altra misura attraverso la quale meglio realizzare l'interesse superiore del minore, è piuttosto accettata.

---

[20] R. PALLADINO, *La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in (a cura di) C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: cit.*, pp. 97-98; Agenzia europea dei diritti fondamentali, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, pp. 234.

[21] Corte giust. UE, 6 giugno 2013, causa C-648/11, *The Queen, su istanza* di *MA* c *Secretary of State for the Home Department;* A. MARTONE, *Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati,* in (a cura di) G. CAGGIANO, *I percorsi giuridici per l'integrazione : migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*,p.309; Agenzia europea dei diritti fondamentali, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, p. 234 ss, in www.fra.com; R. PALLADINO, *La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in (a cura di) C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: cit.*, p. 104.

ISSN 2036-7821

Perplessità invece sono sorte in dottrina con riferimento all'assenza di specificazione dei casi eccezionali in cui è ammesso ricorrere al trattenimento dei MSNA, lasciando, così, un ampio e pericoloso margine di discrezionalità di azione in capo agli Stati membri[22].

4. Il rimpatrio dei minori stranieri non accompagnati irregolari.

Qualora invece il MSNA soggiorni sul suolo europeo in condizioni di irregolarità interviene a regolamentare il tutto la direttiva 2008/115/CE che dispone l'allontanamento dal Paese ospitante.

A differenza dei minori beneficiari di protezione internazionale per i quali vige il principio di *non refoulement*, non esiste per i minori irregolari un divieto assoluto di rimpatrio, ma soltanto la previsione che qualsiasi decisione in merito dovrà essere assunta considerando il loro interesse superiore (art. 5).

Dall'applicazione di tale principio di matrice internazionalistica all'istituto del rimpatrio consegue dunque non soltanto la necessità di valutare caso per caso le esigenze particolari del minore, la sua situazione familiare, la situazione e le condizioni di accoglienza del Paese di rimpatrio prima di disporne l'allontanamento, ma anche l'obbligo dello Stato di assicurare forme complementari di protezione del minore nel caso in cui il rimpatrio non appaia una soluzione percorribile[23].

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ribadisce in tal senso gli stessi principi con la sentenza *Üner* c. *Paesi Bassi* del 2006[24] sottolineando la necessità di tenere in considerazione l'impatto che l'espulsione avrebbe sui bambini membri di una famiglia, al momento di stabilire se l'espulsione rappresenta una risposta proporzionata. Si deve pertanto considerare "il miglior interesse dei minori eventualmente coinvolti (in particolare la loro difficoltà a integrarsi nel Paese verso cui il genitore è espulso) e la solidità dei legami sociali, culturali e familiari coltivati dall'individuo nel Paese di residenza e in quello di destinazione".

La direttiva 2008/115 infatti, non contempla il rimpatrio come unica alternativa prevista per i minori soggiornanti in condizione di irregolarità in uno Stato membro: lo Stato ospitante pertanto è lasciato libero di astenersi dal disporre il rimpatrio o

[22] R. PALLADINO, *La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in (a cura di) C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: cit.*, p. 102.

[23] L. TRONCONI, *Percorsi di accoglienza, garanzia ed integrazione*, in *Papers di diritto europeo*, n. 3/2015, pp. 24-25; Agenzia Europea dei diritti fondamentali, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, p. 236, in www.fra.com.

[24] Corte eur. dir. uomo, sentenza 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi* (n. 46410/99), punti 57– 58. Cfr. anche Corte eur. dir. uomo, sentenza 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera* (n. 54273/00). Cfr. Agenzia europea dei diritti fondamentali, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, 2015, p. 191, in www.fra.eu.

ISSN 2036-7821

l'allontanamento del minore laddove ciò risulti maggiormente rispondente all'interesse di quest'ultimo. In tal caso, però, dovrà essere regolarizzata sul piano giuridico la sua permanenza sul suolo europeo, concedendogli un permesso di soggiorno temporaneo fino al compimento dei 18 anni o rinviandone l'allontanamento, al fine di evitare che situazioni ibride possano pregiudicare la posizione del minore.

L'art. 10, della direttiva proprio specificamente per i MSNA, prevede che prima di emettere la decisione di rimpatrio debba essere fornita assistenza al minore da parte di organismi appropriati diversi dalle autorità che eseguono il rimpatrio, tenendo nel debito conto l'interesse superiore del bambino (par. 1). Per organismi appropriati la direttiva fa riferimento ad organismi governativi o non governativi, i quali dovranno garantire al minore l'accesso all'istruzione, oltre che assistenza sul piano legale e sotto il profilo medico, assicurando le prestazioni sanitarie necessarie. Inoltre, prima di allontanare il minore dal territorio di uno Stato membro le autorità dovranno accertarsi che questi sia ricondotto ad un membro della famiglia, ad un tutore designato o presso adeguate strutture di accoglienza nello Stato di rimpatrio (par. 2)[25].

Questa disciplina dunque pur sembrando tener conto di ogni possibile circostanza, presenta degli aspetti che destano maggiori perplessità e dai quali emerge in maniera chiara come ai MSNA non richiedenti protezione internazionale o ai minori a cui sia stata rifiutata la domanda di asilo sia riservato un trattamento di minor favore. Questi sono la possibilità di effettuare in *extremis* il rimpatrio anche in assenza di familiari nel Paese d'origine e l'assenza di una disposizione che preveda espressamente la nomina di un tutore che rappresenti il minore, limitandosi, invece ad imporre agli Stati l'assistenza di quest'ultimo a mezzo di "organismi appropriati", il tutto in detrimento dei principi internazionali previsti a tutela di tali soggetti, primo fra tutti il *best interest of the child*[26].

L'ipotesi di trattenimento del soggetto sottoposto alle procedure di rimpatrio invece viene ammessa soltanto in caso di pericolo di fuga o se il cittadino in qualche modo ostacoli la preparazione dell'allontanamento. Infatti, come chiarito dalla Corte di Strasburgo, non ultimo nel caso *Rahimi c. Grecia* del 2011[27], nei confronti dei MSNA, in considerazione della condizione di vulnerabilità che li caratterizza, devono essere prese in considerazione opzioni di alloggio alternative al trattenimento, che costituirà per loro la *extrema ratio*. Infatti, i minori non accompagnati e le famiglie con minori in condizione di irregolarità, per espressa previsione della direttiva in questione,

[25] R. PALLADINO, *La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in (a cura di) C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: cit.*, p. 102.

[26] L. TRONCONI, *Percorsi di accoglienza, garanzia ed integrazione*, in *Papers di diritto europeo*, n. 3/2015, p. 26.

[27] Corte eur. dir. uomo, sent. 5 aprile 2011 *Rahimi c. Grecia*.

ISSN 2036-7821

potranno essere trattenuti solo in mancanza di altra soluzione e per un lasso temporale il più breve possibile[28].

5. I fatti.

Una volta chiarita la normativa applicabile al caso in esame andiamo ad illustrare i fatti oggetto di ricorso.

La vicenda riguardava un minorenne non accompagnato che all'epoca aveva 15 anni e quattro mesi e arrivava dalla Sierra Leone. Il ragazzo, una volta arrivato in Olanda, aveva presentato domanda di permesso di soggiorno a tempo determinato. Nella richiesta aveva indicato di essere nato nel 2002 in Guinea e di essere arrivato in Europa dopo la morte della zia, presso la quale viveva in Sierra Leone. Quando è arrivato ad Amsterdam, nei Paesi Bassi, il ragazzo sarebbe stato vittima di tratta di esseri umani e di sfruttamento sessuale, motivi per i quali avrebbe sofferto di gravi turbe psichiche.

Nel marzo 2018, il segretario di Stato alla giustizia e alla sicurezza dei Paesi Bassi ha deciso d'ufficio che il ragazzo non poteva beneficiare di un permesso di soggiorno a tempo determinato e il giudice del rinvio precisò che il minore non poteva beneficiare né dello *status* di rifugiato né della protezione sussidiaria.

Il problema era che in base al diritto dei Paesi Bassi, questo tipo di decisione si considerava come decisione di "rimpatrio", pertanto il ragazzo ad aprile 2018 presentò ricorso contro questa decisione, facendo presente di non sapere dove potessero risiedere i suoi genitori e di non conoscere alcun altro suo familiare.

Il giudice del rinvio, in quell'occasione spiegò che la legge dei Paesi Bassi effettuava una precisa distinzione tra i ragazzi a seconda dell'età. Infatti per i minori che avevano meno di quindici anni alla data di presentazione della domanda di asilo, prima di adottare una decisione di rimpatrio veniva effettuata un'indagine per capire se esistesse o meno un'accoglienza adeguata nello Stato di rimpatrio, mentre per gli altri minori no.

Essendoci questo presupposto dunque il giudice del rinvio rilevava che avendo il ragazzo 15 anni e quattro mesi nel momento di presentazione della domanda di asilo, in base al diritto olandese sarebbe stato obbligato a lasciare il territorio dello Stato membro senza che si fosse accertata l'esistenza, nel Paese d'origine o altrove fuori dall'Unione, di un'accoglienza adeguata.

Il giudice del rinvio in questo caso evidenziò che la distinzione tra i minori di età inferiore e di età superiore a 15 anni non avrebbe dovuto esistere, facendo valere in generale l'interesse superiore del minore. Se si considera infatti l'articolo 3 della direttiva 2008/115, che qualifica i minori non accompagnati come "persone vulnerabili", si ritiene impossibile che il legislatore dell'Unione possa avere avuto

[28] L. TRONCONI, *Percorsi di accoglienza, garanzia ed integrazione*, in *Papers di diritto europeo*, n. 3/2015, p. 26.

ISSN 2036-7821

l'intenzione di non concedere assistenza una volta adottata la decisione di rimpatrio, proprio perché bisogna tener sempre conto dell'interesse superiore del minore.
Il giudice del rinvio pertanto, una volta fatte queste osservazioni, invitò la Corte a precisare due principali questioni. Primo in quale fase del procedimento dinanzi alle autorità nazionali fosse necessario effettuare le indagini dirette a determinare l'esistenza di condizioni di accoglienza adeguate nello Stato di rimpatrio. Secondo se uno Stato membro possa almeno operare una distinzione in base all'età, limitando l'obbligo di effettuare dette indagini unicamente ai casi riguardanti minori di età inferiore ai 15 anni.

6. Analisi del ricorso.
La norma che la Corte analizza nel caso in esame è la direttiva 2008/115, la quale come abbiamo detto, nell'articolo 10 distingue due diverse categorie di obblighi applicabili alle varie fasi della procedura, ossia la fase dell'adozione della decisione di rimpatrio e quella dell'allontanamento, ciascuna disciplinata rispettivamente ai paragrafi 1 e 2. Sulla base di tale norma, si potrebbe affermare che l'obbligo di accertarsi che lo Stato di rimpatrio offra un'accoglienza adeguata è menzionato solo al paragrafo 2, che è una disposizione riguardante unicamente la fase dell'allontanamento. Pertanto risulta chiaramente dall'articolo 10, paragrafo 2, che nell'intenzione del legislatore europeo l'obbligo di cui sopra sorge prima di allontanare il minore, il che lascia intendere che lo Stato membro deve, se del caso, adempiere a tale obbligo in una fase preliminare nella procedura, o addirittura quando sarà venuto il momento di decidere se si debba ordinare o no il rimpatrio del minore. In altri termini, la formulazione di tale disposizione non permette assolutamente di concludere che è sufficiente che le autorità nazionali si accertino, nel corso della procedura di allontanamento, che nello Stato di rimpatrio esistano adeguate condizioni di accoglienza.
Secondo la Corte pertanto è evidente che non è possibile interpretare l'articolo 10 della direttiva 2008/115 senza tener conto di altre disposizioni applicabili al caso di specie che hanno lo scopo di proteggere i diritti del minore non accompagnato, come quella prevista all'articolo 5, lettera a) della direttiva stessa. Tale disposizione infatti, prevede che nell'applicazione della suddetta direttiva gli Stati membri tengano nella debita considerazione l'interesse superiore del bambino[29]. E la determinazione dell'interesse superiore del bambino si basa su una valutazione individuale che tenga

[29] V. «Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations», Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), 18 September 2019, pp. 7 e 23, da cui risulta che l'articolo 10, paragrafo 2, dev'essere interpretato in armonia con l'articolo 5 e con il considerando 22 della direttiva 2008/115 nel senso che le autorità competenti devono accordare un'attenzione preminente all'interesse superiore del bambino lungo tutta la procedura di rimpatrio. Secondo l'agenzia FRA, tale principio generale deve guidare tutti gli atti che conducono all'allontanamento di un minore non accompagnato.

ISSN 2036-7821

conto di più fattori connessi alla sua situazione, ivi comprese le condizioni di accoglienza esistenti nel Paese di rimpatrio.
Inoltre l'obbligo di protezione incombente agli Stati membri presenta un'importanza superiore nel caso in cui il minore, dopo aver richiesto senza successo l'asilo, si trovi di fronte ad un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti nel suo Paese d'origine[30].
A tal proposito teniamo a ricordare che parecchie disposizioni del diritto dell'Unione in materia di asilo e di immigrazione rispecchiano l'impegno di rispettare il principio di *non-refoulement*, come ad esempio l'articolo 19, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali, l'articolo 78, paragrafo1, TFUE, e l'articolo 5 della direttiva 2008/115, per citarne solo alcune.
Proprio l'articolo 5, lettera a), della direttiva 2008/115 infatti traspone al settore del diritto dell'immigrazione dell'Unione l'obbligo derivante dall'articolo 24 della Carta, consistente nell'offrire la protezione e le cure necessarie al benessere dei minori[31], nonché nel vegliare a che in tutti gli atti relativi ai minori, l'interesse superiore del minore sia considerato preminente.
Anche nel diritto internazionale, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della già citata Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo[32], ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione, si ribadisce che "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente". Così come ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, di detta Convenzione, "(…) si darà (…) al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne", il che include altresì ogni procedura di rimpatrio di cui sia oggetto un minore non accompagnato.
L'importanza di tutelare i diritti del fanciullo nel settore dell'immigrazione è parimenti riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte stessa[33]. Infatti come essa ha ricordato nella sentenza *Parlamento c. Consiglio*[34], vertente sull'interpretazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare[35], gli Stati membri debbono "tenere nella dovuta considerazione l'interesse superiore

[30] Ai sensi dell'articolo 15 della direttiva 2011/95.
[31] S. LEMKE, *Europäisches Unionsrecht* (von der Groeben, Schwarze, Hatje), Baden-Baden, 2015, articolo 24, punto 11, p. 664, ritiene che il diritto fondamentale di cui all'articolo 24, paragrafo 1, della Carta sia compromesso ove le autorità vincolate al rispetto di tale disposizione non agiscano attivamente e non offrano una protezione e cure adeguate nella misura necessaria al benessere del minore.
[32] Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 (Raccolta dei trattati delle Nazioni Unite, vol. 1577, pag. 43).
[33] V., per quanto riguarda l'importanza dei diritti del fanciullo in generale per la giurispudenza della Corte, sentenza del 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, EU:C:2008:85, punto 39.
[34] Sentenza del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, C-540/03, EU:C:2006:429, punti 10, 37 e 57.
[35] GUUE 2003, L 251, p. 12.

ISSN 2036-7821

dei minori" nell'attuazione del diritto dell'Unione. Il richiamo secondo cui il rispetto dei diritti fondamentali si impone anche quando il diritto dell'Unione attribuisce agli Stati membri un certo margine di discrezionalità ci sembra pertinente ai fini della causa in questione, in quanto la direttiva 2008/115 permette anch'essa l'adozione delle misure di recepimento per via legislativa e amministrativa, senza specificare però in dettaglio in che modo gli Stati membri debbano adempiere all'obbligo derivante dal suo articolo 10, paragrafo 2.

La Corte dunque in considerazione dell'importanza che il diritto dell'Unione riconosce alla protezione del MSNA, ritiene impensabile che il legislatore possa aver avuto l'intenzione di obbligare gli Stati membri a verificare "unicamente nella fase dell'allontanamento" se esistano o meno condizioni di accoglienza adeguate nello Stato di rimpatrio, tanto più che non è facile stabilire perché lo Stato membro dovrebbe ignorare un aspetto di fatto così importante come la mancanza di accoglienza adeguata nel Paese d'origine al momento di adottare una decisione di rimpatrio, rinviando tale compito all'ultimissima fase della procedura. Secondo la stessa infatti è necessario, al fine di garantire in maniera effettiva la tutela dell'interesse superiore del minore, effettuare una tale verifica in ciascuna fase rilevante della procedura, ivi compreso il momento di prevedere l'adozione di una decisione di rimpatrio. Questo d'altronde viene confermato dall'articolo 24, paragrafo 3, della direttiva 2013/33 in quanto prescrive che "gli Stati membri iniziano a rintracciare quanto prima i familiari del minore non accompagnato, se necessario con l'assistenza di organizzazioni internazionali o altre organizzazioni competenti, non appena sia manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale, sempre tutelandone l'interesse superiore".

Dunque le conclusioni della Corte ricavate dall'analisi di tale questione sono le seguenti.

In primo luogo, si provvede meglio all'interesse superiore del minore quando l'unità del nucleo familiare è garantita [36], il che risulta del resto dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115, che menziona in maniera esplicita la possibilità di una riconduzione ad un "membro della sua famiglia". Tale conclusione è altresì corroborata dalle considerazioni della Corte nella già citata sentenza *Parlamento c. Consiglio* nella quale la stessa Corte ha sottolineato l'importanza del ricongiungimento familiare per il minore migrante, per il fatto che esso gli consente

[36] Il documento «Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations», op. cit., p. 23, nonché la raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione del 16 novembre 2017 che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio (GUUE 2017 L 339, p. 123) raccomandano che venga privilegiato il rimpatrio presso familiari, salvo che ciò non sia manifestamente nell'interessse superiore del minore.

ISSN 2036-7821

di condurre una "vita di famiglia"[37], e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardante il diritto al rispetto della vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[38].

Per motivi di completezza, ci preme evidenziare in tal senso la sentenza *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*[39], pronunciata dalla Corte europea per i diritti dell'uomo alcuni mesi dopo la sentenza *Parlamento c. Consiglio*, nella quale tale giudice ha concluso per una violazione dell'articolo 8 della CEDU nell'ambito di una procedura di rimpatrio, in quanto il Regno del Belgio non aveva adottato le misure adeguate per garantire il ricongiungimento di un minore con la famiglia nel suo Paese d'origine.

In secondo luogo, la Corte rileva che le autorità nazionali sono tenute ad intervenire già nella fase iniziale della procedura di asilo, ossia al momento in cui "sia manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale", il che ha logicamente la conseguenza di far sorgere, in maniera quasi simultanea, l'obbligo di accertarsi che vi siano condizioni di accoglienza adeguate nello Stato di rimpatrio.

La stessa giurisprudenza fornisce vari indizi a sostegno di un'interpretazione che privilegi una valutazione il più possibile precoce delle adeguate condizioni di accoglienza nel Paese di origine. Infatti, come la Corte ha dichiarato nella sentenza *Boudjlida*[40], un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare ha "il diritto di manifestare, prima dell'adozione di una decisione di rimpatrio che lo riguarda, il proprio punto di vista (...) sull'eventuale applicabilità degli articoli 5 e 6, paragrafi da 2 a 5, [della direttiva 2008/115] nonché sulle modalità del suo rimpatrio" [41]. Da ciò ne consegue che, "qualora l'autorità nazionale competente intenda adottare una decisione di rimpatrio, [essa] deve necessariamente rispettare gli obblighi imposti dall'articolo 5 della direttiva 2008/115 e sentire l'interessato in proposito"[42]. Pertanto risulta chiaramente da tale sentenza che considerazioni legate all'interesse superiore del bambino possono eventualmente far sì che l'autorità nazionale "si astenga dall'adottare una decisione di rimpatrio"[43].

Ciò premesso, condividiamo il parere della Corte, secondo cui l'obbligo previsto all'articolo 5, lettera a), della direttiva 2008/115 implica che, quando si prende una

[37] Sentenza *Parlamento c. Consiglio*, punto 69; v., quanto all'importanza del ricongiungimento familiare per il benessere del minore migrante, conclusioni dell'avvocato generale Hogan nella causa *B. M. M. e B. S.* (Ricongiungimento familiare – figlio minore) C-133/19, EU:C:2020:222, paragrafi 1, 2, 43.

[38] Sentenza *Parlamento c. Consiglio* punti 52 e segg., nonché giurisprudenza citata.

[39] Sentenza della Corte EDU del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, CE:ECHR:2006:0126DEC001317803.

[40] Sentenza dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431.

[41] Sentenza dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431, punto 68.

[42] Sentenza dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431, punto 49.

[43] Sentenza dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431, punto 55.

ISSN 2036-7821

decisione riguardante il rimpatrio, le autorità nazionali devono tener conto di una serie di fattori[44] quali l'età del minore, la sua particolare vulnerabilità. Allo stesso tempo in quanto minore non accompagnato e in quanto vittima della tratta di esseri umani, le autorità nazionali devono considerare attentamente il suo collocamento in una famiglia di affidamento al momento in cui la decisione di rimpatrio viene adottata, il suo ambiente sociale e il suo stato di salute mentale, nonché l'eventuale presenza di familiari nel Paese di rimpatrio e, più in generale, la disponibilità o meno di adeguate strutture di accoglienza. Le autorità competenti pertanto devono valutare tali fattori quali si presentano al momento in cui esse decidono di adottare una decisione di rimpatrio. Solo una valutazione globale sulla base di tali fattori infatti permetterà di identificare l'interesse superiore del bambino e di adottare una decisione conforme alle prescrizioni della direttiva 2008/115.

Secondo la Corte dunque un'interpretazione dell'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 che imponga agli Stati membri l'obbligo di effettuare tale verifica "in ciascuna fase rilevante della procedura", e non soltanto al momento di procedere all'allontanamento, risponde nel migliore dei modi all'interesse superiore del bambino, tanto più che tale interesse può variare in relazione alle circostanze[45].

Ciò premesso, vorremmo attirare l'attenzione sul fatto che la stessa Corte ha ricordato, nella sentenza *Gnandi*,[46] che "gli Stati membri devono consentire alle persone interessate di far valere qualsiasi mutamento delle circostanze verificatosi successivamente alla decisione di rimpatrio che presenti rilevanza significativa per la valutazione della situazione degli interessati medesimi con riguardo alla direttiva 2008/115 e, in particolare, all'articolo 5 della stessa"[47]. Deduciamo infatti da tale sentenza che la Corte era già consapevole del fatto che solo una gestione flessibile della procedura, che permetta verifiche ad ogni fase rilevante, garantisce che l'interesse superiore del bambino sia debitamente preso in considerazione. Pertanto in caso di evoluzione sfavorevole delle circostanze, sarebbe ragionevole secondo i giudici europei sospendere gli effetti della decisione di rimpatrio o rinviare la sua esecuzione al fine di evitare una situazione che possa pregiudicare i diritti fondamentali del MSNA. Viceversa, può succedere che l'assenza di condizioni

[44] La determinazione dell'interesse superiore del bambino si realizza attraverso una valutazione individuale che si basa su un approccio pluridisciplinare, associando il tutore designato del minore o la competente autorità di protezione dell'infanzia. Vari soggetti internazionali, quali l'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati, il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti del bambino e il Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia hanno adottato orientamenti interpretativi ed operativi. Vari documenti pubblicati dalle agenzie europee, forniscono un quadro utile dei criteri che le autorità nazionali devono prendere in considerazione nell'ambito di tale valutazione.

[45] Tale interpretazione è del resto conforme alla raccomandazione dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, consistente nel riesaminare periodicamente l'interesse superiore del bambino alla luce dell'evoluzione del singolo caso (v. «Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations», op. cit., p. 12).

[46] Sentenza del 19 giugno 2018, *Gnandi*, C-181/16, EU:C:2018:465.

[47] Sentenza del 19 giugno 2018, *Gnandi*, C-181/16, EU:C:2018:465, punto 64.

ISSN 2036-7821

adeguate per un ritorno del minore nel Paese di origine imponga che una decisione di rimpatrio non sia per nulla adottata, almeno finché non siano ancora state trovate strutture d'accoglienza adeguate.

Secondo la Corte in conclusione l'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115, in combinato disposto con l'articolo 5, lettera a), della stessa, e alla luce dell'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali[48], dev'essere interpretato nel senso che, prima di imporre un obbligo di rimpatrio ad un minore non accompagnato, le autorità dello Stato membro devono accertarsi che nello Stato di rimpatrio sia disponibile un'accoglienza adeguata per il minore non accompagnato di cui trattasi.

Una volta chiarito questo la Corte si accinge ad analizzare un altra questione che le viene sottoposta ossia il fatto di stabilire se uno Stato membro possa operare una distinzione in base all'età di un minore per autorizzarlo a soggiornare nel suo territorio, qualora sia accertato che tale minore non può aver diritto allo *status* di rifugiato o alla protezione sussidiaria.

A questo proposito essa esamina attentamente la nozione di "minore", che conformemente all'articolo 2, lettera d), della direttiva 2013/33, designa qualsiasi cittadino di un Paese terzo o apolide di età inferiore agli anni diciotto.

La direttiva 2013/33 non prevede quindi alcuna distinzione tra i minori in base all'età. Lo stesso vale per la direttiva 2008/115 che il giudice del rinvio chiede alla Corte di interpretare.

Pertanto tenuto conto del contesto normativo abbastanza chiaro, alla Corte appare inconcepibile che una prassi amministrativa avente l'effetto di trattare una categoria di minori, definita in relazione all'età, in maniera meno favorevole rispetto ad un'altra possa essere considerata conforme al diritto dell'Unione[49]. Infatti la prassi amministrativa in questione, che prevede la violazione, da parte delle autorità nazionali, del loro obbligo di effettuare le verifiche necessarie quanto all'esistenza di un'adeguata accoglienza nel Paese d'origine, costituisce un trattamento meno

[48] In base a questo articolo: 1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. 3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

[49] Come afferma R. LAMONT, *Article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *The UE Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2014, p. 672, articolo 24, punto 24.23, la Carta contiene, oltre ai diritti del minore all'articolo 24, un divieto di discriminazione in base all'età all'articolo 21, il che, secondo l'autore, implica che qualsiasi discriminazione di minori (in generale) è vietata. A nostro parere, tale constatazione non esclude che una categoria specifica di minori definita dall'età (ossia quelli di età pari o superiore a 15 anni) possa far valere tale divieto al fine di contestare la legittimità di una disposizione nazionale (di attuazione del diritto dell'Unione) che, come nel caso di specie, abbia l'effetto di trattare tale categoria di minori, in sostanza, come quella dei maggiorenni, in quanto essa viene privata della protezione garantita dall'articolo 24 della Carta, quale concretizzata dal combinato disposto dell'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 e dell'articolo 5, lettera a), di tale direttiva.

ISSN 2036-7821

favorevole dei minori non accompagnati di età pari o superiore a 15 anni, in quanto non viene fatto alcuno sforzo per accertarsi che tali minori crescano in un ambiente che garantisca la loro sicurezza in occasione del loro rimpatrio. Di conseguenza il minore non accompagnato di età inferiore a 15 anni può beneficiare del sostegno delle autorità competenti per la ricerca della sua famiglia o almeno delle adeguate strutture di accoglienza, che contribuiscano così alla sua integrazione nel Paese d'origine. Situazione opposta invece, per il minore di età pari o superiore a 15 anni, che deve rassegnarsi a rientrare senza avere una prospettiva del genere. In tal modo, anche se la prassi amministrativa di cui trattasi non prevede il rimpatrio immediato dell'interessato, in quanto il suo soggiorno nel territorio dello Stato membro è tollerato finché non abbia raggiunto la maggiore età, si può ritenere che la sua situazione sarà meno privilegiata, dato che egli non disporrà, al suo rimpatrio nel Paese d'origine, di alcuna persona di riferimento o di una struttura di accoglienza che possa offrirgli una reale possibilità di integrazione.

Nell'ambito di questo contesto la Corte ha provato ad analizzare i motivi che giustificavano una siffatta disparità di trattamento. In questo senso, conformemente alle informazioni fornite dal governo olandese, la distinzione si basava sul fatto che una procedura di asilo nei Paesi Bassi dura normalmente tre anni. Pertanto è stato adottato un regime speciale di soggiorno per non lasciare i minori per più di tre anni nell'incertezza sulla loro situazione e per fornire loro una prospettiva di futuro. Conformemente a tale regime speciale, veniva concesso un diritto di soggiorno regolare al richiedente asilo che, al termine del periodo di tre anni, fosse ancora minorenne. Di conseguenza, solo i minori di età inferiore a 15 anni potevano venire in considerazione per un siffatto diritto di soggiorno. Da lì discende il requisito secondo il quale il minore doveva avere un'età inferiore a 15 anni al momento della prima domanda di soggiorno. Secondo la spiegazione del governo olandese, infatti le autorità nazionali procedevano ad una valutazione della situazione del minore alla luce di tale regime speciale di soggiorno, solo una volta deciso che egli non veniva in considerazione per un permesso a titolo di asilo.

La Corte a questo proposito condivide i dubbi espressi dal giudice del rinvio riguardo alla conformità, con l'obbligo derivante dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115, di una prassi amministrativa nazionale che si basava su una mera presunzione della durata massima di una procedura di asilo al fine di operare una distinzione fondata sull'età tra i componenti di un gruppo di persone, sebbene questi ultimi si trovassero tutti nella stessa situazione. In tal modo le persone venivano trattate in maniera diversa benché non vi fosse alcun motivo ragionevole per operare una siffatta distinzione se non l'intento di semplificare il lavoro delle autorità nazionali. Infatti, tale distinzione sembrava avere sostanzialmente lo scopo di disciplinare in maniera prevedibile lo *status* di soggiorno dei MSNA ai fini del diritto

ISSN 2036-7821

olandese, privilegiando quelli di età inferiore ai 15 anni rispetto a quelli di età superiore.
Come indicato dal giudice del rinvio, un diritto di soggiorno veniva concesso a tale categoria di minori se essi non potevano ritornare nel loro Paese d'origine o se non potevano lasciare il territorio dei Paesi Bassi. Tali minori che acquisivano diritti al soggiorno durante la loro minore età, non rientravano in patria e non potevano essere riaccompagnati alla frontiera qualora l'indagine prevista all'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 non fosse stata effettuata o non abbia dato alcun risultato. Per contro, per quanto riguarda i minori non accompagnati di età superiore a 15 anni, la prassi amministrativa di cui trattasi sembrava invece incoraggiare le autorità nazionali a rinunciare all'esigenza di condurre indagini, permettendo loro addirittura di astenersi dal procedere all'allontanamento del minore finché quest'ultimo non avesse raggiunto la maggiore età. Pertanto il limite di età di 15 anni era stato appositamente fissato dalle autorità nazionali come un criterio asseritamente chiaro al fine di poter determinare con esattezza il modo in cui conveniva procedere in ciascun singolo caso, anche se tale approccio non trovava alcun fondamento nella direttiva 2008/115, e di conseguenza comportasse gravi rischi nell'ambito della sua corretta applicazione.
Secondo la Corte infatti, tale approccio ha l'effetto di attenuare la protezione cui gli Stati membri sono tenuti nei confronti dei minori non accompagnati in forza del diritto internazionale e del diritto dell'Unione. In questo modo rinunciando ad adempiere agli obblighi ad esse derivanti dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 a favore di una maggior prevedibilità amministrativa, le autorità nazionali agiscono in senso contrario all'obiettivo definito nei Trattati, che è quello di vegliare al benessere del minore. Infatti se le autorità nazionali si astengono dal verificare direttamente la presenza di adeguate condizioni di accoglienza nello Stato di rimpatrio, ciò significa che esse impongono in ultima analisi tale responsabilità al minore non accompagnato, contrariamente a quanto prevede la disposizione di cui sopra.
Inoltre, un siffatto approccio ostacola l'obiettivo di istituire "un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio" basata su norme comuni, così come previsto dai considerando 2 e 4 della direttiva 2008/115. Tale direttiva impone, in forza degli articoli 6 e 8, che gli Stati membri adottino una decisione di rimpatrio "nei confronti di qualunque cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare" nonché "tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio". Pertanto una politica nazionale di sedicente "tolleranza" nei confronti dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare che sia imperniata su una prassi amministrativa indulgente, se non indifferente, da parte delle autorità nazionali, rischia di compromettere il buon funzionamento del diritto dell'Unione in materia di asilo e di immigrazione. Essa infatti ha l'effetto di creare una "zona grigia" di

ISSN 2036-7821

illegalità, permettendo il soggiorno prolungato dei migranti minori nel territorio dello Stato membro malgrado l'esistenza di una decisione di rimpatrio. Tutto questo risulta pregiudizievole per la certezza del diritto e contrario all'obiettivo perseguito dalla direttiva 2008/115, consistente nel garantire che lo *status* di soggiorno dei migranti sia chiarito quanto prima possibile attraverso una decisione amministrativa o giudiziaria ai sensi dell'articolo 3, punto 4, della detta direttiva, e, se del caso, che misure concrete di esecuzione siano prese senza indugio dalle autorità nazionali.

Ne consegue che una prassi amministrativa come quella controversa, che tratta i minori non accompagnati in maniera diversa in base alla loro età, in particolare per quanto riguarda l'obbligo di accertarsi che il Paese d'origine offra loro in linea di principio un'accoglienza adeguata, non è giustificata da ragioni oggettive. Pertanto, essa costituisce una discriminazione vietata dal diritto dell'Unione.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte pertanto ha dichiarato che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, alla luce dell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali, dev'essere interpretato nel senso che non consente agli Stati membri di operare una distinzione in base all'età di un minore non accompagnato per autorizzare il soggiorno sul loro territorio, allorché si accerti che tale minore non possa beneficiare né dello *status* di rifugiato né della protezione sussidiaria.

7. Conclusioni.

L'analisi della normativa internazionale ed europea riguardante i MSNA effettuata in questo lavoro, ha tratteggiato una categoria di soggetti particolarmente vulnerabile portatrice, in considerazione della debolezza che la caratterizza, di istanze di tutela rafforzata.

Tali soggetti richiederebbero una legislazione a livello europeo che sancisca uno standard di garanzie, vincolando gli Stati membri e assicurando una tutela omogenea dei diritti nello Spazio giuridico europeo.

L'intento di implementazione e coordinamento della normativa in materia è, però, allo stato attuale, rimasto parzialmente inattuato.

La Commissione aveva sottoposto all'attenzione del legislatore europeo alcune *pars dolens* della normativa sui minori non accompagnati che necessitavano di un rafforzamento[50]. In particolare, la frammentarietà della disciplina europea, l'esistenza di disposizioni sulla protezione dei minori non accompagnati specifiche per contesto attribuenti livelli diversi di garanzie, circa l'accoglienza ed il trattamento dei minori, a seconda che si tratti di migranti in condizione di irregolarità, di richiedenti asilo o di vittime della tratta, erano stati individuati quali limiti insormontabili all'elaborazione di un credibile e coerente assetto normativo a tutela di tale categoria.

[50] COM(2010)213, p. 9.

ISSN 2036-7821

Come sottolineato anche all'interno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, riguardo ai minori non accompagnati è del tutto impensabile e discriminatorio poter effettuare delle distinzioni in relazione al differente *status* giuridico e ai differenti motivi di ingresso nel territorio europeo. Difatti, la particolare condizione che caratterizza i minori non accompagnati, impone di riconoscere preminenza alla condizione di bambino su quella di migrante e, pertanto, di garantire in maniera effettiva l'applicazione dei principi internazionali previsti a tutela del fanciullo[51].

Ora finalmente la Corte di giustizia impone accanto a questi *dictat* anche il blocco delle espulsioni in mancanza di un accoglienza adeguata, oltre che il divieto di differenziazione tra minori in base all'età. A ciò vanno ad aggiungersi altre criticità poste in luce dalla Commissione e già emerse dall'esame delle direttive nel corso del presente lavoro, quali, a titolo esemplificativo, il fatto che, eccetto per i MSNARA, non sia contemplata per esplicita previsione normativa la nomina di un rappresentante del minore al momento dell' identificazione; che il diritto di essere rappresentati sia previsto solo per i richiedenti asilo; che l'eccessiva genericità delle garanzie sancite rimetta il piano della tutela dei minori alla sostanziale discrezionalità degli Stati membri; che maggiore attenzione dovrebbe essere riservata dalla normativa europea alla scomparsa dei MSNA, problema che alimenta le maglie del traffico degli esseri umani; che dovrebbe essere normativamente risolto il problema della scarsa affidabilità delle tecniche di accertamento dell'età del minore, procedura durante l'arco della quale dovrebbe essere garantita al minore l'assistenza ed il supporto di un tutore; ed infine che si dovrebbero ricercare soluzioni meno farraginose per la ricerca ed il ricongiungimento familiare dei minori, magari anche rafforzando la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri[52].

L'enorme aumento registratosi nel numero di arrivi di migranti nel continente europeo degli ultimi anni ha, poi, fatto emergere in maniera ancora più chiara la già prospettata fragilità del sistema di protezione europeo dei minori migranti. Pertanto anche in quest'occasione con la COM(2017)211 la Commissione è intervenuta individuando una serie di azioni coordinate ed efficaci per la protezione dei migranti da porre in essere nel breve periodo e volte a rimediare alle carenze su aspetti che vanno dall'identificazione, l'accoglienza, l'attuazione delle garanzie procedurali alla creazione di soluzioni durature[53].

In primo luogo, la Commissione ha richiesto al Parlamento ed al Consiglio europeo una implementazione dell'azione esterna della UE attraverso "il sostegno di progetti

[51] A. DEL GUERCIO, *L'accoglienza dei minori non accompagnati in Italia alla luce degli obblighi internazionali*, (a cura di) A.ANZALDI, T. GUARNIER, *Viaggio nel mondo dei minori stranieri non accompagnati: un'analisi giuridico-fattuale*, pp. 14-15.

[52] COM(2010)213, p. 9 ss.

[53] COM(2017)211, p. 3.

volti a tutelare i MSNA nei Paesi terzi lungo le rotte migratorie, in particolare per impedire la tratta o il traffico di minori; il finanziamento di interventi umanitari al fine di aiutare i Paesi *partner* a sviluppare solidi sistemi nazionali di protezione di minori e servizi anagrafici, così come una cooperazione transfrontaliera; l'attuazione degli orientamenti dell'UE in materia di promozione e tutela dei diritti dei minori"[54].
Sul piano, invece, della identificazione e protezione dei minori migranti, la Commissione ha rilevato la necessità di una maggiore efficienza e rapidità delle procedure. Specificatamente, ha sottolineato che "ai minori dovrebbe essere riservata una posizione prioritaria sia nel corso della fase di attraversamento delle frontiere, che in quella di identificazione e registrazione".
Sarebbe importante applicare in tale fase metodi adatti ai minori e che tengano conto della specificità di genere ai fini del rilevamento delle impronte digitali e dei dati biometrici; oltre che garantire che fin dall'inizio della fase di identificazione e di registrazione sia presente una persona responsabile della protezione dei minori, e che in ogni punto di crisi siano nominati incaricati della protezione dei minori ai fini di predisporre procedure e protocolli necessari per riferire e reagire sistematicamente in ogni caso di scomparsa di minori non accompagnati.
Tuttavia vi è ancora una lunga strada da percorrere. Preme, ciononostante sottolineare che in un contesto europeo di tale criticità uno spiraglio di luce verso l'affermazione di diritti e di una tutela rafforzata per i MSNA è stato aperto dall' Italia, con l'approvazione della legge n. 47/2017 recante disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati[55].

[54] COM(2017)211, p. 4 ss.

[55] Ricalcando le linee programmatiche e gli standard qualitativi delineati dal legislatore europeo, la legge 47/2017 sancisce un sistema organico e specifico di accoglienza, con strutture dedicate alla prima accoglienza all'interno delle quali i minori non possono soggiornare per più di 30 giorni, un sistema di seconda accoglienza in centri che aderiscono al Sistema per richiedenti asilo e rifugiati (Sprar) (art. 4) e un sistema omogeneo per l'accertamento dell'età e l'identificazione del minore con la presenza di un mediatore culturale durante i colloqui (art. 5). L'interesse superiore del minore viene, inoltre, fattivamente garantito attraverso una maggiore attenzione ai ricongiungimenti familiari (art. 6); riconoscendo priorità all'affidamento in famiglia come principale forma di accoglienza (art. 7); attraverso il ricorso a due unici tipi di permessi di soggiorno, quello per minore età e quello per motivi familiari, che potranno essere richiesti direttamente alla questura competente anche in assenza della nomina del tutore, eliminando così il pericolo che lungaggini burocratiche possano ledere il rapido riconoscimento dei diritti dei minori (art. 10); attraverso la creazione di regole più chiare per la nomina dei tutori con l'istituzione dell'albo dei tutori volontari a cura dei tribunali per i minorenni (art. 11); attraverso il passaggio della competenza sul rimpatrio assistito al Tribunale per i minorenni, organo costituzionalmente dedicato alla determinazione dell'interesse del minore. La legge Zampa sui MSNA in 5 punti, in www.openmigration. Org.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Cybersecurity e protezione dei dati personali ai tempi dell'accountability: verso un cambio di prospettiva? *

di Filippo Lorè

(Docente a contratto Università degli studi di Bari "A. Moro" per l'insegnamento "Trattamento dei dati sensibili")

e Paolo Musacchio

(Data Protection Officer e avvocato esperto in diritto delle nuove tecnologie)

Sommario

1. Lo scenario normativo europeo in materia di protezione dei dati personali. - 2. Brevi cenni alla normativa in materia di cybersecurity. - 3. Le nuove sfide nella gestione della cybersecurity. - 4. Due figure fondamentali: il responsabile protezione dati e il responsabile per la transizione al digitale. - 5. Conclusioni.

Abstract

This article intends to analyze the recent European regulatory framework which, in the field of data security, focuses on the principle of accountability of the data controller, opening new perspectives, in the public and private sector, in terms of privacy governance. Therefore the analysis will concern, first of all, the Regulation (EU) 2016/679 and the related prescriptions, as well as the legislation on cybersecurity, object of attention by the Italian and European legislators, with the introduction of the NIS Directive, of the Cyber Act and the Perimetro nazionale di sicurezza cibernetica. The new challenges in these areas are decisive in the context of a society called upon to guarantee the free enjoyment of citizens fundamental rights and freedoms.

ISSN 2036-7821

1. Lo scenario normativo europeo in materia di protezione dei dati personali.

Il Regolamento (UE) 2016/679[1], in vigore dal 25 maggio 2018, si pone quali obiettivi principali la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, l'uniformità della normativa negli Stati membri, nonché la libera circolazione dei dati personali. Risulta opportuno ricostruire brevemente come si è arrivati a tale normativa, che, dando forma ad una politica europea comune dei dati personali, è un secondo punto di svolta nell'evoluzione del sistema multilivello di protezione dei dati, risultato di un approfondito confronto con sistemi diversi per cultura e tradizione giuridica, nei quali la tutela assicurata alle informazioni personali non raggiunge, o non sempre garantisce, un livello adeguato ai canoni europei[2]. In precedenza, il primo passo che aveva interrotto l'inerzia in materia di protezione dati, era stata l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza nel 2000, che, sussumendo la dignità tra i valori «indivisibili e universali», aveva collocato la tutela dei dati personali nell'alveo dei diritti fondamentali della persona[3]. La Carta di Nizza, nel solo elencare e schematizzare i diritti che valgono in ambito UE, ha mostrato la sua portata innovatrice. Tra gli altri, quello per cui ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Ne deriva che il diritto alla protezione dei dati è, dunque, attribuito inderogabilmente, senza possibilità di prevedere limiti od esclusioni alla sua titolarità. Allo stesso tempo ne è individuata l'estensione quanto all'oggetto e al contenuto, riferiti alle condizioni che devono osservarsi affinché esso sia effettuato nel rispetto del principio di lealtà, di limitazione delle finalità, del consenso dell'interessato, oppure in presenza di un fondamento legittimo previsto dalla legge[4]. D'altronde, il diritto alla protezione dei dati personali, come riportato da Stefano Rodotà, «nell'età nuova del Web, della continua e massiccia produzione di profili, del *cloud computing*, dell'intelligenza artificiale, di sviluppi come quelli indicati dall'*automatic computing*», deve essere reinventato «non solo perché viene esplicitamente considerato come un autonomo diritto fondamentale, perché si presenta come strumento indispensabile per il libero sviluppo della personalità e per

* Benché il presente lavoro sia frutto della riflessione comune e della collaborazione dei due Autori, tuttavia, i paragrafi 2, 3 e 5 sono stati redatti da Filippo Lorè ed i paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Paolo Musacchio.

[1] REGOLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

[2] R. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di Cuffaro Vincenzo, D'Orazio Roberto, Ricciuto Vincenzo, Giappichelli Editore, 2019, p. 61 ss.

[3] R. D'ORAZIO, *Ibidem.* In proposito v. L. CALIFANO, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in L. CALIFANO – C. COLAPIETRO, *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017

[4] R. D'ORAZIO, *Ibidem*

ISSN 2036-7821

definire l'insieme delle relazioni sociali»[5]. Ai fini della nostra trattazione, giova premettere che una delle grandi innovazioni del Reg. UE 2016/679 è il suo ambito di applicazione. Considerato che la Direttiva 95/46/CE proponeva un approccio statico alla tutela e al trasferimento dei dati, incentrato sulla visione proprietaria del dato, il legislatore europeo del 2016 ha voluto, differentemente, introdurre due criteri per la definizione dell'ambito di applicazione del Reg. UE 2016/679, al fine di estendere l'efficacia spaziale: il criterio di stabilimento, per cui il luogo del trattamento è irrilevante, e il criterio del *target*, che impone di prendere in considerazione l'ubicazione degli interessati. La vigenza della disciplina europea in materia di protezione dei dati riguarda, dunque, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento, anche non stabiliti nell'Unione, le cui attività di trattamento riguardano, tuttavia, l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione[6]. Ed è proprio sui soggetti attivi che, direttamente o indirettamente, operano sulle informazioni personali, che il Regolamento ha inciso in maniera significativa, poiché i relativi ruoli devono essere reinterpretati, adottando l'approccio sostanzialistico di *substance over form*[7]. Il legislatore europeo, a tal riguardo, delinea figure non riconducibili alla classica dicotomia "diritto reale-rapporto obbligatorio", configurando una trama normativa di matrice pubblicistica[8], alla cui sommità è posta l'Autorità garante per la protezione dei dati personali. Stabilito che il fine ultimo del Regolamento è la protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche cui i dati personali si riferiscono, è innegabile la centralità della figura del titolare. Ai sensi dell'art. 2-*quaterdecies* del Codice novellato, infatti, nell'ambito della sua organizzazione, il titolare può individuare dei soggetti autorizzati[9], mediante la produzione di un atto formale che contenga le istruzioni e le modalità attuative delle attività rilevanti, mediante espresso rinvio ai principi del trattamento. Per i soggetti ai quali il titolare abbia invece deciso di esternalizzare alcune delle sue attività, se queste prevedono un trattamento di dati personali, è, altresì, necessaria la formalizzazione dei rapporti mediante una nomina a

[5] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, 2012, p. 319 e ss.

[6] V. anche COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI (EDPB), *Linee-guida 3/2018 sull'ambito di applicazione territoriale del REG. UE 2016/679 (articolo 3) - version adopted after public consultation*, 12 novembre 2019, in https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/riktlinjer/guidelines-32018-territorial-scope-gdpr-article-3-version_it

[7] G. CONTI, *La protezione dei dati personali per titolari e responsabili del trattamento*, Maggioli Editore, 2019, p. 51

[8] N. BRUTTI, *Le figure soggettive delineate dal GDPR, la novità del Data Protection Officer*, in *Privacy digitale*, a cura di Emilio Tosi, Giuffré, 2019, p. 119

[9] Art. 2-Quaterdecies, DECRETO LEGISLATIVO 30 giugno 2003, n.196 recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali", come modificato dal DECRETO LEGISLATIVO 10 agosto 2018, n. 101, Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

ISSN 2036-7821

responsabile del trattamento ("*Data processor*"), figura che, nella definizione del Reg. UE 2016/679 è la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento, ai sensi del citato Regolamento. Tale *Data Processing Agreement* deve contenere tassativamente gli obblighi cui il responsabile del trattamento (che nel nuovo impianto normativo è necessariamente esterno all'organizzazione del titolare) è chiamato a rispondere, vale a dire garantire che il proprio personale abbia un adeguato obbligo legale di riservatezza, rispettare le condizioni per ricorrere a un sub-responsabile del trattamento, assistere il titolare nel rispetto degli obblighi di sicurezza e nello svolgimento della valutazione di impatto *privacy*, avvertire, senza ingiustificato ritardo, il *Data Controller* al ricorrere degli eventi di *data breach*, cancellare e restituire i dati al termine del trattamento, in un formato adeguato e secondo modalità adeguate al progresso tecnologico. Risulta opportuno segnalare, per i profili richiamati, anche il Considerando 79[10], Reg. UE 2016/679, laddove chiarisce che la protezione dei diritti e delle libertà degli interessati, così come la responsabilità generale dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento, esige una chiara ripartizione delle responsabilità, compresi i casi in cui un titolare del trattamento stabilisca le finalità e i mezzi del trattamento congiuntamente con altri titolari del trattamento, o quando l'operazione di trattamento venga eseguita per conto del titolare del trattamento. Purtuttavia, con riferimento all'aspetto sostanziale, che ben si sposa con l'*accountability* richiesta dalla normativa rilevante in materia di protezione dati, non è sempre cristallina la categorizzazione tra la situazione di contitolarità e il rapporto di "soggezione", tipico della subordinazione del responsabile del trattamento nei confronti del titolare. L'art. 26, Reg. UE 2016/679, in tal senso, dispone che, qualora due o più titolari del trattamento determinino congiuntamente le finalità e i mezzi del trattamento, questi sono da considerare quali contitolari del trattamento, con il conseguente onere di formalizzare, in modo trasparente e mediante un accordo interno, le rispettive responsabilità in merito all'osservanza delle prescrizioni impartite dal legislatore europeo in materia di protezione dati, con particolare riguardo all'esercizio dei diritti degli interessati, a disposizione dei quali può essere designato, dai contitolari, un punto di contatto, quale figura di garanzia. Ad ogni modo, autorevole dottrina ha ulteriormente affermato che, qualora il potere decisionale relativo alle modalità di svolgimento del trattamento sia ripartito tra più soggetti, ed a ciascuno di essi spetti, per la parte di competenza, il c.d. *risk assessment* e la determinazione delle conseguenti misure tecniche ed organizzative da adottare,

[10] Giova ricordare, come affermato dalla Corte di Giustizia dell'UE, che il Considerando di un Regolamento, pur non essendo giuridicamente vincolante, «può […] consentire di chiarire l'interpretazione di una *regula juris*» (CGUE, sentenza 13 luglio 1989, causa C-215/88, Casa Fleischhandel / BALM, punto 31).

ISSN 2036-7821

costoro devono essere qualificati come contitolari[11]. Rilevantissima innovazione del Reg. UE 2016/679, prevista all'art. 37, è l'introduzione della figura del responsabile protezione dati (o *data protection officer*), alla cui trattazione si rinvia[12]. La panoramica dei soggetti attivi contempla, altresì, la figura dell'Amministratore di sistema, non esplicitamente richiamata nel Regolamento. L'ambito di responsabilità di tale soggetto sulle operazioni di trattamento dati personali riveste un ruolo fondamentale, in particolar modo per le attività legate alla sicurezza delle banche dati e alla corretta gestione delle reti telematiche. Allo stesso, invero, è demandato l'obbligo di vigilare sul corretto utilizzo dei sistemi informatici, la facoltà di abilitare gli utenti all'accesso alle banche dati, l'attribuzione agli utenti dei profili di autorizzazione, determinati sulle specifiche attività poste in essere dagli autorizzati, che consentono la visibilità dei dati, anche di natura personale, in rapporto ai compiti effettivamente svolti[13]. L'amministratore di sistema, sostanzialmente, è chiamato a mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, secondo indicazione che il Garante, nel 2008,[14] aveva contribuito a rideterminare. In tale Provvedimento, l'Autorità, sulla base delle attività ispettive pianificate nel corso degli anni, ha stabilito l'obbligo per il titolare di designare individualmente i singoli amministratori di sistema, a mezzo di un atto preordinato ad elencare, analiticamente, gli ambiti di operatività consentiti in base al profilo di autorizzazione assegnato. In aggiunta, preme ricordare che il legislatore europeo ha sancito il principio cardine della «liceità del trattamento» dei dati personali e, dunque, elencato, all'art. 6 del Regolamento, le basi giuridiche su cui può essere fondato il trattamento, ossia il consenso dell'interessato, l'esecuzione di un contratto (o misure precontrattuali) di cui l'interessato è parte, l'adempimento di un obbligo legale del titolare del trattamento, la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica, l'attuazione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, e il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, sempreché, su quest'ultima base giuridica, non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati, in particolare se l'interessato è un minore. L'utilizzo della base giuridica del legittimo interesse si attaglia come

[11] F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali, il Regolamento europeo 2016/679*, Giappichelli editore, 2016, p. 55-57

[12] *Infra*, paragrafo 4

[13] F. MODAFFERI, Lezioni di diritto alla protezione dei dati personali, Lulu Editore, 2015, p. 213-214

[14] GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, Provvedimento Generale 27 novembre 2008, Misure e accorgimenti prescritti ai titolari dei trattamenti effettuati con strumenti elettronici relativamente alle attribuzioni delle funzioni di amministratore di sistema con l'intento di promuovere presso Titolari e pubblico la consapevolezza della delicatezza del ruolo di amministratore di Sistema (modificato il 25 giugno 2009). Con il DECRETO LEGISLATIVO 10 agosto 2018, n. 101, che ha modificato il DECRETO LEGISLATIVO 30 giugno 2003, n.196, i provvedimenti del Garante antecedenti al 25 maggio 2018 restano in vigore ove compatibili con il REG. UE 2016/679 e con il nuovo Codice *Privacy*.

ISSN 2036-7821

un'operazione delicata, poiché lo stesso è sotteso ad una situazione giuridica definita, all'esito di una valutazione in ordine al bilanciamento degli interessi coinvolti a cura del titolare del trattamento, chiamato dalla normativa richiamata a valutare autonomamente, nell'ambito del principio di *accountability*, la sussistenza di un legittimo interesse suo, o di terzi, a condizione che non prevalgano i diritti degli interessati[15]. In tal senso, secondo una lettura estensiva del Considerando 47, Reg. UE 2016/679, potrebbe sussistere il legittimo interesse in presenza di una relazione pertinente e appropriata tra l'interessato e il titolare del trattamento. La stessa base giuridica, come affermato più volte nelle interlocuzioni formali del Garante, non può, tuttavia, essere invocata da alcun titolare incardinato nel settore pubblico o privato, per effettuare operazioni di trattamento sulle categorie particolari di dati, o dalle Autorità pubbliche, nell'assolvimento dei propri compiti istituzionali[16]. Risulta opportuno, alla luce di quanto detto, soffermarsi sulle categorie di dati personali poiché tali dati possono assumere connotazioni diverse. L'art. 9, Reg. UE 2016/679, conduce ad un generico divieto di trattamento dei dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, informazioni relative alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona. Tali dati personali, definiti "particolari", ricalcano in gran parte la categoria dei dati definiti "sensibili" nella vecchia formulazione del Codice. Il trattamento di tali categorie di dati, constando di informazioni relative ad aspetti delicati ed intimi della vita delle persone fisiche, presenta forti criticità, poiché un trattamento illecito degli stessi o una violazione dei dati trattati espone gli interessati a serie conseguenze in ordine al libero godimento delle libertà fondamentali. Per tale ragione, il legislatore europeo in materia di protezione dati pone un argine al trattamento delle categorie particolari di dati, fotografando un generale divieto, che viene temperato da alcune significative eccezioni previste dall'art. 9, comma 2, Reg. UE 2016/679, quali, a titolo esemplificativo, i trattamenti basati sul consenso dell'interessato, sull'adempimento di obblighi legali cui è soggetto il titolare, sull'esecuzione di un compito di interesse pubblico rilevante, ai sensi dell'art. 2-*sexies*, Codice novellato, sull'esigenza di tutelare un interesse vitale, sull'essenzialità di accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria, sull'istanza di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica, storica o a fini statistici, e sull'instaurazione del rapporto di lavoro

[15] L. CALIFANO, *Spunti problematici sul trattamento dei dati personali raccolti tramite droni*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Vol. 7, 2020, p. 4

[16] D. KORFF, M. GEORGES, CON IL CONTRIBUTO DEL GARANTE ITALIANO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI & DEI PARTNER DEL PROGETTO, *Manuale RPD - Linee guida destinate ai Responsabili della protezione dei dati nei settori pubblici e parapubblici per il rispetto del Regolamento generale sulla protezione dei dati dell'Unione Europea*, versione approvata dalla Commissione, luglio 2019, p. 199

ISSN 2036-7821

tra titolare e interessato[17]. È di tutta evidenza come il legislatore europeo in materia di protezione dati, da una attenta analisi dell'articolo 9, Reg. UE 2016/679, preveda basi giuridiche specifiche su cui si fondare il trattamento dei dati "particolari", rispetto a quelle generali riportate nell'art. 6 della disciplina rilevante in materia. Per ciò che attiene, in ultimo, alla categoria dei dati relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza, il trattamento di tali dati deve avvenire soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica o se lo stesso è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati[18], disposizione quasi interamente richiamata nell'art. 2-*octies*, comma 1, Codice novellato, laddove consente, fatto salvo quanto previsto dal d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51[19], il trattamento di dati personali relativi a condanne penali e a reati o a connesse misure di sicurezza, solo in presenza di un'apposita norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, che prevedano garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Ne deriva che, a titolo esemplificativo, è lecito il trattamento di tali tipi di dati personali al configurarsi di situazioni ben delineate. Si pensi, nell'ambito pubblico, alle disposizioni in materia di comunicazioni e informazioni antimafia, o anche alle disposizioni vigenti in materia di appalti, considerato che spesso il trattamento di dati relativi a condanne penali si rende necessario nell'ambito delle procedure di appalti pubblici, servizi e forniture, ovvero per poter sottoscrivere contratti di lavoro. Analoghe valutazioni valgono anche per le norme della legge 30 novembre 2017, n. 179, in materia di lotta ai fenomeni corruttivi (*whistleblowing*), nonché per quelle contenute nelle leggi di

[17] G. CONTI, *La protezione dei dati personali per titolari e responsabili del trattamento*, Maggioli Editore, 2019, p. 42 ss.

[18] Art. 10 REG. UE 2016/679. In precedenza, l'articolo 27 del Codice *Privacy* consentiva il trattamento dei dati giudiziari da parte di privati o di enti pubblici economici soltanto se autorizzato da espressa disposizione di legge o provvedimento del Garante che specificasse le rilevanti finalità di interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati trattati e di operazioni eseguibili. Con l'autorizzazione generale n. 7 del 15 dicembre 2016, il Garante aveva indicato una serie di ambiti nei quali, rispettando specifiche prescrizioni ivi contenute e fermi restando i principi generali della disciplina tra cui quello della minimizzazione del trattamento dei dati personali, il trattamento dei dati giudiziari era legittimo (rapporti di lavoro; attività di associazioni e fondazioni; attività dei liberi professionisti; imprese bancarie e assicuratrici; attività di investigazione privata; produzione della documentazione prescritta dalla legge per partecipare a gare d'appalto; accertamento dell'idoneità morale di coloro che intendono partecipare a gare di appalto; adempimento degli obblighi previsti dalle disposizioni in materia di comunicazione e certificazioni antimafia; attuazione della disciplina in materia di attribuzione del rating di legalità delle imprese). Il garante è intervenuto, con il Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 - 5 giugno 2019, sancendo l'incompatibilità con il REG. UE 2016/679 dell'autorizzazione generale n. 7/2016, rendendola di fatto inoperante, tuttavia essa resta un riferimento importante, in attesa dell'intervento del legislatore (e del Ministro della Giustizia, ai sensi del comma 2 dell'art. 2-octies del Codice novellato).

[19] DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2018, n. 51, Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

ISSN 2036-7821

contrasto al terrorismo (legge 15 dicembre 2001, n. 438 e legge 17 aprile 2015, n. 43). Appare opportuno, a questo punto, rivisitare sinteticamente anche i principi generali applicabili in ogni fase del trattamento dei dati personali. Il Regolamento UE 2016/679, infatti, all'art. 5, elenca tali principi, ricalcando, in buona parte, la disposizione di cui all'art.11, della vecchia formulazione del d.lgs. n. 196/2003. Oltre ai principi, richiamati in precedenza, della «liceità del trattamento» dei dati personali, e quello per cui i dati personali devono essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, il legislatore europeo impone, in primo luogo, che i dati siano esatti ed aggiornati. Con riferimento al rapporto tra titolare e interessato, il legislatore europeo ha dedicato un intero Capo (il III) del Regolamento ai diritti dell'interessato. Il trattamento dei dati personali deve essere corretto e trasparente, derivandone che il più importante diritto riconosciuto all'interessato è quello del diritto all'informazione in ordine alla raccolta dei dati personali che lo riguardano. Il legislatore europeo dispone, *apertis verbis*, che l'informativa debba essere rilasciata in forma concisa, trasparente, intelligibile per l'interessato, facilmente accessibile, mediante un linguaggio chiaro e semplice, e secondo formule di garanzia per i soggetti di minore età. Completa la Sezione 2 del Capo III un altro diritto «informativo», vale a dire il diritto di accesso che consente al'interessato di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, di ottenere l'accesso ai dati personali e alle relative informazioni ovvero le finalità del trattamento, le categorie di dati trattati, i destinatari, il periodo di conservazione, i diritti esercitabili dall'interessato, l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione. La Sezione 3 del Capo III del Regolamento è dedicata invece ai diritti di «Rettifica e cancellazione» che configurano la possibilità di ottenere la rettifica dei dati, la cancellazione, la limitazione del trattamento, la notifica del titolare in caso di rettifica, cancellazione dei dati personali o limitazione del trattamento, e la portabilità dei dati. Evidente risulta la spinta del legislatore europeo in materia di protezione dati in ordine all'autodeterminazione dell'interessato, intesa quale piena realizzazione della sua sfera privata mediante il controllo dei flussi di informazioni che lo riguardano. Al modello statico, fondato sul diritto di difendersi da interferenze con la propria sfera privata, si è andata via via affiancando una forma di tutela dinamica, che assicura un potere di reazione ed una serie ampia di garanzie di tipo organizzativo e procedurale[20], consacrata nella Direttiva "Madre" del 1995 e recepita nella legge 31 dicembre 1996, n. 675[21]. L'inadeguatezza della prospettiva civilistica nostrana che operava *ex post*, cioè soltanto dopo che la lesione si era manifestata ha, difatti, indotto

[20] G. MARINI, *Diritto alla privacy*, in A. BARBA, S. PAGLIANTINI, *Commentario del Codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, Vol. III: Delle Persone - Leggi collegate, UTET, 2013, p. 222 ss.

[21] Legge 31 dicembre 1996, n. 675, "Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali"

ISSN 2036-7821

il legislatore nazionale a promuovere una tutela *ex ante* capace di prevenire possibili occasioni di danno e pregiudizio, attraverso una serie di regole riguardanti le modalità di trattamento dei dati e i poteri di intervento indispensabili per seguire i dati nella loro circolazione[22]. Il perimetro della portata del diritto di accesso era stato esteso dal Codice *privacy* del 2003 (art. 7, comma 2, lettere b e c, norma abrogata nel 2018), anche alle «modalità del trattamento» e alla «logica applicata in caso di trattamento effettuato con l'ausilio di strumenti elettronici» con la conseguente configurazione di una situazione strumentale poiché permetteva l'esercizio di altri diritti, quali l'aggiornamento, la rettifica, l'integrazione, la trasformazione in forma anonima ed il blocco dei dati, che consentivano di non perdere il controllo della propria identità in relazione alle attività svolte da altri soggetti[23]. Come osservato in dottrina, il legislatore aveva inteso affidare al Codice l'operatività di una strategia di "ricomposizione" del soggetto dinanzi alla possibile frammentazione della sua identità in una serie di dati (dimensione sincronica) o dalla sua dispersione nel tempo (dimensione diacronica), stante la possibilità che le fisiologiche visioni parziali dell'identità che derivano dalle diverse raccolte di dati, moltiplichino le possibilità di deformazione, controllo tecnologico e classificazione degli individui ("identità sincronica")[24]. È opportuno fare cenno anche al (nuovo) diritto alla portabilità del dato, segnalandosi, però, che sono portabili le sole informazioni personali trattate sulla base del consenso, espresso e libero, o sulla base di un contratto stipulato, e limitatamente ai dati che siano stati "forniti" dall'interessato al titolare. Per tutti i diritti dell'interessato, il termine per la risposta del titolare del trattamento è misurato nel termine di un mese, estendibile fino a tre mesi in casi di particolare complessità, al decorrere del quale il titolare deve comunque produrre un riscontro all'interessato, anche in caso di diniego. Con riferimento, invece, al diritto all'oblio, esso è una particolare declinazione del diritto dell'interessato alla cancellazione del dato personale trattato in violazione della legge, per gli ovvi problemi che emergono qualora l'interessato esiga di "essere dimenticato" nell'ambito dei servizi *online*. Sovente, per determinare l'esistenza del diritto all'oblio, si valuta la sussistenza di un interesse pubblico alla conoscenza dei fatti. Tra i tanti arresti giurisprudenziali intervenuti sull'argomento, molti di essi hanno precisato che finanche la riemersione di un fatto molto lontano nel tempo, che all'epoca rivestiva un sicuro interesse

[22] S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, in *Europa e diritto privato*, n. 1, 2004, p. 2

[23] G. MARINI, *Diritto alla privacy*, in A. BARBA, S. PAGLIANTINI, *Commentario del Codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, Vol. III: Delle Persone - Leggi collegate, UTET, 2013, p. 222 ss.; Cfr. anche S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata*, in Tecnologie e diritti, Bologna, 1995; S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di P. Conti, Roma-Bari, 2005; S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, Riv. critica dir. priv., 2000, 571; S. RODOTÀ, La vita e le regole. Tra diritto e non diritto, Milano, IV ed., 2007.

[24] S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, Riv. critica dir. priv., 1997, p. 583.

ISSN 2036-7821

pubblico, non si traduce, *ipso facto*, nella permanenza dell'interesse anche nel momento attuale[25]. La giurisprudenza europea ha peraltro evidenziato la necessità della prevalenza del diritto alla cancellazione dei dati a fronte dell'interesse pubblico all'informazione non giustificato da particolari ragioni obiettive[26]. Il diritto all'oblio costituisce dunque un interesse tutelato dall'ordinamento e avente come fonte la giurisprudenza cd. normativa, che lo ha identificato nella situazione soggettiva di chi, in contrapposizione al diritto di cronaca (e di critica), ha interesse a che non siano pubblicizzate, mediante l'attività di informazione, vicende che lo riguardano ma che risultano risalenti nel tempo e che già hanno costituito oggetto di attività di informazione[27]. Tale interesse, connesso alla tutela dell'identità personale e della riservatezza, è fondato sulla non attualità dell'interesse pubblico a conoscere determinate vicende[28]. Con l'applicabilità del Reg. UE 2016/679 (e con la conseguente abrogazione dell'art. 11 del Codice *Privacy* operata dal legislatore del 2018) il diritto all'oblio ha una disciplina organica, stanti gli articoli 17, 19 e 21 del Reg. UE 2016/679, tuttavia restano aperte, per il diritto all'oblio, rilevanti questioni alle quali il legislatore europeo non ha dato soluzione[29], in special modo nell'ambiente *online*. Pertanto, le informazioni personali devono essere utilizzate rispettando il presupposto della minimizzazione. La panoramica sui diritti degli interessati può terminare con la descrizione della Sezione 4 del Capo III del Regolamento, dedicata al diritto di opposizione dell'interessato ai trattamenti di dati personali che lo riguardano, compresi i processi decisionali automatizzati e le profilazioni. Il titolare del trattamento si astiene dal trattare ulteriormente i dati personali salvo che egli dimostri l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria. A tenore dell'art. 22, Reg. UE 2016/679, invece, sussiste il diritto dell'interessato a non subire decisioni basate unicamente su trattamenti automatizzati, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida, in modo analogo, significativamente sulla sua persona, norma da raccordare all'art. 15, par. 1, lettera h, laddove stabilisce che l'interessato ha diritto a conoscere l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato. La dottrina è concorde

[25] *Ex multis*, Cass. Civ., 26 giugno 2013, n. 16111, in Foro.it

[26] V. CGUE, Causa C – 131/12, *Google Spain e Inc. vs. Agencia Espanola de Proteccion de Datos e Mario Costeja Gonzalez*, 13 maggio 2014)

[27] S. RUSCICA, P. MONTONE, N. TILLI, *Il diritto all'oblio dopo il nuovo regolamento europeo sulla privacy*, in M. MAGLIO, M. POLINI, N. TILLI, *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*, 2017, p. 110

[28] S. RUSCICA, P. MONTONE, N. TILLI, *Ibidem*, p. 111

[29] V. in tal senso F. DI CIOMMO, *Il diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679. Ovvero, di un "tratto di penna del legislatore" che non manda al macero alcunché*, in Il Corriere Giuridico, 2018

ISSN 2036-7821

nell'affermare che il soggetto destinatario di una decisione basata «unicamente sul trattamento automatizzato» nell'accezione di cui all'art. 22, par. 1, abbia diritto ad essere informato, prima del trattamento, in relazione al se una decisione automatizzata sarà assunta nei confronti. L'interessato potrà poi ottenere conferma del fatto che una decisione automatizzata sia stata effettivamente assunta esercitando il diritto accesso di cui all'art. 15. Il contenuto dell'art. 15 è infatti analogo a quella degli artt. 12 e 13, anche se cambia la struttura, essendo il diritto d'accesso a trasparenza reattiva e non proattiva, poiché il titolare del trattamento dovrà fornire le informazioni solo a fronte di una richiesta dell'interessato. Parte della dottrina ritiene che, anche in mancanza di specifica elaborazione legislativa, esista un diritto di avere una spiegazione in relazione al processo decisionale automatizzato, ossia ottenere informazioni generali sulla funzionalità dell'algoritmo e sulle conseguenze previste del trattamento automatizzato[30]. La stessa dottrina si è interrogata in maniera approfondita anche sull'esistenza di un "diritto alla spiegazione" dell'algoritmo su cui si basa una profilazione, stante la lettura del Considerando 71 del Regolamento, laddove ricomprende, tra le "garanzie adeguate" dell'interessato cui dovrebbe essere subordinato un trattamento automatizzato, il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare tale decisione. Più in particolare, ci si è chiesti cosa significhi (e cosa sia necessario per) spiegare la decisione di un algoritmo. Il *machine learning*, in particolare negli algoritmi di apprendimento automatico supervisionato, si basa sullo scoprire associazioni e correlazioni affidabili, senza preoccuparsi più di tanto delle cause e delle spiegazioni che vanno oltre gli scopi puramente statistici. Orbene, l'uso di decisioni algoritmiche ha portato la dottrina a mettere in guardia dall'implementazione di sistemi che possono rappresentare una Società basata su una "scatola nera", in mancanza di una trasparenza del processo decisionale algoritmico[31]. Tornando alla rassegna dei principi del Regolamento, con riferimento al predetto principio di minimizzazione, esso impone che siano oggetto di trattamento soltanto i dati «adeguati, pertinenti e non eccessivi rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati»[32]. Le categorie di dati scelte per il trattamento devono rispondere all'obiettivo generale dichiarato dal titolare del trattamento, il

[30] B. GOODMAN, S. FLAXMAN, *European Union Regulations on algoritmic decision making and a "right to Explanation"*, Association for the Advancement of Artificial Intelligence, 2016.

[31] B. GOODMAN, S. FLAXMAN, *Ibidem*. Cfr. anche G.GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *Labour&Law Issues*, vol. 6, no. 2, 2020; S. WACHTER, B.MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, vol. 7, no. 2; T. W. KIM, B. R. ROUTLEDGE, *Informational Privacy, A right to explanation, and interpretable AI*, in *IEEE Symposium on Privacy-Aware Computing*, 2018

[32] V. Convenzione n. 108 modernizzata, articolo 5, paragrafo 4, lettera c)

ISSN 2036-7821

quale, a sua volta, dovrebbe limitare rigorosamente la raccolta dei dati indispensabili allo scopo specifico perseguito[33]. L'articolo 5, paragrafo 1, della Convenzione n. 108 modernizzata, contiene, dunque, la previsione del requisito di proporzionalità delle attività di trattamento dei dati personali in relazione allo scopo legittimo perseguito, che è rappresentato dalla sussistenza del giusto equilibrio fra tutti gli interessi in gioco e per tutte le fasi del trattamento. Questo significa che i «dati personali che sarebbero adeguati e pertinenti, ma implicherebbero un'ingerenza sproporzionata nei diritti e nelle libertà fondamentali in gioco, devono essere considerati eccessivi»[34]. In sostanza, il principio in commento ha efficacia trasversale e implica una riduzione al minimo del numero dei dati, del tipo dei trattamenti, dei soggetti che a vario titolo possono avere contezza dei dati e del periodo di conservazione. Risulta necessario, in tale scenario, ridurre al minimo le operazioni di trattamento sui dati personali o, in alternativa, progettare misure tecniche ed organizzative utili a ridurre l'identificazione, anche indiretta, dell'interessato, offrendo una soluzione rispettosa della vita privata, mediante, ad esempio, la tecnica della pseudonimizzazione[35]. Secondo una stretta correlazione, altro principio degno di menzione è l'*accountability* del titolare del trattamento, enunciata agli artt. 5 e 24, Reg. UE 2016/679. Tale principio, che si sostanzia nella responsabilizzazione del titolare del trattamento, affinché quest'ultimo "sia in grado" (*to be able to*) di "rendicontare" (*account*) il rispetto dei principi della normativa rilevante in materia, impone al titolare l'adozione di misure tecniche e organizzative adeguate. Diretta derivazione dell'*accountability* del titolare è la protezione dei dati fin dalla progettazione (by design) e la protezione per impostazione predefinita (by default), principi enunciati nell'art. 25 della legislazione europea in materia di protezione dati. Affinché possa operare al meglio, infatti, la protezione dei dati deve essere integrata nell'intero ciclo di vita di una tecnologia, di un servizio o di un processo, sin dalla relativa progettazione[36]. In ultimo, perno centrale dell'impianto normativo del Regolamento 2016/679 è il principio di sicurezza del trattamento, enucleato nell'art. 32, laddove stabilisce che il titolare e il responsabile del trattamento «mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, che comprendono, tra le altre, se del caso: la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali; la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento; la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso

[33] FRA – AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (CONSIGLIO D'EUROPA), GARANTE EUROPEO DELLA PROTEZIONE DEI DATI, *Manuale del diritto europeo in materia di protezione dei dati*, 2018, p. 142

[34] Relazione esplicativa della Convenzione n. 108 modernizzata, punto 52.

[35] N. BERNARDI (a cura di), *Privacy. Protezione e trattamento dei dati*, Wolters Kluwer, 2020, p. 82

[36] E. LUCCHINI GUASTALLA, *Privacy e data protection: principi generali*, in *Privacy digitale*, a cura di Emilio Tosi, Giuffré, 2019, p. 86

ISSN 2036-7821

dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico; una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento». Questa elencazione non è chiaramente esaustiva, poiché si rende necessario valutare il caso concreto, in base al livello di rischio individuato. Va segnalato che, con l'abrogazione dell'art. 33 e dell'Allegato B del Codice *Privacy*, intervenuta ad opera del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, oggi non esistono più nel nostro ordinamento le "Misure minime di sicurezza" contenute nel richiamato Allegato (quali autenticazione, autorizzazioni, liceità dei trattamenti, backup, Documento Programmatico sulla Sicurezza (DPS), cifratura)[37]. In tale contesto, può rappresentare una minaccia per i diritti delle persone fisiche, una violazione dei dati personali ovvero, ai sensi dell'4, n. 12, Reg. UE 2016/679, la violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati. Le misure di sicurezza tecniche e organizzative, che devono essere progettate alla luce della prassi consolidata, devono garantire, infatti, un livello di sicurezza adeguato al rischio (art. 32, Reg. UE 2016/679). Invero, le violazioni dei dati possono interessare la riservatezza, qualora si verifichi una divulgazione o un accesso a dati personali non autorizzato o accidentale, l'integrità, nel momento in cui si determini un'alterazione di dati personali non autorizzata o accidentale, e la disponibilità, ove si accerti la perdita, l'inaccessibilità, o la distruzione, accidentali o non autorizzate, di informazioni personali. Quanto agli obblighi in capo al titolare del trattamento, in caso di violazione dei dati, egli è tenuto, tranne che nel caso in cui sia improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche, a notificare l'evento all'Autorità di controllo nazionale senza ingiustificato ritardo e, ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne è venuto a conoscenza[38]. Ancora, nell'ipotesi in cui dalla violazione dei dati personali possa derivare un forte pericolo per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati, questi ultimi devono essere informati dal titolare, senza ingiustificato ritardo, al fine di consentire loro di avviare le azioni necessarie a limitare le conseguenze derivanti dalla predetta violazione.

2. La normativa in materia di cybersecurity.

Il quadro normativo in esame è ulteriormente delineato dalle disposizioni del legislatore europeo e nazionale in materia di sicurezza informatica, ramo che si

[37] V. anche art. 132-ter, DECRETO LEGISLATIVO 30 giugno 2003, n.196 recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali", come modificato dal DECRETO LEGISLATIVO 10 agosto 2018, n. 101

[38] GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, Provvedimento sulla notifica delle violazioni dei dati personali (data breach), 30 luglio 2019, in *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9126951*

ISSN 2036-7821

occupa dell'analisi delle minacce, della vulnerabilità e del rischio associato agli *asset* informatici, al fine di proteggere gli stessi da attacchi che potrebbero provocare danni rilevantissimi[39]. Il termine è spesso sostituito con il neologismo "*cybersecurity*", con cui si vuole intendere un approccio mirato ad enfatizzare non tanto le misure di prevenzione di accadimento delle minacce, quanto quelle di protezione, che tendono a mitigare la gravità del danno realizzato al verificarsi di una minaccia[40]. In tale direzione, fondamentale, in ambito UE, è stata l'adozione, nel 2016, della Direttiva NIS[41] (*Network and Information Security*), attuata in Italia con il d.lgs. 18 maggio 2018, n.65, che funge da "armonizzazione minima", con l'eccezione dei fornitori di servizi digitali, per i quali è misura di "armonizzazione massima"[42]. Ne deriva che tale normativa ha rappresentato la prima legislazione "orizzontale" preordinata ad affrontare le nuove sfide della *cybersecurity* e che vede, tra i suoi scopi, il miglioramento e il potenziamento delle capacità degli Stati membri, il rafforzamento della cooperazione, e, in particolar modo, la promozione di una cultura di gestione del rischio e di segnalazione degli incidenti tra gli operatori economici di servizi essenziali (OES o OSE) e i fornitori di servizi digitali (DSP), i quali sono tenuti all'adozione di misure tecniche ed organizzative adeguate, preordinate alla prevenzione degli incidenti informatici, da notificare al *Computer Security Incident Response Team* (CSIRT) e alle Autorità competenti NIS, autorizzate, altresì, ad irrogare sanzioni amministrative. L'aumento dei livelli di *cybersecurity* e dell'armonizzazione dei medesimi nell'Unione passa per il ruolo fondamentale di coordinamento dell'Agenzia dell'Unione europea per la *cybersecurity* (ENISA)[43]. Proprio con il precipuo scopo di delineare la cornice normativa, il 27 giugno 2019, è entrato in vigore una prima parte del Regolamento (UE) 2019/881[44], anche detto *Cybersecurity Act* o *CyberAct*, che ha rafforzato il ruolo dell'ENISA e definito un quadro UE per l'introduzione di sistemi europei di certificazione della *cybersecurity* dei prodotti, dei servizi e dei processi. Il citato Regolamento ha lo scopo di rendere sicuro il mercato unico digitale, di favorire un elevato livello di *cybersecurity*, di *cyber* resilienza e di fiducia all'interno dell'Unione. Con riguardo al ruolo affidato ad ENISA, invece, il *CyberAct* ha previsto nuove competenze, per prima quella legata al conseguimento di

[39] M. MAGLIO, *Cybersecurity e dati personali*, in M. MAGLIO, M. POLINI, N. TILLI, *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*, 2017, p. 719

[40] M. MAGLIO, *Ibidem*

[41] DIRETTIVA (UE) 2016/1148 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione

[42] F. LORÈ, *La sicurezza dei dati personali: misure e strategie alla luce delle recenti novità normative in materia di cyber security*, in Ratio Juris, Settembre 2019

[43] F. LORÈ, *Ibidem*

[44] REGOLAMENTO (UE) 2019/881 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, del 17 aprile 2019, relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 («regolamento sulla cibersicurezza»)

ISSN 2036-7821

un elevato livello comune di *cybersecurity* nell'Unione, anche sostenendo attivamente gli Stati membri, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione nelle azioni di miglioramento delle *best practices*. In tale contesto, su base nazionale, non può trascurarsi il Piano Triennale per l'Informatica nella pubblica amministrazione, redatto da AgID e approvato dal Presidente del Consiglio, che funge, per i pubblici Uffici, da supporto nella definizione del processo di trasformazione digitale e di sviluppo dei sistemi informativi, in attuazione del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Il Piano fissa i principi fondamentali, le regole di usabilità e interoperabilità, la logica di classificazione delle spese ICT, nell'ottica di una razionalizzazione di spesa e di miglioramento dei servizi offerti a cittadini e imprese. Più in particolare, il Piano Triennale 2020-2022[45], naturale evoluzione della versione precedente, punta principalmente allo sviluppo della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche, alla sostenibilità ambientale e alla maggiore diffusione delle nuove tecnologie digitali nel settore privato, mediante incentivi alla standardizzazione, innovazione e sperimentazione nell'ambito dei servizi pubblici, con particolare attenzione alla misurazione dei risultati e alla qualità dei dati. In tale contesto, principio assolutamente rilevante è quello della "sicurezza e *privacy by design*". Orbene, i servizi digitali devono essere progettati ed erogati in modo sicuro, favorendo l'adozione di meccanismi di tutela dei dati personali. Strettamente correlato a quanto riportato, infine, è il "Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica"[46], introdotto nel nostro ordinamento dalla legge 18 novembre 2019, n. 133, il cui scopo è quello 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 in Italia. La strategia del legislatore si concentra essenzialmente su tre punti chiave: la *cybersecurity*, la ricerca di competenze specifiche nel settore di riferimento e le linee di azione per l'attuazione delle disposizioni normative. In ossequio alla legislazione europea accennata, la legge 18 novembre 2019, n. 133, è caratterizzata anche dalla presenza di stringenti obblighi per gli operatori dei servizi essenziali, dei servizi digitali e delle imprese che forniscono reti pubbliche di comunicazioni e servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, inclusi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica. Il primo dei quattro DPCM attuativi del Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica è entrato in vigore il 5 novembre 2020[47] e stabilisce le macrocategorie di destinatari della sua disciplina, ossia, da un lato, i soggetti che esercitano una funzione essenziale dello Stato, vale a dire coloro i quali l'ordinamento attribuisce compiti rivolti ad assicurare la continuità dell'azione di Governo e degli Organi

[45] DPCM 17 Luglio 2020, Approvazione Piano Triennale per l'informatica nella PA 2020-2022

[46] G. ZICCARDI, P. PERRI, *Tecnologia e diritto, Informatica giuridica avanzata*, Giuffrè Francis Lefebvre, Volume 3, 2019, p. 207-209

[47] DPCM 30 luglio 2020, n. 131, Regolamento in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica

ISSN 2036-7821

costituzionali, la sicurezza interna ed esterna e la difesa dello Stato, le relazioni internazionali, la sicurezza e l'ordine pubblico, l'amministrazione della giustizia, la funzionalità dei sistemi economico, finanziario e dei trasporti, dall'altro, i soggetti che prestano un servizio essenziale per gli interessi dello Stato, ovvero qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che presti un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato. Ciascuna amministrazione ha il compito dell'identificazione delle funzioni essenziali e dei servizi essenziali di diretta pertinenza, ovvero esercitati o prestati da soggetti vigilati o operatori anche privati, che dipendono da reti, sistemi informativi o servizi informatici e la cui interruzione o compromissione possa arrecare un pregiudizio per la sicurezza nazionale. Le stesse predispongono una proposta di lista di questi operatori da sottoporre al Comitato Interministeriale per la Sicurezza della Repubblica (CISR) e al CISR tecnico. Nel caso in cui uno dei soggetti rientranti nei settori inclusi nel Perimetro fosse vittima di un attacco *cyber* sarà obbligato ad informare entro 6 ore al massimo lo CSIRT (*Computer Security Incident Response Team*), ovvero il gruppo di esperti istituito presso il DIS (Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza della Presidenza del Consiglio dei Ministri). La notifica, che può essere anche su base volontaria, verrà inoltrata alle autorità preposte: il Viminale e la presidenza del Consiglio per le notifiche di soggetti pubblici, il MISE per quelli privati. Si noti la differenza con il termine di 24 ore previsto dalla Direttiva NIS, lì dove si enuncia che per incidente si intende «ogni evento di natura accidentale o intenzionale che determina il malfunzionamento, l'interruzione, anche parziali, ovvero l'utilizzo improprio delle reti, dei sistemi informativi o dei servizi informatici». In caso di grave violazione, scatta il coinvolgimento dell'NSC, il Nucleo per la sicurezza cibernetica, che proporrà al Presidente del Consiglio una possibile risposta all'attacco e coordinerà il ripristino del servizio. I principali punti di contatto con la disciplina *privacy* attengono alla valutazione delle conseguenze derivanti dalla perdita di disponibilità, integrità o riservatezza dei dati, la capacità di ripristino della disponibilità dei dati durante l'evento, l'applicazione dei principi di *privacy by design* e *privacy by default* nel trattare i dati dei soggetti inclusi nel Perimetro. I più recenti provvedimenti dell'esecutivo in tale ambito possono essere ricondotti nei due decreti del Presidente del Consiglio entrati in vigore il 14 gennaio del 2021[48], con cui si è

[48] DPCM 18 dicembre 2020, n. 179, Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, che individua i beni e rapporti di interesse nazionale in cui si applica il *Golden power* nei settori energia; acqua; salute; archiviazione, accesso e controllo di dati e informazioni sensibili; infrastrutture elettorali; settore finanziario, compreso quello creditizio e assicurativo e infrastrutture dei mercati finanziari; intelligenza artificiale, robotica, semiconduttori, cybersicurezza, nanotecnologie e biotecnologie; infrastrutture e tecnologie aerospaziali non militari; approvvigionamento di fattori produttivi critici in ambito siderurgico e del settore agroalimentare; prodotti a duplice uso (civile e militare); DPCM 23 dicembre 2020, n. 180, Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2,

ISSN 2036-7821

definito il perimetro di competenza della normativa *Golden Power*. Il raccordo con la normativa sul cd. *Golden Power* in materia di apparati e tecnologie 5G, per gli aspetti relativi alla valutazione tecnica dei fattori di vulnerabilità, affidata al Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN), giocherà un ruolo fondamentale, così come l'assegnazione al Presidente del Consiglio di strumenti d'immediato intervento che consentano, su deliberazione del Comitato Interministeriale per la Sicurezza della Repubblica (CISR), di affrontare con la massima efficacia e tempestività situazioni di rischio grave e imminente per la sicurezza nazionale in ambito *cyber*[49]. In definitiva, non possono negarsi i ritardi accumulati nel tempo e aggravati a causa dell'emergenza pandemica da Covid-19, tuttavia il Perimetro italiano, esperienza peculiare, ha suscitato interesse fuori dai confini nazionali, incassando l'importante apprezzamento del NIS *cooperation group* europeo e ponendo le premesse per la costruzione di un sistema all'avanguardia e, soprattutto, efficace. Si segnala tuttavia che, conscia di quanto il livello di cibersicurezza nel *business* sia ancora basso in tutta Europa, la Commissione Europea recentemente ha annunciato due nuove direttive sui temi della protezione delle infrastrutture critiche e della *cybersecurity*: la Direttiva NIS 2 e la Direttiva ICE. La prima, tesa a rimpiazzare la Direttiva NIS del 2016, individua alcuni settori strategici (energia, trasporti, banche, infrastrutture dei mercati finanziari, sanità, acqua potabile, acque reflue, infrastrutture digitali, pubblica amministrazione, spazio), ed altri definiti comunque "entità importanti", dunque degni di attenzione (servizi postali e corrieri, smaltimento rifiuti, manifattura, produzione e distribuzione di prodotti chimici, produzione, elaborazione e distribuzione di alimenti, manifattura, provider di servizi digitali), nel solco tracciato dal legislatore italiano con il Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, ai fini di un'armonizzazione nel panorama europeo in materia di cibersicurezza. Strettamente correlato a questa riforma è il tentativo, del legislatore europeo, di operare un lavoro di aggiornamento della Direttiva ICE 2, che revisiona la 114/08 sulle Infrastrutture critiche europee in materia di resilienza delle entità critiche rispetto a minacce fisiche, contemplando anch'essa un elenco di operatori e di settori essenziali da coinvolgere.

---

comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, che individua gli attivi di rilevanza strategica nel sistema energetico nazionale nelle reti energetiche di interesse nazionale, e nei relativi rapporti convenzionali, includendovi: a) rete nazionale di trasporto del gas naturale e relative stazioni di compressione e centri di dispacciamento, come individuata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, nonché gli impianti di stoccaggio del gas; b) infrastrutture di approvvigionamento di energia elettrica e gas da altri Stati, compresi gli impianti di rigassificazione di GNL *onshore* e *offshore*; c) rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica e relativi impianti di controllo e dispacciamento; d) attività di gestione e immobili fondamentali connessi all'utilizzo delle reti e infrastrutture di cui alle precedenti lettere a), b) e c).

[49] COMITATO INTERMINISTERIALE PER LA SICUREZZA DELLA REPUBBLICA (CISR), SISTEMA DI INFORMAZIONE PER LA SICUREZZA DELLA REPUBBLICA 2019, *Documento di sicurezza nazionale*, Allegato alla *Relazione Annuale al Parlamento 2019*, p. 13

ISSN 2036-7821

3. Le nuove sfide nella gestione della cybersecurity.

La sicurezza delle informazioni e dei dati, in determinate realtà, è ancora percepita come mero adempimento, sia sotto il profilo economico sia sotto il profilo organizzativo. Appare necessario che le pubbliche amministrazioni e le Aziende interessate sviluppino sistemi di gestione del rischio che consentano di limitare i pericoli dell'interconnessione, mediante un'opera di sensibilizzazione e di rinnovamento, con il precipuo scopo di scongiurare il verificarsi di situazioni afflittive in merito alla sicurezza, con le relative conseguenze che ne potrebbero scaturire. La sicurezza dei dati, infatti, non deve essere percepita, come un aggravio economico, bensì come un *asset* indispensabile, considerato l'aumento esponenziale degli attacchi informatici degli ultimi anni. Si rende essenziale, allora, la pianificazione di strategie tecniche ed organizzative, mediante un lavoro basato sulla consapevolezza dei soggetti che operano con strumenti elettronici, nonché l'adozione di *policies* efficaci e mirate sessioni formative rivolte ai soggetti autorizzati. Negli ultimi anni, causa l'aumento dei *devices*, degli oggetti connessi mediante tecniche di intelligenza artificiale, e l'entrata in vigore negli ordinamenti giuridici europei dei principi contenuti nel Reg. UE 2016/679, le problematiche relative alla tutela dei dati personali sono salite alla ribalta dell'analisi accademica e politica, con una conseguente maggiore attenzione ai temi della *cybersecurity*. A tal riguardo, già nel Rapporto Clusit 2015[50] si leggeva che, sulla base di studi settoriali avviati su scala mondiale, diverse Organizzazioni, appartenenti a differenti settori merceologici, avevano subito un elevatissimo tasso di compromissione del proprio patrimonio informativo rilevante. La crescita del fenomeno negli ultimi anni, pertanto, angustia le amministrazioni pubbliche, alla luce della quantità e qualità delle risorse che gli attaccanti possono mettere in campo, con strategie e strumenti sofisticati finalizzati ad esfiltrare dati dei pubblici Uffici senza alcuna possibilità di difesa per questi ultimi[51]. Il legislatore europeo, nel 2016, ha optato allora per l'approccio "*Cybersecurity by Law*", scatenando la corsa alla "*compliance*" da parte di tutte le realtà produttive, la cui *mission* principale è quella di adottare, con il minimo sforzo, quelle "misure di sicurezza adeguate" che consentano di evitare i provvedimenti sanzionatori delle Autorità di controllo. Tutto ciò, inevitabilmente, può contribuire a diffondere un falso senso di sicurezza, poiché il termine "*compliance*" non coincide automaticamente con quello di *security*. Non a caso, il Reg. UE 2016/679 menziona le misure di sicurezza "adeguate", e alcuni eventi recenti insegnano che per gli Enti non può ritenersi sufficiente il generico rispetto delle norme in vigore per minimizzare il

[50] CLUSIT – ASSOCIAZIONE ITALIANA PER LA SICUREZZA INFORMATICA, Rapporto 2015 sulla sicurezza informatica in Italia, 2015, in https://clusit.it/pubblicazioni/.

[51] M. IASELLI, *Manuale operativo del D.P.O.*, Maggioli Editore, 2018, p. 105

ISSN 2036-7821

rischio di violazione[52]. Risulta di tutta evidenza il necessario ricorso alle competenze in *Identity and Access management* (IAM), *Secure Content and Threat Management* (SCTM), e in Sicurezza e gestione delle vulnerabilità[53]. A tal riguardo, preme ricordare che il tema della sicurezza delle informazioni non è legata soltanto alla riservatezza del dato, bensì anche alla sua disponibilità e alla sua integrità. Si pensi, infatti, ai frequenti attacchi "*ransomware*" sferrati agli Enti pubblici locali, che mettono a rischio la disponibilità dei servizi delle amministrazioni pubbliche, nonché al proliferare delle applicazioni mediche, la cui sicurezza desta più di una preoccupazione, in special modo, quando l'utilizzo delle stesse persegue le finalità di cura dei pazienti affetti da malattie croniche. Il *risk-based approach*, allora, pur non essendo il rimedio a tutti i mali, può assumere spessore, poiché misura il livello di rischio calcolando, rispettivamente, il parametro della probabilità di accadimento delle minacce e quello relativo alla gravità delle conseguenze (impatti sulle persone fisiche interessati). I risultati di tale impostazione generano benefici in merito alla minimizzazione degli episodi di violazione di dati personali. In ipotesi, il *data breach*, che consegue agli incidenti di sicurezza sui dati personali, infatti, può condurre alla configurazione di danni di natura sociale, reputazionale ed economica, in considerazione del limitato arco di tempo a disposizione del titolare del trattamento per difendersi adeguatamente (e, quindi, tentare di rimediare all'evento). Senza contare che, se l'incidente di sicurezza riguarda anche dati personali, ai sensi dell'art. 33 Reg. UE 2016/679, il titolare del trattamento, entro 72 ore dal momento in cui è venuto a conoscenza dell'evento, a meno che sia improbabile che la violazione presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone, deve procedere alla notifica al Garante. Invero, non va trascurato che, nella perdurante fase emergenziale da Covid-19, il rischio associato alla grande diffusione del telelavoro ha "ingolosito" i criminali informatici. Più in generale, secondo il *Cybermalveillance* (iniziativa del governo francese per rispondere al numero crescente di atti *cyber*-dannosi) gli strumenti di attacco più diffusi, ad oggi, sono rappresentati dal *phishing* e dal *ransomware*, vale a dire tecniche di furto di dati e organizzazione di falsi ordini di trasferimento, allo scopo di sottrarre credenziali e dati, e di mettere in atto un sistema di frodi, creando un danno all'attività e all'immagine dell'azienda o dell'organizzazione[54]. Appare chiaro quanto sia preziosa, in tal senso, la previsione,

[52] Con una Nota del 2 aprile 2020, il Garante per la protezione dei dati personali ha comunicato di aver avviato un'istruttoria, a seguito delle numerose segnalazioni pervenute e della notifica di data breach effettuata dall'INPS e che ha riguardato il suo sito istituzionale, allo scopo di effettuare opportune verifiche e valutare l'adeguatezza delle contromisure adottate dall'Ente e gli interventi necessari a tutelare i diritti e le libertà degli interessati.

[53] D. BENEDETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli Editore, 2018, pp. 261-263.

[54] PUBLIC INTEREST GROUPING ACTION AGAINST CYBERMALVEILLANCE (GIP ACYMA), *Recommandations de sécurité informatique pour le télétravail en situation de crise*, 23 marzo 2020, in https://www.cybermalveillance.gouv.fr/tous-nos-contenus/actualites/recommandations-securite-informatique-teletravail.

ISSN 2036-7821

sulla base dell'articolazione degli Uffici degli Enti pubblici e delle Organizzazioni, di un processo di *Incident Response*, e, conseguentemente, l'elaborazione, *by design*, di una *policy* utile alla gestione dell'evento di *data breach*, mediante la composizione di una dedicata "unità di crisi" e una netta ripartizione dei ruoli dei protagonisti chiamati in causa.

4. Due figure fondamentali: il responsabile protezione dati e il responsabile per la transizione al digitale.

Sulla base del contesto rappresentato, emerge con forza l'importanza della nomina di un responsabile protezione dati (o *data protection officer*), anche laddove tale nomina non sia obbligatoria. Il legislatore europeo in materia di protezione dati, orbene, ha introdotto nel *corpus* normativo, all'art. 37, Reg. UE 2016/679, tale figura, da designare obbligatoriamente dal titolare del trattamento e dal responsabile del trattamento ogniqualvolta il trattamento sia effettuato da un'Autorità pubblica o da un organismo pubblico, quando le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistano in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e finalità, richiedano il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala, o, ancora, se le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento si concretizzino nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati o di informazioni relative a condanne penali e a reati. Se ne desume che, alla luce delle novità precedentemente evidenziate, il legislatore europeo sembra affidare al responsabile protezione dati un ruolo di garanzia della *compliance*, alla stregua di un "garante interno"[55], lì dove le disposizioni rilevanti in materia richiamano il titolare e il responsabile al tempestivo ed adeguato coinvolgimento del *data protection officer* in tutte le questioni che possono impattare sui diritti e le libertà fondamentali degli interessati. La selezione di quest'ultimo, come richiamato più volte dal Garante per la protezione dati[56], deve tenere conto delle competenze giuridiche, informatiche e manageriali maturate, della conoscenza tecnica del contesto in cui opera il titolare del trattamento e, specialmente, della capacità di assolvere ai propri compiti e promuovere la cultura della protezione dei dati all'interno dell'organizzazione. I compiti del *data protection officer*, tracciati nell'art. 38, Reg. UE 2016/679, sono essenzialmente finalizzati a sorvegliare l'osservanza della normativa in materia, informare e fornire consulenza al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento, nonché ai soggetti autorizzati che, operativamente, eseguono le operazioni di trattamento. Ne deriva che al responsabile

[55] N. BRUTTI, *Le figure soggettive delineate dal GDPR, la novità del Data Protection Officer*, in *Privacy digitale*, a cura di Emilio Tosi, Giuffré, 2019, p. 149

[56] GARANTE PER LA PROTEZIONE DATI PERSONALI, *Quesiti in materia di certificazione delle competenze ai fini della prestazione di consulenza in materia di protezione dei dati personali*, 28 luglio 2017, in https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7057222

ISSN 2036-7821

protezione dati è demandato il compito di "rappresentare" il titolare del trattamento in tutte quelle attività che richiedono la cooperazione con l'Autorità di controllo e ogni ulteriore interlocuzione formale con la stessa per questioni connesse al trattamento, tra cui la consultazione preventiva, espressamente prevista dall'art. 36 del Regolamento. Ulteriore compito afferente al responsabile della protezione dati è quello di rilasciare un parere (e sorvegliarne lo svolgimento) in ordine alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati. In tal senso, quando un trattamento può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, infatti, ai sensi dell'art. 35 Reg. UE 2016/679, il titolare, sin dalla fase di progettazione, effettua una valutazione dell'impatto sulla protezione dei dati personali in ordine alle operazioni di prossima attuazione (*Data Protection Impact Assessment*), procedura tecnica che tratteggia gli elementi essenziali delle operazioni di trattamento, finalizzata a valutare e a prevedere, all'esito, l'adozione di misure tecniche necessarie a preservare le libertà fondamentali degli interessati. Sono state individuate, sotto un profilo più operativo, delle attività imprescindibili per il responsabile protezione dati nell'esercizio della propria funzione[57]. Tale figura, che deve avere un'approfondita conoscenza di tutti gli aspetti organizzativi dell'organizzazione, anzitutto ha un ruolo di supervisione su una serie di attività del titolare del trattamento quali la mappatura dei trattamenti, attraverso la diretta compilazione del registro delle operazioni di trattamento, ai sensi dell'art. 30, Reg. UE 2016/679, l'individuazione di un organigramma *privacy*, la formazione dei soggetti autorizzati dal titolare, la redazione di specifiche *policies* del trattamento dei dati, la predisposizione di un'efficace strategia in materia di sicurezza informatica, la predisposizione di procedure in caso di *data breach*, la gestione degli audit interni ed esterni. In secondo luogo il responsabile protezione dati cura i rapporti con gli interessati e con l'Autorità Garante, nonché il proprio aggiornamento professionale[58]. Di tal guisa, si può affermare che non si è ancora compresa fino in fondo, nel settore pubblico come nel settore privato, l'importanza della figura del *data protection officer*. Eppure, la designazione di un responsabile per la protezione dati genera benefici sia in termini di sicurezza dei trattamenti, ponendo al riparo le amministrazioni dal rilevante impianto sanzionatorio, sia sotto il profilo puramente giuridico. In primo luogo poiché, per gli Enti pubblici, sarebbe grave la mancata adozione degli adempimenti normativi nella gestione dei rapporti con le terze parti cui vengono affidati servizi che implicano il trattamento di dati personali degli interessati, stante l'obbligo

[57] A. TORTORA, *Il nuovo regolamento europeo per la protezione dei dati (GDPR) e la figura del Data Protection Officer (DPO): incidenza sulla attività della pubblica amministrazione*, Rivista di diritto amministrativo, Amministrativ@mente, Numero 5-6, 2018, pp. 19-21.

[58] F. LORÈ, *Il ruolo del Responsabile della protezione dei dati personali nella pubblica amministrazione alla luce del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali UE 2016/679*, Rivista di diritto amministrativo, Amministrativ@mente, Numero 7-8, 2018, pp. 12-14.

ISSN 2036-7821

cogente della nomina del responsabile del trattamento nei casi di esternalizzazione delle attività di trattamento dei dati. L'art. 28, par. 3, Reg. UE 2016/679, difatti, impone che i trattamenti da parte di un responsabile del trattamento siano disciplinati da un contratto o da altro atto giuridico che vincoli il responsabile del trattamento al titolare del trattamento e che stipuli la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento. Inoltre, non può essere taciuto che la mancata nomina del responsabile protezione dati pone in pericolo il bilanciamento tra le contrapposte esigenze di trasparenza amministrativa e di tutela della riservatezza, rischiando di incrinare il rapporto pubblica amministrazione - cittadino, sia con riferimento ai procedimenti di accesso documentale e civico[59], sia con riferimento agli obblighi di pubblicità e trasparenza sui siti web istituzionali[60]. Per quel che concerne quest'ultimo aspetto, preme ricordare che, negli ultimi anni, il Garante è intervenuto con numerose ordinanze di ingiunzione a causa della mancata applicazione del principio di minimizzazione del dato in tema di pubblicità e trasparenza *online*. Siffatti interessi inducono, sotto altro profilo, a fare breve cenno anche alle importanti funzioni del responsabile per la transizione al digitale, figura prevista, a partire dal 14 settembre 2016, con le modifiche operate dal legislatore al CAD. Pur essendo essa obbligatoria, tuttavia, molte amministrazioni non hanno provveduto immediatamente ad adeguarsi, tanto che si è resa necessaria una Circolare del Ministro per la Pubblica Amministrazione[61], per sollecitare l'individuazione di un responsabile per la transizione al digitale. Nella Circolare *de qua*, il Ministro ricorda come rivesta particolare rilievo, nell'ambito della serie di azioni governative per la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, la figura del responsabile, strategica nel percorso di digitalizzazione del Paese[62]. Difatti, a tenore dell'art. 17, comma 1, CAD, ciascuna amministrazione è tenuta ad affidare ad un unico ufficio dirigenziale la «transizione alla modalità operativa digitale e i conseguenti processi di riorganizzazione finalizzati alla realizzazione di un'amministrazione digitale e aperta, di servizi facilmente utilizzabili e di qualità, attraverso una maggiore efficienza ed economicità». Si tratta di un ufficio, non necessariamente "fisico", cui sono assegnati compiti di riorganizzazione interna per il raggiungimento degli scopi del CAD. Laddove impossibilitata alla creazione *ex-novo* dell'ufficio del responsabile, la

[59] D. U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 1019 ss.

[60] R. SCIAUDONE, E. CARAVÀ (a cura di), *Il Codice della Privacy, Commento al D.lgs 30 gugno 2003, e al D.Lgs. n.101/2018, alla luce del Regolamento UE 2016/679 (GDPR)*, Pacini Giuridica, 2019, pp. 86-92

[61] MINISTERO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, Circolare n. 3 del 1 ottobre 2018.

[62] F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, Rivista di Diritto dei Media, MediaLaws, Numero 2/2018, pp. 152-154.

ISSN 2036-7821

pubblica amministrazione può far coincidere tale funzione con un ufficio già esistente, e in tali casi, il responsabile per la transizione al digitale corrisponderebbe con il responsabile dell'ufficio prescelto. Con riguardo ai compiti più stringenti del responsabile, pertanto, oltre ad una preliminare analisi della situazione nell'ambito della transizione al digitale della pubblica amministrazione di riferimento, con annessa mappatura dei flussi procedimentali, tale figura è chiamata a riorganizzare, sotto il profilo tecnico, i processi amministrativi, a programmare e a coordinare gli interventi necessari in materia di sicurezza informatica, a trasformare l'amministrazione di appartenenza al fine di renderla aperta e accessibile, e a curare i canali di comunicazione digitali e il sito web istituzionale. Sulla scorta di quanto sin qui rappresentato, al responsabile per la transizione al digitale, che ha un ruolo gerarchicamente superiore a ogni altro dirigente nell'attuazione di tutte le iniziative legate al digitale, spetta il coordinamento delle attività previste dal CAD, che riguardano i diritti "digitali" dei cittadini e la "digitalizzazione" dei processi della pubblica amministrazione, quali il coordinamento strategico dello sviluppo dei sistemi informativi e di telecomunicazione, l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici, la promozione dell'accessibilità, il miglioramento della soddisfazione dell'utenza e della qualità dei servizi, nonché la riduzione dei tempi e dei costi dell'azione amministrativa, e la diffusione, all'interno dell'amministrazione, dei sistemi di protocollo informativo, di firma digitale e di identità, e di domicilio digitale. Nondimeno, al responsabile per la transizione al digitale è demandato il compito di pianificare, coordinare e monitorare le misure a presidio della sicurezza informatica relativamente ai dati, ai sistemi e alle infrastrutture, in applicazione delle misure minime di sicurezza AgID per la pubblica amministrazione[63], anche se oggi, queste misure, con l'incedere della tecnologia e alla luce del nuovo quadro normativo in materia di protezione dati e di *cybersecurity*, appaiono quantomeno bisognevoli di aggiornamento. Ne discende, dunque, che il responsabile per la transizione debba essere dotato di adeguate competenze tecnologiche, manageriali e, soprattutto, in materia di informatica giuridica. Considerato che uno degli elementi fondanti del Reg. UE 2016/679 è il principio di sicurezza del trattamento, è auspicabile la collaborazione tra *data protection officer* e responsabile per la transizione al digitale, al fine di assicurare la *compliance* normativa. Va segnalato, tuttavia, che la pubblica amministrazione paga la mancanza di competenze specifiche in questo ambito e sovente si riscontra l'oggettiva impossibilità nell'individuare il soggetto apicale cui affidare le funzioni di responsabile per la transizione al digitale, non essendo così diffuse le *skills* digitali, complicazione che diventa drammatica negli Enti pubblici di piccole dimensioni, nei quali, spesso, si hanno a disposizione poche unità in termini

[63] AgID, CIRCOLARE 18 aprile 2017, n. 2. Sostituzione della circolare n. 1/2017 del 17 marzo 2017, recante: «Misure minime di sicurezza ICT per le pubbliche amministrazioni. (Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 1° agosto 2015)».

ISSN 2036-7821

di risorse umane. *Rebus sic stantibus*, per non correre il rischio di avere un ottimo impianto normativo che non troverà, però, uniforme applicazione per molti anni ancora, dovrà essere il legislatore a ricercare, allora, una soluzione che imponga l'avvio di un percorso di formazione tecnica negli ambiti richiamati, o in alternativa, la definizione di un accordo che consenta ai tanti specialisti che non sono nelle dotazioni organiche delle amministrazioni pubbliche di dare il proprio contributo nel passaggio al digitale e, più in generale, in tutte le sfide che la tecnologia porta con sé, spesso foriere di un più appropriato esercizio dei diritti da parte dei cittadini.

5. Conclusioni.

In definitiva, evidenziato il panorama normativo, appare, *ictu oculi,* evidente la necessità non soltanto un riallineamento delle misure di *security*, ma anche una gestione proattiva dei processi e una sensibilizzazione dell'intero personale, con un'efficace *governance* della sicurezza informatica, di non facile realizzazione per molte realtà. Lo standard ISO / IEC 27001 definisce la *governance IT* come il sistema mediante il quale un'organizzazione dirige e controlla la *governanc*e della sicurezza, specifica il quadro di responsabilità e fornisce supervisione utile a garantire che i rischi siano adeguatamente mitigati, mentre la direzione assicura che i controlli siano implementati per mitigare i rischi. Come osservato, gli scopi da raggiungere per controllo efficace si possono sintetizzare in cinque sfide fondamentali[64]. La prima sfida è la definizione chiara, da parte dell'organizzazione, delle proprie politiche, strategie e obiettivi di gestione del rischio. Una buona strategia è preordinata a definire, appropriatamente, la correlazione del rischio alle operazioni aziendali critiche, lo sviluppo di obiettivi strategici per l'organizzazione, le esigenze in termini di sicurezza informatica, gli indicatori chiave di prestazione, il fabbisogno di risorse, la propensione al rischio e i metodi di monitoraggio continuo[65]. La seconda sfida si sostanzia nel creare processi standardizzati, senza i quali le organizzazioni non possono garantire efficienza, qualità e coerenza. Un programma di controllo della sicurezza informatica ad *hoc* e incoerente finirà per portare a profonde carenze infrastrutturali, così come un programma di *governance* inefficace condurrà a maggiori violazioni, compromissioni e attacchi della sicurezza. Con riferimento alla terza sfida, la *governance* della sicurezza informatica dovrebbe comporre un sistema di responsabilità per la conformità a tutti i livelli del personale. Il *National Institute of Standards and Technology* (NIST), nel proprio *Risk Management Framework* (RMF), a tal riguardo, ha delineato un insieme di linee guida finalizzate a stabilire come le organizzazioni possono prevenire, rilevare e rispondere agli attacchi

[64] S. SWINTON (Carnegie Mellon University, Pittsburgh), *Cybersecurity Governance, Part 1: 5 Fundamental Challenges*, 25 luglio 2019, in *https://insights.sei.cmu.edu/insider-threat/2019/07/cybersecurity-governance-part-1-5-fundamental-challenges.html.*

[65] S. SWINTON, *Ibidem*

ISSN 2036-7821

informatici[66], raccomandando un approccio a più livelli nella gestione del rischio e promuovendo lo sviluppo di funzionalità di sicurezza e *privacy* nei sistemi informativi, durante l'intero ciclo di vita dello sviluppo del sistema. La quarta sfida si concretizza nell'implementazione di una "supervisione" della *leadership senior*, secondo standard elevati[67]. A tal fine, ed in questo consiste la quinta sfida, proprio la *leadership senior* deve garantire risorse adeguate per soddisfare le esigenze di *governance* e di conformità della sicurezza informatica, commisurate alla strategia dell'organizzazione, e destinate, altresì, all'*empowerment* del personale dipendente delle Organizzazioni[68]. Come riportato dal Rapporto Clusit 2020[69], «si è oltrepassato un punto di non ritorno, tale per cui ormai ci troviamo a vivere ed operare in una dimensione differente, in una nuova epoca, in un "altro mondo", del quale ancora non conosciamo bene la geografia, gli abitanti, le regole e le minacce. Gli attaccanti non sono più "*hackers*", e nemmeno gruppetti effimeri (più o meno pericolosi) di "artigiani" del *cybercrime*: sono decine e decine di gruppi criminali organizzati transnazionali che fatturano miliardi, multinazionali fuori controllo dotate di mezzi illimitati, stati nazionali con i relativi apparati militari e di intelligence, i loro fornitori e *contractors*, gruppi *state-sponsored* civili e paramilitari, ed unità di mercenari impegnati in una lotta senza esclusione di colpi, che hanno come campo di battaglia, arma e bersaglio le infrastrutture, le reti, i *server*, i *client*, i *device* mobili, gli oggetti *internet of things*, le piattaforme *social* e di *instant messaging* (e la mente dei loro utenti), su scala globale. Una situazione di inaudita gravità, che mette in discussione ed a repentaglio tutti i presupposti sui quali si basa il buon funzionamento dell'Internet commerciale e di tutti i servizi (*online* e *offline*) che su di essa fanno affidamento». A fronte di tutto ciò, si segnala che di recente il NIST ha pubblicato la versione ufficiale del *Framework* NIST SP 800-53 Rev. 5[70], aggiornata il 10 dicembre

[66] NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, *FISMA Implementation Project*, in https://csrc.nist.gov/projects/risk-management/rmf-overview.

[67] Lo standard ISO 27001, alla Sezione 5, contiene un elenco di principi di leadership rilevanti per stabilire un efficace programma di governance della sicurezza informatica: assicurare che la politica di sicurezza delle informazioni e gli obiettivi di sicurezza delle informazioni siano stabiliti e siano compatibili con la direzione strategica dell'organizzazione; garantire che i requisiti del sistema di gestione della sicurezza delle informazioni siano integrati nei processi dell'organizzazione; assicurare che le risorse necessarie per il sistema di gestione della sicurezza delle informazioni siano disponibili; comunicare l'importanza di una gestione efficace della sicurezza delle informazioni e conformarsi ai requisiti del sistema di gestione della sicurezza delle informazioni; garantire che il sistema di gestione della sicurezza delle informazioni raggiunga i risultati previsti; dirigere e supportare il personale per contribuire all'efficacia del sistema di gestione della sicurezza delle informazioni; promuovere continui miglioramenti.

[68] S. SWINTON, (Carnegie Mellon University, Pittsburgh), *Cybersecurity Governance, Part 1: 5 Fundamental Challenges*, 25 luglio 2019, in https://insights.sei.cmu.edu/insider-threat/2019/07/cybersecurity-governance-part-1-5-fundamental-challenges.html

[69] CLUSIT – ASSOCIAZIONE ITALIANA PER LA SICUREZZA INFORMATICA, *Rapporto CLUSIT 2020*, edizione di marzo 2020, in https://clusit.it/pubblicazioni/, p. 7

[70] NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, *Security and Privacy Controls for Information Systems and Organizations (SP 800-53 Rev. 5)*, 2020, in https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-53/rev-5/final

ISSN 2036-7821

2020, un insieme di "famiglie" di controlli di sicurezza integrati con la *privacy*. Il «Framework nazionale per la *cybersecurity* e la *data protection*» italiano, di diretta derivazione dell'originaria formulazione, è già obbligatorio per gli Operatori di servizi economici essenziali (OES/OSE) della normativa NIS. Le famiglie di controlli cui si fa riferimento sono diverse, quali quelle sul controllo degli accessi, sugli audit e sulle responsabilità, sulla pianificazione di emergenza, e sulla protezione fisica e ambientale. In conclusione, alla luce, anche, del recentissimo *NIS Investments Report* di ENISA[71], che ha svolto un'indagine su 251 organizzazioni in cinque Stati membri dell'UE in merito alle risorse destinate ad "investimenti NIS", dalle cui risultanze è emerso come nell'Unione si investa, nel settore *cybersecurity*, circa il 40% in meno degli Stati Uniti, con un rilevante impatto finanziario dei danni conseguenti ad attacchi informatici, si può affermare che emerge con forza la necessità di un cambiamento culturale, nel settore pubblico e in quello privato, che consenta di destinare, "di default", maggiori risorse economiche alla protezione dei dati personali e alla *cybersecurity*, in un'ottica di prevenzione del rischio e non di riparazione del danno.

[71] ENISA, *NIS Investments Report*, 2020, in https://www.enisa.europa.eu/publications/nis-investments/.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

"Atti delle Autorità amministrative indipendenti ed eterointegrazione (rectius eteroconformazione) del contratto e degli atti di autonomia privata."

di Federica Laura Maggio

(Abilitata all'esercizio della professione forense e specializzata in Diritto civile, presso la S.S.D.C. dell'Università di Camerino)

Sommario

1. Autonomia contrattuale, suoi limiti e integrazione del contratto. - 2. Interpretazione evolutiva dell'autonomia contrattuale e integrazione a fini protettivi. - 3. Eteronomia e integrazione del contratto da parte delle Autorità amministrative indipendenti. - 3.1. Il contratto come punto di incontro di istanze privatistiche e pubblicistiche. - 3.2. Regolazione amministrativa e disciplina del contratto. - 4. Tipologie di integrazione. - 4.1. Fase precontrattuale. - 4.2. Fase costitutiva ed esecutiva. - 4.3. Obblighi a contrarre, divieti di contrarre. - 5. Caratteristiche della delibera integratrice del contratto. - 6. Presupposti e limiti dell'eterointegrazione. - 7. Funzione di regolazione, eterointegrazione e principi costituzionali. - 8. Una nota metodologica allo studio dei poteri delle Authorities. - 9. Inquadramento dell'attività delle Autorità indipendenti in rapporto alla funzione di regolazione. - 9.1. Principio di sussidiarietà. - 9.2. Personalismo, solidarismo e uguaglianza. - 10. Conclusioni.

Abstract

The paper examines the subject of integration and correction of the contract by the Independent Authorities' powers. Particularly, the independent regulation is seen from the point of view of its function on the bargaining in general: rebalance the relationship between the contractors, in favour of the weaker party. The significant market regulation' power, is thus read back in axiological terms, as a «conformation in a protective key».

ISSN 2036-7821

1. Autonomia contrattuale, suoi limiti e integrazione del contratto.

"Autonomia", dal greco *autòs* e *nòmos*, letteralmente "dar legge a sé stessi" "*indica la situazione di colui che è in grado di incidere sulle regole che lo riguardano (destinate cioè a operare nella sua propria sfera, o in sfere altrui ma con riflessi nella sfera sua propria o nella sfera dei suoi interessi)*"[1].

L'art. 1322 c.c., rubricato proprio "Autonomia contrattuale", dispone che "*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*".

È indubbio che l'idea stessa di autonomia contrattuale evochi immediatamente i concetti di libertà e di volontà[2]: l'accordo contrattuale è accordo di volontà e libertà, le parti cioè sono libere di decidere se ed, eventualmente, in che modo, lasciare che il contratto incida sulle loro sfere giuridiche.

Il fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale, in difetto di una espressa previsione, è stato a lungo messo in discussione dalla dottrina.

Secondo alcuni[3], il richiamo alla tutela dei diritti inviolabili e della personalità umana di cui all'art. 2, sarebbe il più adatto per esprimere la valorizzazione della più generale libertà personale e dunque, anche, negoziale. Ponendo al centro del sistema costituzionale la tutela della persona, la disposizione darebbe copertura costituzionale anche all'autonomia contrattuale, in quanto anche la conclusione di contratti è una delle modalità di sviluppo della personalità, che si esprime attraverso l'instaurazione di rapporti giuridici con gli altri consociati.

Secondo altri[4], invece, sarebbe preferibile rinvenire nell'art. 41 Cost. e dunque nel riconoscimento della libertà di iniziativa economica, il referente costituzionale dell'autonomia privata. Nonostante alcune perplessità su tale conclusione – determinate dalla sostanziale differenza tra i due concetti e soprattutto dall'afferenza dell'autonomia privata a qualunque soggetto e dell'iniziativa economica, invece, ai soli soggetti imprenditori/operatori economici – nel complesso è quella che ha avuto maggior seguito in letteratura, per due ordini di ragioni.

Intanto la tutela dell'autonomia privata è innegabilmente collegata a quella dell'iniziativa economica in quanto quest'ultima presuppone necessariamente l'esistenza della prima e ne è condizionata nei limiti imposti e nelle facoltà

[1] R. SACCO, voce *"Autonomia nel diritto privato"* in *Dig. disc. prev.*, sez. civ., I, Torino, Utet, 1987, p. 516; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 1 e ss.

[2] V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 37.

[3] R. SACCO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, I, Torino, Utet, 2004, p. 30 e ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, III, Giuffrè, Milano, 2019, p. 21-24.

[4] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2019, p. 791 e ss.; P. RESCIGNO, *Premessa*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, Utet, 2006, p. XLVII ss.; A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in *Dir. e soc.*, 2010, p. 134.

ISSN 2036-7821

riconosciute. Inoltre è sembrato calzante anche per l'autonomia negoziale il richiamo effettuato dall'art. 41 al sistema di confini che circoscrivono la libertà nell'iniziativa economica: l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, nonché la possibilità che l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.
Una elaborazione alternativa[5] procede a ricercare il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale respingendo innanzitutto le soluzioni aprioristiche e generalizzanti e basandosi sull'esame dell'esperienza giuridica in chiave assiologica. Nell'ottica di identificazione delle finalità che sostengono le singole norme, osservato che l'autonomia negoziale si esplica in tutti i settori che riguardano le attività umane e sono rilevanti per il diritto, l'attività economico-commerciale, certamente, ma anche i rapporti familiari, quelli successori, quelli di tipo associativo, ecc., essa trova non un solo riferimento costituzionale, bensì si fonda su differenti norme, a seconda dell'ambito in cui essa si esplica: l'autonomia negoziale personale, sugli artt. 2, 13, 32; quella familiare, sugli artt. 29, 30, 31; sull'art. 18 l'autonomia privata relativa ai rapporti associativi; sugli artt. 41 e 42, quella a contenuto più strettamente patrimoniale, etc..
A prescindere dal fondamento (o dai fondamenti) che le si riconosca, l'autonomia negoziale, trova una legittimazione costituzionale in quanto espressione di una delle libertà dell'individuo, che l'ordinamento protegge e incoraggia a fini socio-economici. Ma, pur essendo un diritto di libertà, l'autonomia privata non è un dogma assoluto e sconfinato, bensì è soggetto a limitazioni che, a loro volta, sono giustificabili solo se, previo opportuno giudizio di bilanciamento, corrispondono a valori che siano altrettanto rilevanti dal punto di vista costituzionale[6].
La stessa norma fondamentale dell'art. 1322 c.c., fa riferimento ai "limiti" dell'autonomia contrattuale, al primo comma citando espressamente i "*limiti imposti dall'ordinamento giuridico*" (o limiti legali) e al secondo, imponendo un limite di tipo funzionale: la necessità di realizzare attraverso il contratto "*interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*".
La categoria di limiti c.d. oggettivi all'autonomia contrattuale (ovvero quelli posti a tutela di valori superiori, tramite norme imperative), sono stati suddivisi da un'interessante classificazione[7], in due macro-categorie: limiti negativi, che condizionerebbero la validità o l'efficacia del negozio, generando dei veri e propri "divieti di negoziare" o comunque dei vincoli alle modalità di negoziazione (ad es. il rinvio dell'art. 1343 c.c. all'illiceità della causa per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume; le norme imperative di cui agli artt. 1343 e 1418 c.c.) e limiti positivi, che sarebbero invece in grado di incidere sul contenuto della pattuizione, generando,

[5] Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, p. 290 e ss.
[6] P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 e ss.; P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*
[7] A. PLAISANT, *Dal diritto civile al diritto amministrativo*. Cagliari, Forum Libri, 2018, p. 188-189 e 241-244.

ISSN 2036-7821

attraverso vari meccanismi, il fenomeno della "integrazione del contratto" (ad es. l'art 1339 c.c.). È proprio all'interno di questa seconda categoria di limiti ordinamentali all'autonomia negoziale, che viene ricompresa l'integrazione del contratto, ovvero "*la costruzione del regolamento contrattuale ad opera di fonti eteronome, cioè diverse dalla volontà delle parti.*"[8].

L'integrazione si pone cioè in termini antitetici rispetto all'autonomia contrattuale, poiché presuppone una *etero-nomìa*, una dipendenza da leggi esterne, ovvero una situazione in cui i contraenti ricevono dal di fuori rispetto alle loro volontà, la norma delle proprie azioni. In proposito è stato autorevolmente sostenuto che "*L'eteronomia consiste nella creazione di regole non da parte del titolare dell'interesse cui quelle regole vanno applicate, ma da parte di un soggetto estraneo provvisto di un potere pubblico. Sono pertanto atti di eteronomia la legge, il provvedimento amministrativo, la sentenza, perché provengono da soggetti […] che hanno il potere di regolare quell'interesse indipendentemente dalla volontà del suo titolare*"[9].

La disposizione fondamentale in materia è l'art. 1374 c.c., che prevede che "*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*". Tale norma insieme agli artt. 1339 c.c., sulla sostituzione automatica di clausole da parte di norme imperative; 1340 c.c. sulle clausole d'uso e 1375 c.c., su cui si fondano le costruzioni sull'integrazione del contratto ad opera della buona fede; disegna l'area dell'integrazione del contratto[10].

2. Interpretazione evolutiva dell'autonomia contrattuale e integrazione a fini protettivi.

Nel quadro fin qui delineato relativamente all'autonomia contrattuale e ai suoi limiti, non si può non procedere con un riferimento all'influenza che sul concetto hanno spiegato lo sviluppo dell'economia globalizzata e l'integrazione europea.

Il diritto europeo non prende in considerazione direttamente il contratto, non rientrando la regolamentazione dell'istituto tra le materie che sono attribuite alla sua competenza, tuttavia esso si è occupato sempre più frequentemente di disciplinare il fenomeno contrattuale allo scopo di tutelare il consumatore - o, più in generale, di quella che viene definita parte debole della contrattazione[11] - di regolare il mercato, e di tutelare la concorrenza. Il contratto è stato cioè preso in esame quale strumento

[8] V. ROPPO, *op. cit.*, p. 457.

[9] P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, Esi, 2000, pag. 327 -328.

[10] R. SACCO, *Sostituzione delle clausole contrattuali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., VII, Torino, 2012, p. 996.

[11] I contraente deboli sono definiti come "*coloro la cui libertà di scelta tra più opzioni confrontabili è compromessa o esclusa da un assetto del mercato che favorisce comportamenti abusivi, collusivi, non trasparenti, discriminatori, da una dinamica mercantile non correttamente competitiva*" da D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà nel diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 110.

ISSN 2036-7821

mediante il quale, nel mercato, si realizzano gli scambi economici e pertanto è stato oggetto di disciplina europea al fine ultimo di incidere sulle dinamiche di mercato.
È grazie alla armonizzazione e all'introduzione nel nostro ordinamento di prescrizioni europee sulla contrattualistica, che si è assistito alla frammentazione della previgente unitarietà dell'istituto del contratto in plurime categorie[12], che prevedono la forte limitazione dell'autonomia negoziale a scopi protettivi di una delle parti del rapporto[13]. Il richiamo è evidentemente ai contratti dei consumatori (c.d. secondo contratto) e ai contratti d'impresa asimmetrici (c.d. terzo contratto).
Il tentativo di garantire protezione alla parte contrattuale debole è sfociato nella predisposizione di un maggior numero di norme imperative che limitano l'autonomia negoziale (integrazione cogente) nelle due tipologie di contratti da ultimo richiamate[14], nonché in interventi conformativi da parte del giudice di sempre maggiore intensità e ricchezza.

3. Eteronomia e integrazione del contratto da parte delle Autorità amministrative indipendenti.

In questo contesto si innestano i poteri integrativi/correttivi e dell'integrazione eteronoma del contratto da parte delle Autorità indipendenti[15], che con sempre maggiore incisività influiscono sulle caratteristiche della stipulazione sostituendosi alle deliberazioni di volontà delle parti e alla legge come fonte integrativa.
Il fenomeno si inserisce invero nel solco già tracciato dalla tendenza ad evolvere, definitivamente, verso il "policentrismo normativo", che, come appurato, ormai ricomprende in sé anche gli atti regolatori delle Autorità indipendenti, i quali possono incidere anche nel settore del diritto dei contratti. Da questo assunto sarebbe giusto, quindi prendere le mosse per reinterpretare anche le disposizioni di cui agli artt. 1339, 1374, 1419 c.c., nei quali il riferimento alla "legge" - quale fonte di introduzione di elementi nuovi nel regolamento negoziale originariamente stabilito dalle parti - dovrebbe essere piuttosto considerato come un riferimento al "diritto oggettivo" in generale, nel suo complesso, ricomprendente perciò l'insieme delle fonti interne e comunitarie[16] e non alla legge puntuale e formale dello Stato[17].

---

[12] A. GENTILI, *Il contratto dopo il Novecento*, in B. MONTANARI (a cura di) *Il diritto dopo il '900 ovvero dell'"incertezza"*, Mimesis - Teoria e critica della regolazione sociale, I, 10/2015, p. 23.
[13] Sul tema: V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1326 ss.
[14] V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 892.
[15] F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in G. GITTI (a cura di), *Il contratto le Autorità indipendenti. La metamorfosi dell'autonomia privata*, Bologna, Il Mulino, 2006.
[16] M. ANGELONE, *Regolazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto*, in *Riv. dir. impr.*, 1/2016, Napoli, Esi, p. 105.

ISSN 2036-7821

In definitiva, i nuclei concettuali da cui partire per dipanare il ragionamento sono sostanzialmente due: il primo è che la volontà delle parti e il ruolo del loro accordo, principi generali e capisaldi di tutto l'ordinamento privatistico, sembrano essere sempre più sminuiti dinanzi alla prepotenza con cui si propongono le fonti imperative in grado di incidere sul contenuto del contratto. Occorre quindi domandarsi a che fine sia destinata la disposizione di cui all'art. 1372, c. 1, secondo cui "*Il contratto ha forza di legge tra le parti*".
Il secondo punto si incentra invece sulla possibilità che a derogare all'esclusività della volontà delle parti rispetto alla disciplina del contratto siano fonti di rango non primario, in particolare che tale integrazione possa discendere dalla espressione dei poteri regolatori delle Autorità indipendenti.

3.1. Il contratto come punto di incontro di istanze privatistiche e pubblicistiche.
Quanto alla prima delle due tematiche accennate, la proliferazione di nuove fonti di disciplina del testo pattizio è ormai un dato assodato. Si tratta non di un pluralismo"*meramente nominale attuato nella modernità, quando il rigido assetto gerarchico isteriliva tutte le fonti collocate in gradini inferiori al primo riservato esclusivamente alla legge, bensì una pluralità di fonti ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre; dove il paesaggio giuridico segnala più una rete che una scansione gerarchica, giacché tutte sono ugualmente impegnate in una attività di ricerca, di scoperta, di invenzione*"[18].
Storicamente, tale cambiamento coincide, e in parte deriva, dalla trasformazione dello Stato liberale in Stato sociale che, nel tentativo di rimediare ai "fallimenti del mercato" e di conciliare la libertà contrattuale con finalità di protezione del contraente debole, dunque piegando sostanzialmente le dinamiche economico-mercantilistiche a finalità sociali, ha determinato l'incremento dell'incisività della regolamentazione di tipo pubblicistico del contratto.
In tutto ciò non deve dimenticarsi anche il ruolo della Costituzione repubblicana che, attraverso le istanze personalistiche e solidaristiche (artt. 2 e 3) ha richiamato il legislatore alla previsione di vincoli e limiti all'autonomia negoziale, in funzione garantistica: spontaneamente il mercato non riesce a determinare una posizione di equilibrio per tutti gli operatori, né il contratto, se i contraenti partono da situazioni di diseguaglianza e asimmetria, economica o informativa, può aspirare a risultatati di giustizia sociale ed equità. Per ottenere un'attività contrattuale che, pur improntata al criterio volontaristico, sia rispettosa dei dettami costituzionali e comunitari, è necessario predisporre "*lo svolgimento di attività di controllo, direzione e governo dei*

[17] Sulla ricomprensione degli atti normativi e provvedimentali delle Autorità nel catalogo delle fonti del diritto oggettivo, cui fa riferimento il principio di legalità costituzionale: P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2005, p. 16.
[18] P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell'odierno ruolo del notaio)*, in G. CONTE, F. PALAZZO (a cura di), in *Crisi della legge e produzione privata del diritto, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato* 2/2018.

ISSN 2036-7821

singoli settori considerati, tese essenzialmente ad operare una etero determinazione dei fini perseguiti dai singoli operatori i quali non sono, pertanto, totalmente liberi di operare sul mercato."[19].

Di certo, l'idea giusnaturalistica del contratto come "signoria della volontà" perde totalmente di significato, eppure, il fatto che la pattuizione privata venga integrata e conformata, non significa che la stessa non debba più essere considerata come un atto di autonomia negoziale.

Piuttosto, le operazioni contrattuali sono crocevia tra istanze egoistiche delle parti e realizzazione di obiettivi generali da parte dell'ordinamento, sicché l'incisività dell'integrazione normativa da parte delle Authorities rispetto all'autonomia negoziale deve essere inquadrata proprio nella più generale attività di *market regulation* che viene perseguita attraverso la conformazione dei contratti[20]. Il contratto, cioè, deve ormai essere valutato come uno strumento utile al raggiungimento di più fini, privatistici, ma anche pubblicistici[21].

Dunque, che il ruolo della volontà dei contraenti nella definizione delle pattuizioni non sia assoluto e che delle previsioni di tipo pubblicistico possano intervenire e, limitandolo, integrare il contenuto del contratto, non è una novità[22]. Ciò che piuttosto importa è chiarificare quali siano i confini entro i quali l'attività di condizionamento dell'autonomia negoziale possa essere considerata legittima e quali siano i limiti che la stessa deve rispettare affinché abbia ancora senso parlare di autonomia e di manifestazione di volontà dei privati, senza che queste siano ridotte a sterili apparenze.

Così, già la Relazione al Codice Civile, nel 1942, affermava – sebbene avendo riguardo ad un contesto giuridico storicamente superato – che "*Se si traggono le logiche conseguenze dal principio corporativo che assoggetta la libertà del singolo all'interesse di tutti, si scorge che, in luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello più proprio di autonomia del volere. L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno, non fa del contratto un docile strumento della volontà privata; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa […] l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto*"[23].

---

[19] F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 604.

[20] E. GABRIELLI, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, in *Giust. civ*, 2005, p. 183 e ss.

[21] L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto*, Napoli, Esi, 2008, p. 19-20.

[22] L. DI BONA, *id*., p. 26; E. NAVARRETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, in G. CONTE, F. PALAZZO (a cura di), in *Crisi della legge e produzione privata del diritto, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato* 2/2018, p. 135-166.

[23] Relazione al Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942, §603, reperibile su www.consiglionazionaleforense.it.

ISSN 2036-7821

3.2. Regolazione amministrativa e disciplina del contratto.

Chiarito che tra i limiti all'autonomia privata rientrano le misure atte a soddisfare la necessità di correggere le dinamiche del mercato e di tutelare i contraenti deboli, i provvedimenti delle Authorities di integrazione del contratto devono essere considerati nell'alveo di tale cornice concettuale.

Secondo alcuni l'indagine sull'eteroregolamentazione del contratto e sui limiti dell'autonomia privata, anche quando queste sono attuate per il tramite dei poteri normativi delle Autorità indipendenti, sarebbe un falso problema, poiché la stessa nozione di autonomia privata, si connoterebbe dei suoi stessi limiti[24] e perché non è più seriamente messo in dubbio da alcuno che le prescrizioni regolamentari delle Autorità possano integrare il contratto[25].

Ciò che, invece, continuerebbe ad essere problematico sono il fondamento, le condizioni, i limiti, le regole, dello svolgimento di questa funzione integrativo-conformativa, da parte di fonti di tipo pubblicistico: la questione dell'eterointegrazione, di per sé non nuova per gli interpreti, né complessa, lo diventerebbe perché i soggetti attivi della vicenda, che agiscono attraverso poteri normativi, non appaiono espressivi di una legittimazione democratica diretta e non sono responsabili di tali funzioni davanti al potere politico.

Per giungere a delle risposte in merito però, giova analizzare alcune delle fattispecie di eterointegrazione del contratto da parte delle Authorities, attraverso la lente delle pronunce giurisprudenziali in materia.

4. Tipologie di integrazione.

Nel tempo sono stati effettuati vari tentativi di classificazione e ordinazione delle varie tipologie di interventi integrativi del contratto da parte delle Autorità indipendenti.

Innanzitutto riguardo il presupposto che giustifica l'integrazione, si possono distinguere tra sussistenza di lacune del contenuto, che devono essere colmate, oppure presenza di clausole difformi rispetto ai principi o alle norme che regolano la materia, che devono essere sostituite.

Le conseguenze della sostanziale riconduzione della pattuizione delle parti, ai fondamenti concettuali e valoriali e alle condizioni che la normativa di settore desidera siano applicati, sono le medesime nelle due opzioni, ma sono ottenute attraverso strumenti pratici differenti: l'istituto di cui all'art. 1374 c.c. prevede la presenza di aspetti non regolati dalle parti e dunque svolge una funzione di

[24] L. DI BONA, *op. loc. cit.*

[25] M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, Esi, 2012, p. 97-98.

ISSN 2036-7821

integrazione suppletiva; l'art. 1339 c.c., invece, è espressivo di integrazione cogente, ovvero di "*imposizione di un regolamento ritenuto autoritativamente dovuto*"[26].
Un'altra classificazione si fonda, invece, sull'intensità dell'incidenza del potere spiegato[27]. Al riguardo, preliminarmente si consideri che le più importanti statuizioni della giurisprudenza di legittimità e del Consiglio di Stato, a proposito di integrazione del contratto da parte delle Autorità, sono perlopiù concentrate sulle determinazioni dell'(odierna) ARERA e sulle Autorità di regolazione dei settori bancario, assicurativo e finanziario. Ciononostante, bisogna ritenere che le conclusioni interpretative raggiunte in tali materie, valgano in generale per tutte le Autorità indipendenti, compatibilmente con le peculiarità di ciascuna di esse.
Proprio con riferimento all'autorità per l'energia elettrica il gas, è stato evidenziato[28] che le sue delibere con effetti sui contratti sono diverse a seconda che siano destinate a incidere nel mercato libero oppure nel c.d. mercato "di maggior tutela", ovvero quello in cui i consumatori hanno accesso ai beni o ai servizi alle condizioni economiche e contrattuali (tra cui le tariffe) fissate dall'Autorità di settore. Nel primo caso, infatti, benché residuino spazi per l'autonoma negoziazione delle condizioni contrattuali tra utenti e imprese, alcune clausole sono comunque oggetto di regolazione autoritativa e sono di obbligatoria inserzione; laddove non siano quantunque contemplate, sono destinate a successiva applicazione mediante sostituzione. I contratti del mercato di maggior tutela, invece, prevedono la predeterminazione pressoché totale delle condizioni giuridiche ed economiche dei contratti, con uno spazio lasciato alla libertà contrattuale delle parti pressoché inesistente.
Un'ulteriore possibile catalogazione, si incentra sul momento della vicenda contrattuale in cui incide l'eterointegrazione[29] e analizza partitamente gli interventi che incidono sulla fase precontrattuale, su quella costitutiva o esecutiva.

4.1. Fase precontrattuale.

Per quanto riguarda la fase prenegoziale[30], generalmente le Autorità, specie nei settori bancario, finanziario e assicurativo, impongono alcuni stringenti obblighi informativi e di trasparenza alle imprese (banche[31], società di investimento e intermediari finanziari[32], imprese di assicurazione ecc.), considerate soggetti forti

[26] Cass. civ., Sez. III, 30 agosto 2011, n. 17786, su www.dejure.it.
[27] Ad es. M. MAUGERI, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in A.A.V.V., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, Esi, 2012, p. 299-314.
[28] L. DI BONA, *op. cit.*, p. 15-16.
[29] M. ANGELONE, *Diritto privato regolatorio, conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove Autonomie* 3/2017, p. 442-443.
[30] V. ROPPO, *op. cit.*, p. 169 e ss.
[31] art. 116 t.u.b.
[32] artt. 94 e 102 t.u.f.

ISSN 2036-7821

della stipulazione, in antitesi rispetto ai soggetti deboli (consumatori, risparmiatori, assicurati ecc.).

I doveri di informazione sono particolarmente pregnanti in tutti i settori dei contratti dei consumatori, tanto che l'art. 49, c. 5 cod. cons., prevede che le informazioni oggetto di comunicazione obbligatoria "*formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali*". Si tratta di una tutela particolarmente forte che determina, in caso di inosservanza assoluta dell'obbligo, una responsabilità.

Ma il settore dove è più evidente la forza integratrice degli interventi autoritativi dei regolatori è probabilmente quello dei rapporti tra intermediari finanziari e clienti investitori/risparmiatori: il T.U.F. e alcuni specifici regolamenti della Consob[33] stabiliscono infatti specifici obblighi informativi a carico degli intermediari finanziari. Si tratta però di "norme senza sanzione"[34] – cioè di norme imperative che non prevedono testualmente un regime di nullità per il caso di loro violazione – per le quali ci si domanda quale sia, nel silenzio del legislatore italiano ed europeo, il rimedio sanzionatorio da azionare: rimedi di validità, destinati a travolgere il contratto d'investimento (nullità, annullabilità o di risoluzione del contratto per inadempimento), oppure rimedi di responsabilità, precontrattuale o contrattuale, a seconda che l'obbligo di informazione sia stato violato nella fase delle trattative ovvero nella fase di esecuzione del contratto stesso.

Sul punto dottrina e giurisprudenza non hanno visioni unanimi, nonostante nel 2007, con due sentenze gemelle[35], la Corte di Cassazione a Sezioni Unite si sia determinata in modo chiaro.

Le due pronunce hanno affermato che la violazione dei doveri d'informazione può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tale violazione avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del c.d. "contratto quadro", ovvero quello di intermediazione, destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di singoli atti di esecuzione del contratto principale.

La Corte ha, altresì, radicalmente escluso l'esperibilità in tali casi del rimedio della nullità contrattuale *ex* art. 1418 primo comma, poiché, mancando una previsione normativa specifica, troverebbe applicazione la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità. Le prime, tra cui sono ricompresi anche gli obblighi di informazione, non possono essere trattate al pari delle seconde e pertanto la loro violazione non determina la nullità del contratto.

[33] In particolare gli artt. 27 e ss. del regolamento Consob n. 11690/2007.

[34] V. LOPILATO, *op. ult. cit.*, p. 1462.

[35] Cass., Sez. Un. Civ., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, entrambe su www.dejure.it.

ISSN 2036-7821

Nonostante le precedenti affermazioni, derivanti da pronunce autorevolissime, sembravano aver stabilito un punto di arresto, la successiva giurisprudenza di merito ha emesso alcune sentenze difformi, riconoscendo talvolta possibile l'annullamento per vizio del consenso del contratto concluso in difetto di informazioni essenziali; talaltra, invece, la nullità virtuale per violazione dell'art. 21 t.u.f. Successive sentenze della stessa Corte di legittimità propongono invece quale rimedio la risoluzione del contratto per inadempimento[36]; infine, sempre recentemente, è stato riconosciuto il solo rimedio di responsabilità, ovvero il risarcimento del danno contrattuale[37]. La questione sembra tuttora aperta.

4.2. Fase costitutiva ed esecutiva.

I poteri di eterointegrazione del contratto delle Autorità indipendenti, che spiegano la loro efficacia sulla fase costitutiva dello stesso, sono in assoluto quelli più incisivi e impattanti sull'autonomia privata. Si tratta di interventi regolatori che impongono obblighi di forma o sostanziali, attraverso la predisposizione di requisiti contenutistici minimi o l'inserzione obbligatoria di clausole.

Quanto alla forma, si possono citare, esemplificando, gli artt. 115 e 117 t.u.b. e 23 e 24 t.u.f., che impongono una forma solenne per i contratti dei settori bancario-creditizio e finanziario, pena la loro nullità (testuale). Al riguardo la dottrina ha coniato l'espressione "neoformalismo negoziale"[38], per indicare tutte quelle ipotesi in cui norme speciali (spesso di matrice comunitaria), richiedono la forma scritta *ad substantiam* per il compimento di alcuni atti, perseguendo obbiettivi di trasparenza, ponderatezza e informazione della parte debole.

Salvo che per le ipotesi testè citate, in fase costitutiva del regolamento negoziale, la nullità *tout court* quale rimedio per le ipotesi di contrasto tra contratto - o più probabilmente, singole clausole - rispetto alle determinazioni dell'autorità di settore, è piuttosto residuale e invero, da un punto di vista pratico-utilitaristico, sarebbe alquanto inutile per raggiungere le finalità stesse previste dall'Autorità. È proprio in questi casi che si assiste a veri e propri fenomeni integrativi e/o sostitutivi, mediante il meccanismo che si ricava dall'applicazione congiunta dell'art. 1339 c.c., per cui "*Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti*" e

[36] Cass. Civ, Sez. I, 18 giugno 2018, n. 15936, su www.dejure.it, secondo cui "*l'intermediario finanziario è tenuto a fornire al cliente una dettagliata informazione preventiva circa i titoli mobiliari e, segnatamente, con particolare riferimento alla natura di essi e ai caratteri propri dell'emittente, ricorrendo un inadempimento sanzionabile ogni qualvolta detti obblighi informativi non siano integrati*".

[37] Cass. Civ., Sez. I, 20 marzo 2018, n. 6920, su www.dejure.it.

[38] A. PLAISANT, *op. cit.*, p. 491 e ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto, cit.*, p. 175 e ss.

ISSN 2036-7821

dell'art. 1419, 2 c., c.c., in base al quale "*[…] le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*".

L'integrazione, in questi casi, può spiegarsi nei più vari contenuti: la predisposizione dei regimi tariffari e dei prezzi dei servizi[39]; l'imposizione agli esercenti di offrire ai clienti determinate modalità di pagamento delle bollette[40]; la definizione degli elementi minimi da includere nei contratti di fornitura[41]; la determinazione del periodo di scadenza della fatturazione[42], ecc.

Il Consiglio di Stato ha, infatti affermato che tra le prescrizioni integrative dei contratti "*possono rientrare anche prescrizioni che incidono sulle obbligazioni caratterizzanti lo svolgimento dei singoli rapporti di utenza, trattandosi di previsioni che, delineando specifici comportamenti da assumere nella fase esecutiva del rapporto, non possono non incidere, a monte, anche sull'assetto prefigurato dal singolo contratto, costituendone altrettante disposizioni integrative*"[43].

Da ultimo, è interessante che i giudici di Palazzo Spada[44] abbiano ritenuto legittimamente esercitabile da parte della Consob una particolare tipologia di potere che, pur non essendo strettamente integrativo di clausole o di elementi contenutistici, è pur in qualche modo integrativo in senso lato, poiché incide sulla qualificazione del contratto e, dunque, ricade di riflesso sulle modalità esecutive e sui rapporti che da tale contratto derivano. Si tratta del potere dichiarativo: nella fattispecie, la Consob, con sua delibera, ha esercitato un potere di qualificazione del rapporto intercorrente tra due società, come rapporto di controllo, anche ai sensi del codice civile, cioè ha accertato unilateralmente la sussistenza di una fattispecie di controllo civilistico nei rapporti interni di società. Così come nel diritto privato si ritiene che l'autonomia negoziale giustifichi la configurabilità di negozi di regolazione individuale con funzione dichiarativa – consistenti nella possibilità per le parti di stipulare un negozio di accertamento – nel diritto amministrativo, tradizionalmente, si ritiene che la funzione di regolazione del mercato possa ricomprendere anche una funzione dichiarativa, esercitata mediante specifici atti (in particolare, acclaramenti, accertamenti, certazioni), allo scopo di dare certezza a fatti o a rapporti giuridici. Nel caso in esame, però, la Consob ha esercitato un potere peculiare rispetto alla suddetta configurazione consueta, cioè un potere di regolazione con funzione di accertamento degli specifici rapporti societari tra due soggetti privati (imprese), che il Consiglio di

[39] Delibera n. 106/2020 del 18 giugno 2020 dell'A.R.T.

[40] Cass. civ., Sez. III, 31 agosto 2015, n. 17301; Cass. civ., Sez. VI , 31 ottobre 2014, n. 23184, entrambe su www.dejure.it

[41] Delibera 313/2019/R/tlr dell'A.R.E.R.A., che ha approvato il *Testo integrato in tema di trasparenza del servizio di teleriscaldamento e teleraffrescamento* (TITT).

[42] Delibera n. 121/17/CONS dell'A.G.COM.

[43] Cons. St., Sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628, su www.dejure.it.

[44] Cons. St., Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972 su www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

Stato ha valutato come rientrante tra i poteri di cui l'Autorità è titolare, genericamente per esserle attribuita la funzione di regolazione del settore.

4.3. Obblighi a contrarre, divieti di contrarre.

Infine, deve essere citata anche la possibilità che l'attività di regolazione giunga fino a imporre dei veri e propri obblighi di negoziare e obblighi di contrarre. Il riferimento è, ad esempio, ai contratti di accesso e l'interconnessione tra operatori della telefonia e ad alcuni contratti di utenza tra operatori e utenti[45].

Nel primo caso, l'Autorità può, per disposizione legislativa[46], imporre l'obbligo a negoziare in buonafede con gli operatori che richiedono l'accesso (ovvero che richiedono ad altra impresa di rendere accessibili risorse o servizi) e a partire da tale potere, ha altresì disposto, con sua delibera[47], che i gestori telefonici, detentori di un significativo potere di mercato, abbiano un vero e proprio dovere di concedere tale facoltà e che siano obbligati a concordare - con gli operatori richiedenti - le norme che regolano la gestione degli spazi di co-locazione. Si tratta di situazioni in cui si rinvengono nella prassi veri e propri contratti imposti dall'Autorità, in cui le imprese non sono più libere di determinarsi a contrarre o meno, ma possono essere costrette all'operazione contrattuale.

Del pari, è anche possibile che i Regolatori vietino alle imprese di contrarre in particolari circostanze. Esempi paradigmatici si ritrovano in proposito all'art. 68-duodecies del Regolamento IVASS n. 40 del 2 agosto 2018 che, dopo aver stabilito che gli intermediari e le imprese di assicurazione sono obbligati a fornire consulenza per la vendita dei prodotti di investimento assicurativi (salvo che si tratti di particolari prodotti d'investimento assicurativi non complessi), al secondo comma prevede che "*Nel caso di consulenza obbligatoria, se gli intermediari e le imprese di assicurazione ritengono che il prodotto d'investimento assicurativo non è coerente con le richieste e le esigenze assicurative del contraente, non è adeguato per il contraente o potenziale contraente, o non ottengono dal contraente le informazioni previste a tal fine, si astengono dalla distribuzione, anche in caso di iniziativa contrattuale proveniente dal contraente.*"

5. Caratteristiche della delibera integratrice del contratto.

La Suprema Corte ha inoltre avuto modo di chiarire le caratteristiche che l'atto integratore del contratto dovrebbe avere, affinché lo stesso possa considerarsi legittimo.

Prendendo in considerazione un provvedimento dell'Autorità Garante per l'Energia Elettrica e il Gas - che prevedeva l'obbligo per il fornitore di predisporre una

[45] D. FAUCEGLIA, *La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche*, in *i Contratti 4/2018*, p. 482 e ss.

[46] Art. 49, comma 1, lett. b), Codice delle comunicazioni elettroniche.

[47] Delibera n. 731/09/CONS, AGCOM.

ISSN 2036-7821

modalità gratuita di pagamento dell'energia, in tal senso integrando, ex art. 1339 c.c., il contratto di somministrazione - i giudici di legittimità hanno affermato che il potere deve concretizzarsi nell'"*imposizione di un precetto specifico che non lasci al destinatario alcuna possibilità di scelta sui tempi e sui modi*": è questo il presupposto indefettibile perché le delibere delle Autorità possano spiegare i loro effetti integrativi sui contratti, la determinatezza. Solo così "*l'imposizione di un precetto specifico si può connotare sub specie di clausola, cioè di diretta regolamentazione prima del regolamento di servizio e, quindi, del contratto di utenza. Invero, una clausola, identificando una parte del regolamento contrattuale, deve avere di norma un contenuto determinato, cioè specifico (art. 1346 c.c.). È vero che la clausola può avere anche un contenuto determinabile (sempre art. 1346 c.c.), ma allora – ammesso che sia sostenibile un'integrazione ai sensi dell'art. 1339 c.c. di un contratto, attraverso una norma che si limiti a prevedere che debba assicurarsi un risultato, lasciandone però i modi alla determinazione di una delle parti del contratto – l'onere di specificazione si trasferisce almeno al procedimento ed ai contenuti della determinazione*"[48].

La regolazione che promana dalle Autorità indipendenti, che persegue insieme fini di governo del mercato e di tutela degli utenti/consumatori, può, proprio per assolvere a tali finalità, estrinsecarsi anche nella previsione di prescrizioni capaci di integrare il regolamento contrattuale, ma le delibere del regolatore possono sostituirsi a clausole contrattuali, solo se il loro contenuto è puntuale, cioè determinato (o comunque determinabile), giacché solo così può effettuarsi un giudizio comparativo tra testo contrattuale predisposto dalle parti e principi previsti dal legislatore in materia ed espressi mediante le delibere delle Autorità.

La soluzione, se da un lato giustifica l'intervento eteronomo del regolatore, dall'altro lo circoscrive entro dei limiti che sono posti a tutela dell'utente/parte debole del contratto: solo incidendo al fine di ridurre gli squilibri tra le parti si può, mediante quello che sembra essere una minaccia all'autonomia privata, difenderla veramente. O almeno, questa sarebbe stata, nelle dichiarazioni, l'intenzione dei giudici di legittimità. In realtà è stata condivisibilmente rilevata[49] la contraddittorietà logica della pronuncia *de qua* che, avendo ritenuto che l'integrazione del contratto di utenza non potesse operare, in quanto la delibera dell'Autorità non conteneva un precetto sufficientemente determinato e, volendo invece disporre di un testo che nel dettaglio provvedesse alla tutela dell'utente, ha di fatto ritenuto non integrativa del contratto di utenza la delibera del regolatore, circostanza che ha portato inevitabilmente a sterilizzare la funzione protettiva del consumatore cui era orientata la delibera stessa.

[48] Cass., Sez. VI, ord., 8 novembre 2012, n. 19333, in *Il Corriere giuridico*, 5/2013, p. 603 ss., con nota di M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*.

[49] M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, cit., p. 612.

ISSN 2036-7821

La Corte di Cassazione, nella medesima ordinanza[50], ha individuato ulteriori due specifiche condizioni di legittimità del potere di integrazione in deroga a disposizioni di legge: lo stesso può essere esercitato dall'Autorità purché le norme di legge eventualmente derogate rivestano natura meramente dispositiva (il che le renderebbe derogabili dalle stesse parti), e, ancora una volta, che suddetta deroga abbia il fine di tutelare l'utente o il consumatore, non essendo altrimenti diversamente possibile - salvo una specifica previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria in tal senso - la deroga a disposizioni di legge imperative o dispositive ma con finalità in contrasto con gli interessi dei consumatori/utenti[51].

6. Presupposti e limiti dell'eterointegrazione.

Delineati alcuni contorni della figura, non sembra poter essere contestata l'affermazione secondo cui i poteri integrativi delle Autorità amministrative indipendenti costituiscono elementi di notevole impatto sull'autonomia privata e sul contratto quale espressione della "volontà dell'individuo".

Anche alla luce delle considerazioni riportate nel precedente paragrafo, appare ora necessario chiedersi quali siano dunque i limiti e i presupposti dell'attività integrativa, soprattutto allorché questa, come già ampiamente descritto, sia di matrice regolamentare.

Del resto gli artt. 1339 e 1374 recano un chiaro riferimento alla legge, rispettivamente quale fonte imperativa da cui derivano la sostituzione automatica di clausole o prezzi stabiliti dalle parti e quale origine di obblighi e conseguenze ulteriori rispetto a quelli espressi nel contratto.

Inoltre, non si può non considerare quanto disposto dall'art. 1322 c.c., secondo cui i limiti che derivano alle parti nella libertà di definizione del contenuto del contratto, sono solo quelli derivanti dalla "legge". Poiché la libertà contrattuale è conferita ai privati dalla norma di cui in parola, che ha rango primario, una disposizione regolamentare che volesse sostituirsi ad una pattuizione contrattuale, senza la presenza di una previsione al riguardo del legislatore ordinario, sarebbe sospetta di illegittimità in quanto in contrasto con la gerarchia delle fonti.

Si ritorna dunque al nodo irrisolto di cui già si è accennato nel capitolo precedente, ovvero della problematicità di osservare che spesso quelle che dovrebbero essere le norme attributive e regolative del potere normativo delle Autorità, spesso altro non sono che mere "deleghe in bianco", si pensi all'art. 2, comma 37[52], della legge

[50] Che conferma le statuizioni già espresse in Cass. Civ., sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401 e Cass. Civ., sez. VI, 13 luglio 2012, n. 11992, entrambe su www.dejure.it.

[51] E. Quadri, *I provvedimenti tipici dell'ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale,* in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

[52] Art. 2, comma 37, L. n. 481 del 1995: "*Il soggetto esercente il servizio predispone un regolamento di servizio nel rispetto dei principi di cui alla presente legge e di quanto stabilito negli atti di cui al comma 36. Le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio.*"

ISSN 2036-7821

istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità - L. n. 481 del 1995 - secondo cui le direttive adottate dall'Authority possono contenere prescrizioni direttamente incidenti sul contratto, senza ulteriori specificazioni su modalità e limiti dell'intervento.

Come può ritenersi, allora, che gli interventi autoritativi del regolatore indipendente, mediante regolamenti, possano legittimamente spiegare un potere di condizionamento dell'autonomia negoziale privata? Occorre necessariamente una "legge" in senso formale perché sia possibile integrare un contratto?

Innanzitutto giova tener presente che l'autonomia privata, per il tramite della libertà di iniziativa economica, è sì sottoposta a una riserva di legge costituzionale (art. 41 Cost.), ma si tratta di una riserva di legge relativa che, come già anticipato, non esige che l'intera disciplina sia regolamentata con atto primario, purché siano determinati i criteri e principi generali entro i quali l'eventuale atto secondario debba muoversi.

Dunque, di certo un fondamento normativo della possibile integrazione del contenuto contrattuale ad opera di un atto (regolamentare) di un'Autorità indipendente deve necessariamente essere rintracciato dall'interprete. Ma il riferimento alla "legge", contenuto agli artt. 1339 e 1374 c.c., deve essere inteso in senso atecnico ed ampio, quale riferimento non ai soli provvedimenti formalmente legislativi, ma anche ai regolamenti e agli atti amministrativi cui la legge attribuisca il potere di statuire in materia, avendo però a monte predeterminato i criteri generali e i limiti del potere regolamentare[53]. La Cassazione ha infatti ritenuto che "*Le deliberazioni adottate dall'Autorità* […] *possono integrare, ex art. 1339 cod. civ., il contenuto dei rapporti di utenza individuali (in relazione alle modalità di esecuzione della prestazione di entrambi i contraenti), perché la citata disposizione codicistica, nel menzionare le clausole imposte dalla legge, non si riferisce soltanto a quelle oggetto di diretta previsione legislativa, ma anche a quelle individuate da una fonte normativa da essa autorizzata*"[54].

Ancora una volta, osservando la capacità di "creare diritto" di una pluralità di centri normativi inediti e il contestuale venir meno dei "*caposaldi sui quali poggiava l'ammirevole edificio eretto dalla scienza giuridica otto/novecentesca: il monopolio statuale della produzione del diritto (statualismo) e la risoluzione di tutto il diritto nella legge (legalismo)*"[55], occorre dunque individuare presupposti e limiti dell'eterointegrazione da parte delle Autorità indipendenti, anche al fine di poter ricavare i parametri in base ai quali poter effettuare un sindacato di legittimità sia delle delibere integrative dei regolatori di settore, sia dei contratti conformati[56].

[53] Così: Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2004, n. 19531, su www.dejure.it.

[54] Cass. Civ., sez. VI , 31 ottobre 2014 , n. 23184, *cit.*

[55] G. CONTE, F. PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato* 2/2018, p. 2.

[56] M. ANGELONE, *op. ult. cit.*, p. 455

ISSN 2036-7821

La Corte di cassazione e il Consiglio di Stato hanno avuto modo di ribadire che in difetto di una la base legale sostanziale espressa, il potere (normativo) si può comunque rinvenire mediante l'applicazione di criteri di interpretazione sistematica, alla luce della natura del potere esercitato e della sua funzione, richiamando la teoria dei poteri impliciti e rafforzando le regole di garanzia della partecipazione degli operatori economici. Il riferimento è in particolare al "*contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva che, nella specie, dovendo colmare le lacune sostanziali della legge, assume valenza ancora più accentuata*" e che "*dovrebbe essere finalizzato ad acquisire tutti gli elementi e le circostanze di fatto che devono essere posti alla base della valutazione finale e che sono anche nella disponibilità degli operatori economici*"[57], ma anche alle forme di consultazione pubblica.

Riguardo queste ultime bisogna infatti ricordare che in capo alle Autorità indipendenti sono posti obblighi generalizzati di predisposizione di modelli di consultazione preventiva, da attivare all'interno dei procedimenti di formazione degli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione[58], che consentano di ottenere dai soggetti interessati, informazioni, osservazioni, valutazioni e pareri, mediante le procedure di c.d. «*notice and comment*» o anche di semplici audizioni[59]. Il fenomeno descritto è stato da alcuni definito "neocorporativismo", per descrivere "*forme sempre più intense di partecipazione delle categorie coinvolte alla definizione delle condizioni e clausole destinate all'inserimento nelle contrattazioni private*"[60].

Il tutto, da considerarsi tenendo conto delle perplessità espresse dagli interpreti riguardo la reale portata partecipativa dei privati alla regolamentazione che, pur se lodevolmente orientata al perseguimento di obiettivi di *better regulation*, si risolve in un coinvolgimento finalizzato alla mera acquisizione da parte del decisore pubblico di informazioni e dati, rimanendo di fatto l'elaborazione della regola "nelle mani" del regolatore[61].

Anche in tema di eterointegrazione delle pattuizioni contrattuali dunque, in parte il recupero della legalità sostanziale, avviene per il tramite della legalità procedimentale e della partecipazione alle forme di consultazione.

Ma ciò che maggiormente rileva è che il discorso relativo all'integrazione automatica di provvedimenti (regolamenti) autoritativi negli atti di autonomia negoziale e il giudizio di legittimità/conformità di entrambe le specie di atti, devono essere soprattutto condotti basandosi sui principi costituzionali fondamentali. Deve cioè

[57] Cons. St., Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, *cit.*

[58] M. ANGELONE *Regolazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto*, *cit.*, p. 111.

[59] F. LONGOBUCCO, *La produzione normativa delle* Authorities *nel quadro della contrattazione tra garanzie procedimentali e ruolo dell'interprete*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010.

[60] V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, Esi, 2013, p. 136.

[61] Così M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 138.

ISSN 2036-7821

essere svolta una valutazione della vicenda in chiave assiologica e non meramente formalistica.

In verità, nei sessant'anni trascorsi dall'entrata in funzione della Corte costituzionale e ben prima dell'avvento delle Authorities, non sono mancate pronunce su questioni riguardanti l'estensione dell'autonomia riconosciuta ai contraenti e sulla possibilità che delle norme contenute in leggi speciali potessero, in alcuni settori del mercato, restringere l'autonomia contrattuale - ad esempio in ordine alla determinazione del prezzo di prodotti[62] o alla determinazione dei canoni di affitto di fondi rustici[63] - alle quali la Corte ha risposto affermativamente, adducendo la necessità di salvaguardare, attraverso la compressione di parte dell'autonomia negoziale, fondamentali diritti dell'individuo e/o interessi della collettività (tutela della salute, della posizione economicamente più debole di una categoria produttiva).

Le facoltà eterointegrative delle Autorità indipendenti, però, pur non aggiungendo niente di nuovo, per certi versi, a quanto già consolidato in materia di limiti all'autonomia privata, aiutano a esplicitare la rinnovata veste precettiva del principio, posto che lo stesso deve essere letto ed applicato sì, entro i limiti specificati, ma alla luce dei principi e dei valori prescrittivi della Costituzione.

Rimanere ancorati a degli assiomi, a dei dogmi, a quelli che sono stati incisivamente indicati come "mitologie giuridiche della modernità"[64] e nello specifico allo stretto legalismo - che richiede un addentellato normativo di legislazione speciale che declami, e dunque legittimi, la normatività dei provvedimenti adottati dai Garanti e la loro capacità di integrare gli atti di autonomia privata - non dona all'interprete alcuna chiave di risoluzione delle antinomie evidenziate in precedenza. Più utile e senza dubbio anche più interessante si rivela osservare l'esercizio del citato potere e vagliarne la compatibilità ordinamentale, sotto la lente dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e di sussidiarietà, principi che possono rappresentare allo stesso tempo le giustificazioni alla parziale deroga ad alcuni precetti e alle guarentigie preposte alla salvaguardia dell'autonomia riconosciuta ai consociati.

7. Funzione di regolazione, eterointegrazione e principi costituzionali.

Quanto appena sostenuto trova conferma nei richiami effettuati dall'art. 1322 c.c. ai "limiti imposti dalla «legge»", agli "interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" e nei dispositivi degli artt. 1339 e 1374 c.c., che si prestano a

[62] Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 29; Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30, entrambe su www.cortecostituzionale.it.

[63] Corte cost. 21 marzo 1969, n. 37, su www.cortecostituzionale.it.

[64] *Mitologie giuridiche della modernità*, è il titolo di un'opera di Paolo Grossi (Milano, Giuffrè, 2007) in cui nozioni e principi fondanti della civiltà giuridica moderna, tra cui lo statalismo e il legalismo strenuo, sono analizzati criticamente.

ISSN 2036-7821

diventare veicoli dell'introduzione nel diritto dei contratti, delle norme costituzionali dotate di autonoma ed immediata precettività.
La portata normativa ed integrativa dei provvedimenti delle Autorità dunque trova piena legittimità nei principi di solidarietà sociale (art. 2 Cost.); di uguaglianza, intesa come parità di trattamento nei rapporti di utenza, (art. 3 Cost.); di riconduzione dell'iniziativa economica a forme compatibili con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana e il suo indirizzo verso finalità sociali (art. 41 Cost.); di equità nei rapporti contrattuali e nel loro equilibrio, che non può tollerare la presenza di sperequazioni nei confronti della "parte debole" (artt. 42 e 44 Cost.)
Non solo, gli interventi di regolazione e integrazione del contratto delle Autorità sono sottoposti a un vincolo teleologico che li rende legittimi solo allorché si sviluppino all'insegna della tutela della persona[65].
A tal proposito si è ritenuto di qualificare l'incidenza negoziale degli atti delle Authorities come attività di "conformazione"[66] e non semplice integrazione: in virtù della indissolubilità tra le nozioni di contratto e di mercato e della conseguente ontologica reciproca influenza tra le regole dell'uno e dell'altro[67], le Autorità indipendenti incidono sugli scambi e sulle regole del mercato conformando gli atti di autonomia in base ai valori prevalenti nell'ordinamento, allo scopo ultimo di ottenere la concorrenza del primo e raggiungere finalità sociali.

8. In conclusione, una nota metodologica allo studio dei poteri delle Authorities.
Per rispondere agli interrogativi che nel corso della presente trattazione si sono avvicendati, riguardo l'attività regolatoria ed eteroconformativa delle Authorities, occorre anteporre l'analisi della funzione a quella sulla struttura. Partire dagli obbiettivi, dall'assiologia, per poi mettere in relazione a questa delle modalità di azione, delle forme, permette di leggere il complessivo disegno che ruota intorno ai regolatori indipendenti scevri da atteggiamenti di "mentalismo concettualistico"[68].
Tutte le modalità concrete mediante cui agiscono tali soggetti, infatti, si è cercato di evidenziare, destano delle perplessità all'interprete che voglia necessariamente inquadrarle in categorie già note e in ragionamenti logico-giuridici già "battuti".
Occorre allora tornare alle problematiche non del tutto risolte (o risolte in modo non del tutto convincente), riguardanti la legittimazione dei poteri normativi delle Autorità e la giustificazione tecnica della ammissibilità dell'incidenza della regolazione sull'autonomia privata, e tentare di costruirne un fondamento che sia

[65] ANGELONE M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, *cit.*, p. 199-201.
[66] L. DI BONA, *op*, *cit.*, p. 44 e ss; E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 132.; M. MAUGERI, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in AA.VV. (a cura di), *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012.
[67] P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 883.
[68] M. GRONDONA, *op.cit.*, p. 612.

ISSN 2036-7821

insieme stabile e persuasivo. Diversamente il rischio è in alternativa quello di impelagarsi nella impossibilità logica di dare un fondamento e una legittimazione a suddetti poteri, oppure di stagnare in petizioni di principio, che nulla spiegano, pur di giustificare.

Del resto alcune risposte suonano come tautologiche, come quella emblematica, data dal Consiglio di Stato in merito a una questione relativa al se l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (oggi Arera) avesse esercitato un potere avente fondamento normativo, ovvero avesse esorbitato dalle sue attribuzioni, allorché, attraverso la direttiva concernente la disciplina della sicurezza e della continuità della distribuzione del gas, ha imposto ai distributori di gas "*l'obbligo di inviare personale da esso incaricato in seguito a chiamata per pronto intervento relativa a segnalazione di dispersione di gas sugli impianti di proprietà o gestiti dal cliente finale a valle del punto di consegna*"[69].

I giudici d'appello, per affermare la piena legittimità dell'intervento autoritativo – data l'importanza, a fini di incolumità pubblica, di garantire, nel caso concreto, l'imposizione di un obbligo di prestazione in capo alle società distributrici – hanno ritenuto legittima l'impugnata delibera, adducendo ragioni di garanzia e salvaguardia della sicurezza degli utenti, pur senza individuare una vera e propria previsione legislativa che fondasse il potere esercitato, ma richiamando unicamente la legge istitutiva dell'Autorità. Piuttosto che fondare il percorso ermeneutico su argomentazioni costituzionalmente orientate, la motivazione, ritenendo sufficiente la mera formulazione di un obiettivo programmatico per fondare il potere del regolatore, ne ha di fatto ricostruito l'essenza in termini di delegificazione, sacrificando quindi i principi di legalità e di riserva di legge.

Acutamente è stato rilevato che la sentenza rappresenta un tentativo riuscito nel perseguimento delle finalità concrete interessate dal giudizio, ma sicuramente fallito dal punto di vista della chiarificazione delle prospettive di sistema e dell'affermazione di compatibilità dei poteri esercitati con il sistema delle fonti: "*un'occasione perduta per squarciare definitivamente il velo dell' "ipocrisia ideologica"*[70].

All'interprete che si confronti con istituzioni e istituti moderni spetta l'arduo compito di tenere in equilibro la sua opera ponendo attenzione a non restare vischiosamente ancorato alla tradizionale e sterile teoria, ma al contempo considerando e valorizzando i principi fondamentali.

Il lavoro di ricerca del fondamento più corretto dei fenomeni giuridici di cui si discorre deve rinunciare "*ad aprioristici patti di fedeltà verso categorie e ricostruzioni tralatizie*"[71] e al contempo rifuggire dall'insidioso rischio di ritenere che se le finalità

[69] Cons. St., Sez. VI, 27 maggio 2002, n. 2987, su www.dirittodeiservizipubblici.it

[70] L. DI BONA, *op. cit.*, p. 88. Con nota n. 28 viene in tale sede citato F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 32.

[71] L. DI BONA, *op. cit.*, p. 91.

ISSN 2036-7821

dei fenomeni studiati appaiono "buone", giuste, meritevoli o anche solamente utili, allora sia possibile legittimare qualsiasi potere. Così opinando, la tesi di chi obbietta che "*la realizzazione di obiettivi di politica generale (come l'uguaglianza sostanziale) compete agli organi di indirizzo politico e non può essere assegnata ad un organismo tecnico senza la previa definizione delle scelte di politica generale, pena lo stravolgimento delle regole sulla forma di governo*"[72] sarebbe infatti condivisibile.
Occorre dunque ricondurre ogni potere a norme che siano idonee a sostenerne l'esercizio, soprattutto quando ad essere coinvolti sono organismi che già strutturalmente sono slegati dal circuito democratico tradizionale.

9. Inquadramento dell'attività delle Autorità indipendenti in rapporto alla funzione di regolazione.
Il punto di partenza deve essere quindi quello di riconsiderare la funzione e nel farlo, si noterà che il ragionamento si dispiega fisiologicamente in termini circolari, ove ogni passaggio è determinato dal precedente e si riverbera sul successivo.
È un dato di fatto non contestabile l'attuale esistenza di un policentrismo normativo, determinato in parte anche dall'espansione dell'attività normativa del complesso delle pubbliche amministrazioni[73]. In questo contesto, le Authorities, costituenti un paradigma di azione e organizzazione amministrativa indipendente del tutto peculiare, sono investite della funzione di regolazione[74] di alcuni settori economici, in ragione della loro alta specializzazione tecnica.
La regolazione non prevede l'espletamento di valutazioni di politica economica a monte, ma si limita a intervenire su dinamiche spontanee dell'iniziativa economica privata; una volta delineati i principi fondamentali della materia, alla P.A. è delegato il compito di porre in via sublegislativa le regole di dettaglio volte a disciplinare il settore nel complesso e anche i comportamenti dei privati.
Tale funzione, trova nei fallimenti del mercato la sua principale ragione giustificatrice: riconosce primariamente spazio all'autonomia e all'iniziativa privata ma, constatata l'impossibilità per le dinamiche economiche di evolvere spontaneamente verso risultati efficienti e allo stesso tempo giusti ed equi, presuppone come necessario l'intervento sussidiario e proporzionale pubblico.
La regolazione promossa dalle autorità indipendenti può dunque autonomamente generare atti normativi e condizionare l'autonomia negoziale, esercitando tali poteri allo scopo di correggere il funzionamento del mercato. Ciò nonostante non deve

[72] C. CARRERA, *Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (nota a TAR, Sez. III, Milano, 14 marzo 2013, n. 683)*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2013, p. 1221 e ss.
[73] A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, p. 5.
[74] La nozione di regolazione in senso ampio è fornita dall'Ocse: "*the diverse set of instruments by wich governments set requirements in enterprises and citizens*" (Ocse, Report on Regulatory Reform, Parigi, 1997, reperibile al sito https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf). Per una ricostruzione compiuta del concetto: P. LAZZARA, *op. cit.*.

ISSN 2036-7821

ritenersi che l'intervento autoritativo del regolatore si auto-giustifichi e che sia assolto, a semplice a cagione della funzione per la quale è istituito, dal rispetto delle riserve di legge costituzionalmente date[75]. Esso piuttosto deve essere sempre riscontrato, quanto alla sua legittimazione, in riferimento ai principi e alla assiologia costituzionale[76]: così impongono gli artt. 41 e 42 Cost., che condizionano l'attività economica e gli interventi su di essa all'utilità sociale alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

In definitiva, la funzione di regolazione esprime un modello di "*giuridicità camaleontica, dal carattere spiccatamente adattativo e teleologico, chiamata a servire i mutevoli bisogni del mercato*"[77] ma, nel caso delle autorità indipendenti, l'intervento statale nell'economia ha matrice ordoliberale, deve fornire cioè un ordine di regole tali da garantire il mantenimento della concorrenza e, insieme, l'equità sociale e le pari opportunità per gli individui, la tutela del contraente debole.

Ogni questione problematica in tema di poteri delle Authorities deve dunque essere riletta alla luce della legalità costituzionale, fondamento dell'intero assetto democratico.

Le Authorities sono infatti modelli "*di una amministrazione e di un diritto dell'amministrazione all'altezza dei tempi […] in linea con la Costituzione*" e "*antesignana di una emergente, nuova concezione dell'amministrazione, ancorata alla società e al rispetto dei diritti individuali, […] una concezione in grado di realizzare finalmente nella sostanza i valori costituzionali*"[78]; la loro attività pertanto non può che essere filtrata mediante la prospettiva di tali valori.

9.1. Principio di sussidiarietà.

Il primo principio a rilevare, nella lettura costituzionalmente orientata delle funzioni normative delle Autorità indipendenti che ci si appresta a compiere, è il principio di sussidiarietà,[79] introdotto nell'art. 118, dalla riforma del Titolo V della Costituzione, norma sulla produzione giuridica e di ripartizione delle funzioni e delle competenze amministrative, che sembra rappresentare la risposta chiave alle questioni relative alla legittimazione del potere delle autorità in parola.

Esso racchiude, sia nell'accezione verticale (art. 118, c. 1, Cost.) − che si esplica nell'ambito della distribuzione di competenze tra diversi livelli di governo territoriali (livello sovranazionale: Unione europea-Stati membri; livello nazionale: Stato

[75] Così F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, p.71.

[76] ANGELONE M., *op. ult. cit.*, p. 196 e 200.

[77] M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, 91 ss.

[78] N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 76.

[79] Sul quale: V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, XII Aggiornamento, Roma, Treccani, 2004.

ISSN 2036-7821

nazionale-regioni; livello subnazionale: Stato-regioni-autonomie locali) – sia in quella orizzontale[80] (art. 118 c. 4, Cost.) – che si svolge nell'ambito del rapporto tra autorità e libertà e implica il coinvolgimento della "società civile" (i privati cittadini sia come singoli, sia come associati) nella cura dei bisogni collettivi e alle attività di interesse generale – l'idea che a provvedere ai bisogni di regolamentazione e di amministrazione debba essere intanto la fonte più abile, in quanto più vicina, più coinvolta e più specialistica, e che solo in seconda battuta, intervenga l'organismo superiore, nel caso in cui l'esercizio delle funzioni da parte dell'organismo inferiore sia inadeguato per il raggiungimento degli obiettivi.

Pensare ai rapporti tra fonti come regolati dal principio di sussidiarietà e non da rapporti di gerarchia, ovvero di supremazia/subordinazione, consegna all'interprete la possibilità di spiegare la compresenza di fonti normative di vari livelli, scaturenti da plurimi soggetti, tutte legittime, con preferenza accordata a quella che si colloca in una posizione di maggiore vicinanza agli interessi coinvolti. Così opinando le Autorità indipendenti non solo sarebbero pienamente legittimate ad emanare la regolamentazione del settore la cui competenza sia loro attribuita, ma anzi sarebbero centri normativi privilegiati in quanto enti esponenziali di interessi privati, anche in virtù dell'elevato grado di specializzazione e professionalità e della previsione di moduli partecipativi. Il principio di sussidiarietà sarebbe dunque quello più capace di giustificare costituzionalmente l'esistenza del potere normativo da parte delle Autorità amministrative e, talvolta, anche la sua prevalenza rispetto alle fonti legislative, nonché le facoltà di incisione sugli atti di autonomia privati in quanto "*abilita la fonte più adatta nella regolazione di determinate materie e riconosce tale funzione anche all'autonomia negoziale che concorre, con gli atti promananti da poteri autoritativi, a definire l'assetto delle fonti del diritto. Si scopre un volto nuovo dell'autonomia negoziale quale sintesi di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione*"[81].

Se il presupposto di ammissibilità di fenomeni di normazione e integrazione/conformazione contrattuale ad opera della regolazione indipendente è il principio di sussidiarietà, possono essere abbandonate le poco convincenti ricostruzioni tradizionali tra cui, in particolare, la deificazione della partecipazione procedimentale quale supremo rimedio in grado di colmare qualsivoglia deficit di legalità sostanziale e legittimazione democratica. Si tratta piuttosto di leggerlo quale procedimento che coinvolge i più vicini centri di interesse dei settori coinvolti, in quanto espressione di un intervento da parte dei regolatori indipendenti coerente con il principio di sussidiarietà.

[80] S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 3/2011, p. 593-621; N. POLITO, *Strumenti per la sussidiarietà orizzontale: un'ipotesi per l'applicazione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione*, su www.labusus.org;

[81] P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 21-22.

ISSN 2036-7821

D'altronde "*non è forse è giunto il momento di rivedere funditus il problema e l'assetto di quelle che i giuristi chiamano 'le fonti del diritto', oggi che il divario sempre più accentuato fra pratica degli affari e norme imperative ufficiali fa emergere un inarrestabile processo di privatizzazione della produzione del diritto? Non è forse giunto il momento di liberarsi del decrepito schema della gerarchia delle fonti oggi che l'assetto delle fonti smentisce, nel fervore dell'esperienza, quello schema e ne vive un altro?*"[82]
In una dinamica di rilettura alla luce del principio di sussidiarietà, anche la concezione vetusta del monopolio statuale della produzione del diritto crolla, così come lo strenuo legalismo: le fonti valide e pienamente espressive della giuridicità sono molteplici, non solo la legge. Si valorizzano in tal senso anche gli atti di *soft law*, che risultano pianamente coerenti con il principi di sussidiarietà e con quello, cui è sovente associato, di proporzionalità in virtù del quale il contenuto e la forma dell'azione del soggetto pubblico si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi per cui il potere è loro attribuito[83].

9.2. Personalismo, solidarismo e uguaglianza.
L'ulteriore requisito per fondare costituzionalmente la legittimità degli interventi normativi e autoritativi limitativi della autonomia privata delle Authorites è di tipo teleologico e risiede nella preordinazione di tali atti al perseguimento di istanze sociali e alla realizzazione dei valori delineati nella Carta costituzionale.
La finalità proconcorrenziale, deputata a rimediare ai fallimenti del mercato e presupposto della funzione di regolazione, non può essere fine a sé stessa e operare in un'ottica di mera produttività o di oggettivo rendimento economico del settore regolato, ma è indispensabile che i poteri normativi e gli atti di conformazione negoziale adottati a garanzia della concorrenza, siano funzionalizzati in chiave protettiva del consumatore/utente/contraente debole[84]. L'orizzonte della disciplina del mercato è dunque l'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, *ex* art. 3, comma 2, Cost. che non tollera l'esistenza di posizioni contrattuali (eccessivamente e/o ingiustificatamente) squilibrate ed è teso a realizzare l'assetto più equo possibile fra gli operatori economici.
Solo mediante l'asservimento della regolazione indipendente ai valori costituzionali di tutela della persona, solidarietà ed uguaglianza (artt. 2 e 3 Cost.), si può considerare assolta in maniera corretta la regolazione del mercato e si possono

[82] P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 7-8
[83] F. DURANTE, *L'attività di moral suasion della CONSOB*, in *Notiziario Giuridico Telematico*, disponibile all'indirizzo: http://www.notiziariogiuridico.it/durante_consob_1.html; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi dei diritto civile*, Napoli, 2003, p. 437.
[84] F. LONGOBUCCO, *Interpretazione filoconcorrenziale ed efficienza regolativa degli istituti civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 1310-1316.

ISSN 2036-7821

considerare rispettate le riserve di legge scolpite negli artt. 41 e 42 Cost, nella loro accezione sostanzialistica di necessaria ricorrenza di precise istanze sociali.
La medesima funzione del mercato, infatti, "*si desume dagli stessi valori che dall'interno vincolano la libertà economica legittimandola come potere di rilevanza costituzionale. […] Le situazioni patrimoniali (impresa, proprietà, contratto) non possono non avere una funzione socialmente rilevante e soprattutto non possono non realizzarsi in conformità ai valori della persona. L'attività economica, categoria dell'avere, non può essere che strumentale alla realizzazione dei valori esistenziali, alla categoria dell'essere*"[85].

10. Conclusioni.
Volendo tentare di tirare le fila della riflessione fin qui condotta (nella piena consapevolezza che si tratta di tematiche di così ampio respiro, da non poter essere ridotte in poche battute), il ragionamento circolare aperto con il richiamo alla funzione di regolazione e ai suoi contenuti, deve essere chiuso nuovamente parlando di tale funzione, per riaffermare che la previsione di potestà normative di tipo regolamentare e, più in generale, di poteri di integrazione/conformazione degli atti di autonomia privata, configurata in termini teleologici, è conseguenza naturale del ruolo assegnato alle autorità indipendenti, deputate, appunto, alla regolazione dei settori di specifica competenza di ciascuna di esse e, attraverso la tutela della concorrenza, all'affermazione dell'uguaglianza delle parti e al ripristino dell'equilibrio economico-normativo dei contratti di quel mercato.
L'aspetto interessante, che si coglie dal complesso delle tematiche esaminate, è l'emersione della tensione dell'ordinamento verso una dimensione etica del mercato, un'etica fondata sul rispetto della dignità della persona, sulla solidarietà e l'uguaglianza, anche se in riferimento a settori economici e non strettamente personalistici.
"È il diritto mera attività economica, o è attività morale?" si domandava Benedetto Croce[86]: un interrogativo complesso, che riecheggia latamente la tensione mai esaurita tra giuspositivismo e giusnaturalismo, e quanto mai attuale nello studio delle potestà dei soggetti regolatori del mercato.
Con la promulgazione della Costituzione repubblicana sono stati scolpiti con nettezza i valori fondanti dell'ordinamento e la centralità della persona e, per correlazione, la solidarietà e l'uguaglianza, hanno acquisito una valenza normativa concreta, ponendosi di fatto quali strumenti di disciplina delle relazioni giuridiche. Tale processo è stato implementato dall'avvento del diritto comunitario che, sebbene dapprima improntato a una logica unicamente economicistica, ha poi virato

[85] P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, Esi, 2004, p. 85.
[86] B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana nelle tornate dei 21 aprile e 5 maggio 1907, in «Atti della Accademia Pontaniana», XXXVII, n. 8 (1907), ed. a cura di C. NITSCH, Milano, 2016, p. 38

ISSN 2036-7821

(positivamente con il Trattato di Lisbona) verso la tutela dei diritti umani che sono stati posti al centro del sistema ordinamentale europeo.
In tale convergenza di influenze, il legislatore interno si muove nel duplice tentativo di edificare un nuovo diritto dei contratti, improntato al rispetto effettivo della dignità della persona e di raggiungere insieme un efficientamento e una "eticizzazione" del mercato, che trova un vertice assiologico unitario nel primato della persona. Il mercato cessa di rappresentare un'area autonoma, in balia delle dinamiche economiche e sottratta alla regolazione positiva-valoriale, per assumere una funzione strumentale al soddisfacimento dei bisogni umani esistenziali e prioritari della persona. Il rapporto persona-mercato è conformato dall'assiologia costituzionale, così come la stessa autonomia privata, non è più un "dogma", improntato ad una concezione volontarista, ma si tramuta in strumento funzionalizzato all'ingresso nel diritto dei contratti dei diritti fondamentali espressivi della suprema valenza assiologica della persona nell'intero contesto ordinamentale.
Nel descritto contesto le Autorità amministrative indipendenti sono i soggetti deputati alla traduzione pratica dei principi in vita economico-sociale, sono i veri attori del cambiamento e in quanto tali devono essere legittimati all'esercizio di poteri che, per le loro modalità concrete, possono essere considerati "dirompenti" e ma che, in definitiva, si pongono in armonia con quanto richiesto dalla Carta costituzionale.

ISSN 2036-7821